CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO
présentées le 28 novembre 1995 *

Table des matières

Les faits, les législations nationales et les questions préjudicielles ..... I - 1067

a) L'affaire C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1068

b) L'affaire C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1070

Les termes du problème et le plan des conclusions ..... I - 1074

I. Sur le principe de la responsabilité de l'État en droit communautaire: fondement et portée ..... I - 1076

a) L'affirmation dans la jurisprudence de la Cour de l'obligation de réparation à la charge des États membres défaillants: l'arrêt Francovich e.a. et les décisions qui l'ont précédé ..... I - 1078

b) Le principe «communautaire» de la responsabilité: seulement un moyen permettant de combler une lacune dans la protection des droits ou bien un principe de portée plus large? ..... I - 1082

c) L'obligation de réparation de l'État du fait du législateur ..... I - 1088

II. Sur les conditions de l'obligation de réparation à la charge de l'État ..... I - 1095

1. La solution Francovich ..... I - 1097

2. La jurisprudence au titre de l'article 215, deuxième alinéa ..... I - 1100

3. Les critères «communautaires» relatifs aux conditions générales de la responsabilité ..... I - 1104

a) Le fait générateur du dommage: la violation de normes communautaires .... I - 1105

— Le caractère manifeste et grave de la violation ..... I - 1106

— La faute: un élément indispensable? ..... I - 1111

b) L'existence du dommage ..... I - 1114

* Langue originale: l'italien.

c) Le lien de causalité ..... I - 1116

— Le comportement de la personne lésée ..... I - 1117

— Action en indemnité et recours en annulation: autonomie ou subsidiarité? ..... I - 1117

4. Les autres conditions ..... I - 1120

5. Le moment où naît l'obligation de réparation ..... I - 1123

III. Les réponses aux questions posées par les juridictions nationales ..... I - 1124

a) L'affaire C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1124

b) L'affaire C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1126

Conclusion ..... I - 1128

1. Après avoir fait l'objet également du célèbre arrêt Francovich e.a. [1], le thème de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire et de l'obligation d'indemniser qui en découle au profit des particuliers continue à susciter un vif intérêt. L'arrêt en question n'a d'ailleurs pas épuisé le sujet; nombre de points d'interrogation subsistent, sur des aspects parfois importants.

Les demandes formulées par le Bundesgerichtshof (affaire C-46/93) et par la High Court of Justice (affaire C-48/93), qui reposent la question en ce qui concerne des violations de dispositions du traité que la Cour a déjà constatées dans de précédents arrêts, donnent donc l'occasion, sinon de résoudre tous les problèmes résiduels que soulève encore cette matière complexe, du moins de fournir des précisions supplémentaires à cet égard, notamment quant à l'existence de la responsabilité de l'État dans des cas autres que celui de la non-transposition de directives, et quant aux éléments *communautaires* du droit des particuliers à obtenir réparation.

La réflexion que la Cour est invitée à faire porte sur certains aspects institutionnels importants et notamment sur le rapport entre le droit communautaire et les systèmes juridiques nationaux. C'est donc un terrain qui permet d'apprécier le fonctionnement correct du système juridique communautaire pris dans son ensemble.

Les faits, les législations nationales et les questions préjudicielles

2. Tout en renvoyant au rapport d'audience pour un exposé détaillé du cadre juridique et

1 — Arrêt du 19 novembre 1991 (C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357).

des faits qui sont à l'origine de la présente procédure, nous nous bornerons ici à rappeler les éléments qui revêtent plus directement de l'importance aux fins de notre analyse.

a) *L'affaire C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

3. La Brasserie du pêcheur SA, une brasserie française ayant son siège à Schiltigheim (Alsace), soutient qu'elle a été contrainte d'interrompre les exportations de bière en République fédérale d'Allemagne à la fin de 1981, et ce en raison de la non-conformité de la bière qu'elle fabriquait aux exigences de « pureté » posées aux articles 9 et 10 du Biersteuergesetz [2] (loi fiscale sur la bière, ci-après le « BiStG »). Plus précisément, ainsi qu'il résulte des débats au cours de l'audience, les contrôles continuels effectués auprès des détaillants par les autorités allemandes, qui contestaient la conformité de la bière en question aux prescriptions de la loi, ont amené l'importateur exclusif allemand de la Brasserie du pêcheur à ne pas renouveler le contrat de distribution.

A la suite de l'arrêt du 12 mars 1987 [3], dans lequel la Cour a jugé incompatible avec l'article 30 du traité l'interdiction de commercialisation des bières importées d'autres États membres et non conformes au BiStG, la Brasserie du pêcheur a assigné la République fédérale d'Allemagne en réparation du préjudice que cette restriction des importations lui avait fait subir, pendant la période comprise entre 1981 et 1987, à concurrence d'un montant de 1 800 000 DM, qui ne correspondrait qu'à une partie du préjudice réellement subi. Le recours ayant été rejeté par les juridictions inférieures, la Brasserie du pêcheur a maintenu les mêmes conclusions dans son recours en Revision devant le Bundesgerichtshof.

4. Cette juridiction, attendu qu'il y a lieu de considérer la violation en cause comme une omission du législateur, dans la mesure où celui-ci n'a pas veillé à modifier le BiStG de façon conforme au droit communautaire, rappelle que la réparation des dommages est régie en République fédérale d'Allemagne par les dispositions combinées des articles 839 du Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand, ci-après le « BGB ») et 34 du Grundgesetz (loi fondamentale). Aux termes du premier alinéa de cette dernière disposition, « si une personne, dans l'exercice d'une charge publique qui lui est confiée, viole les obligations que lui impose sa charge à l'égard d'un tiers, la responsabilité en incombe par principe à l'État ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve ». L'article 839, premier alinéa, du BGB prévoit au contraire que si un fonctionnaire viole, par intention ou par négligence coupable, les obligations que lui impose sa charge à l'égard d'un tiers, il est tenu de réparer le dommage qui en résulte. S'il a agi en faisant preuve de négligence, il ne répondra du dommage qu'au cas où la victime n'aurait pas d'autre possibilité d'être indemnisée.

2 — Loi du 14 mars 1952 (*BGBl.* I, p. 148), dans sa version du 14 décembre 1976 (*BGBl.* I, p. 3341). Nous rappellerons seulement que l'article 10 réserve la dénomination « Bier » (bière) au produit brassé selon les règles de « pureté » qui sont formellement énoncées dans l'article 9 de ladite loi.

3 — Commission/Allemagne (178/84, Rec. p. 1227).

En plus de l'exercice d'une fonction publique et de la violation d'une obligation de service, l'applicabilité du régime en question est donc soumise à l'exigence supplémentaire que le tiers puisse être considéré comme concerné (*Drittbezogenheit*) par l'obligation de service violée, ce qui implique que l'État n'est responsable que pour la violation des obligations de service dont l'exécution a expressément pour destinataire un tiers, c'est-à-dire qu'elle a pour but de protéger un droit de ce tiers. Or, c'est précisément cette dernière condition qui fait normalement défaut lorsqu'il s'agit d'une faute du pouvoir législatif, y compris celle visée en l'espèce [4]. En effet, ainsi que la juridiction de renvoi l'a souligné, avec le BiStG le législateur assume des tâches qui concernent la collectivité, sans viser aucune personne ou catégorie de personnes en particulier qui puissent être considérées comme des tiers au sens des dispositions susmentionnées [5].

En second lieu, la juridiction de renvoi fait observer que, selon un principe qui a été développé par la jurisprudence du Bundesgerichtshof [6], on ne saurait non plus retenir en l'espèce une responsabilité de l'État en raison d'une intervention illégale de l'autorité publique, assimilable à une expropriation. De l'avis de la juridiction de renvoi, une telle conclusion s'impose dans la mesure où le principe en question, tel qu'il se dégage de cette jurisprudence, ne permet pas la réparation de dommages résultant de lois contraires à la loi fondamentale, ce qui serait assimilable à la réparation de dommages résultant de la violation d'une obligation communautaire. D'autre part, et en tout état de cause, il n'y a eu en l'espèce aucun empiétement sur les droits patrimoniaux de la partie demanderesse qui seraient susceptibles d'être protégés sur le fondement du régime de la propriété.

5. Estimant que le droit allemand ne fournit aucune base qui permettrait une réparation du préjudice subi par la demanderesse, le Bundesgerichtshof a par conséquent saisi la Cour d'une demande de décision à titre préjudiciel, afin d'établir si le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, tel qu'il résulte de l'arrêt Francovich e.a. précité, est applicable dans le litige pendant devant cette juridiction. Plus précisément, la Cour est invitée à répondre aux questions suivantes:

« 1) Le principe de droit communautaire selon lequel les États membres sont tenus de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables s'applique-t-il également lorsque la violation résulte du fait qu'une loi parlementaire formelle n'a pas été adaptée aux normes du droit communautaire, dont le rang est supérieur (en l'occurrence: non-adaptation des articles 9 et 10 de la Biersteuergesetz

4 — La faute du législateur (*legislatives Unrecht*) est en effet soumise au même régime que celui régissant la responsabilité de l'administration publique (*Amtshaftung*). C'est précisément pour cette raison que la possibilité d'indemniser des dommages imputables à une faute du pouvoir législatif, point qui est encore très controversé en République fédérale d'Allemagne, est à l'évidence admise lorsqu'il s'agit de lois destinées à régir des situations individuelles (*Einzelfallgesetze*) ou par rapport à un acte normatif tel qu'un plan d'occupation des sols (*Bebauungsplan*).

5 — Le contexte qui en résulte n'est d'ailleurs pas très différent de celui — prétendument caractéristique du seul système italien — relatif à la distinction entre droit subjectif et intérêt légitime.

6 — Voir *BGHZ* (Recueil des décisions du Bundesgerichtshof en matière civile) 90, p. 17, et spécialement p. 29 et suiv.

— loi fiscale sur la bière — à l'article 30 du traité CEE)?

2) L'ordre juridique national peut-il soumettre un éventuel droit à indemnisation aux mêmes restrictions que celles applicables en cas de violation, par une loi, de dispositions nationales d'un rang supérieur, par exemple en cas de violation de la Grundgesetz de la République fédérale d'Allemagne par une simple loi fédérale allemande?

3) L'ordre juridique national peut-il subordonner le droit à indemnisation à l'existence d'une faute (intentionnelle ou de négligence) imputable aux organes étatiques responsables de la non-adaptation?

4) Si la réponse à la première question est affirmative et que la réponse à la deuxième question est négative:

a) L'obligation d'indemniser conformément au droit national peut-elle se limiter à la réparation des dommages causés à certains biens individuels protégés par une disposition légale, par exemple ceux causés à la propriété, ou faut-il compenser globalement l'ensemble des atteintes portées au patrimoine, y compris le manque à gagner?

b) L'obligation d'indemniser s'étend-elle à la réparation de dommages qui étaient déjà nés avant que la Cour de justice européenne n'eût constaté dans son arrêt du 12 mars 1987 (affaire 178/84) que l'article 10 de la Biersteuergesetz enfreignait des dispositions communautaires de rang supérieur? »

b) *L'affaire C-48/93 (Factortame III)*

6. La demande de réparation des dommages découlant de l'application du Merchant Shipping Act de 1988 (loi de 1988 sur la marine marchande), demande qui a été introduite par les 97 parties demanderesses au principal, s'inscrit dans le prolongement de la célèbre affaire Factortame, dont nous nous bornerons à évoquer les passages essentiels.

Rappelons tout d'abord que la loi en question prévoyait l'établissement d'un nouveau registre naval pour tous les bateaux de pêche britanniques, donc y compris ceux qui étaient déjà immatriculés dans l'ancien registre. En particulier, le nouveau système d'immatriculation, obligatoire à partir du

1er avril 1989, imposait des conditions plus strictes de nationalité, de résidence et de domicile des personnes morales et physiques qui étaient les propriétaires effectifs du navire. Les bateaux de pêche ne répondant pas à ces conditions ne pouvaient pas être immatriculés dans le nouveau registre et, partant, n'étaient pas autorisés à exercer des activités de pêche sous pavillon du Royaume-Uni.

Le nouveau système d'immatriculation a fait l'objet d'un recours devant la Divisional Court, qui, par ordonnance du 10 mars 1989, en a suspendu l'application par une injonction interlocutoire qui a été par la suite annulée par la Court of Appeal [7]. En même temps, la Divisional Court a opéré un renvoi préjudiciel sur les problèmes de droit communautaire soulevés par les demandeurs, sur lequel la Cour s'est prononcée par arrêt du 25 juillet 1991 [8]. A cette occasion, la Cour a jugé que les exigences de nationalité, de résidence et de domicile des propriétaires des bateaux de pêche, telles que prévues par le nouveau système de registre au Royaume-Uni, étaient contraires au droit communautaire et notamment à l'article 52 du traité.

En ce qui concerne la prétendue incompatibilité de ladite loi avec le droit communautaire, mais dans les limites des conditions de nationalité, la Commission avait entre-temps introduit un recours, au titre de l'article 169 du traité, contre le Royaume-Uni. Elle avait aussi demandé, par voie de référé, la suspension provisoire de l'application de la loi, demande à laquelle la Cour a fait droit par ordonnance du 10 octobre 1989 [9]. A la suite de cette décision, le Royaume-Uni a procédé à une modification partielle de la loi en question, avec effet à compter du 2 novembre 1989. Par arrêt du 4 octobre 1991 [10], la Cour a ensuite déclaré que, en exigeant les conditions de nationalité en cause des propriétaires de bateaux, le Royaume-Uni avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 7, 52 et 221 du traité.

Dès le 2 octobre 1991, en exécution de l'arrêt Factortame II, la Divisional Court rendait une ordonnance par laquelle elle autorisait l'immatriculation des bateaux de pêche de 79 demandeurs et invitait ces derniers à préciser leurs demandes d'indemnisation à l'encontre du Secretary of State for Transport. Par ordonnance du 18 novembre 1992, elle a ensuite étendu l'autorisation d'être partie à l'instance et/ou de réclamer une indemnisation à plusieurs sociétés et diverses autres personnes; elle a aussi autorisé Rawlings (37e demanderesse) à modifier sa demande d'indemnisation afin d'y inclure une demande de dommages et intérêts « exemplaires » pour comportement inconstitutionnel des autorités publiques (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*).

7 — A cet égard, pour compléter l'exposé, il convient de rappeler ici qu'à la suite du pourvoi des parties demanderesses devant la House of Lords cette juridiction, par arrêt du 18 mai 1989, a saisi la Cour de deux questions préjudicielles concernant l'existence et l'étendue du pouvoir des juridictions nationales pour ordonner des mesures provisoires, lorsque sont en cause des droits conférés par le droit communautaire. Dans son arrêt du 19 juin 1990, Factortame e.a. (C-213/89, Rec. p. I-2433, ci-après l'arrêt Factortame I), la Cour a dit pour droit que « le droit communautaire doit être interprété en ce sens que la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national doit écarter l'application de cette règle ». En conséquence, la House of Lords a confirmé, en date du 11 octobre 1990, l'injonction interlocutoire accordée par la Divisional Court, jusqu'à ce que l'affaire fût tranchée sur le fond.

8 — Factortame e.a. (C-221/89, Rec. p. I-3905, ci-après l'arrêt Factortame II).

9 — Commission/Royaume-Uni (246/89 R, Rec. p. 3125).

10 — Commission/Royaume-Uni (C-246/89, Rec. p. I-4585).

La réparation sollicitée par les demandeurs est fondée sur différents chefs de dommages, comprenant, notamment, les frais encourus et les pertes subies depuis l'entrée en vigueur (le 1er avril 1989) de la nouvelle législation contestée, jusqu'au moment où ils ont pu reprendre la pêche [11].

7. En droit anglais, la responsabilité pécuniaire de l'État a été affirmée par la jurisprudence. En particulier, on a utilisé les mêmes formes de délits (les différents *torts*) que celles prévues pour la responsabilité civile, dans la mesure où elles se prêtent à être constituées par des comportements de l'administration publique.

En premier lieu, une possibilité d'indemnisation est admise en cas de préjudice causé par une négligence (*tort of negligence*) dans l'exercice de l'activité administrative ou normative [12]. Étant donné toutefois que la condition préalable de toute action de ce type est l'existence d'une « obligation de vigilance » (*duty of care*) à la charge de l'administration publique et que la jurisprudence en la matière en nie l'existence en cas de préjudice purement financier [13], en excluant ainsi la possibilité d'indemniser ce type de dommages, il s'ensuit qu'une violation du droit communautaire ne pourrait que difficilement donner lieu à une responsabilité. La notion et la portée de l'obligation de vigilance font actuellement l'objet d'une profonde réflexion dans la jurisprudence du Royaume-Uni [14].

En second lieu, la responsabilité de l'administration publique peut être engagée en cas de manquement à une obligation imposée par la loi (*breach of statutory duty*). Toutefois, en pareille hypothèse, la possibilité réelle d'obtenir des dommages et intérêts est considérablement limitée, puisque l'opinion dominante va en ce sens que la possibilité d'engager des recours en annulation visant à assurer le respect de la loi exclut l'action en dommages et intérêts [15]. Certes, l'obligation de réparation pour des violations du droit communautaire a été affirmée précisément dans ce contexte, mais seulement lorsqu'il s'agit d'« actions de droit privé » [16].

11 — Bien que la juridiction de renvoi fasse référence uniquement au 2 novembre 1989, date de l'abrogation partielle de la législation en question, on observera que cette abrogation n'a concerné, conformément à l'ordonnance de la Cour rendue dans l'affaire 246/89 R, que les dispositions discriminatoires sur le plan de la nationalité. Cela implique, ainsi que les demandeurs au principal l'ont relevé dans leurs observations écrites présentées en l'espèce, que la législation en question, en ce qui concerne les autres exigences jugées discriminatoires (conditions de résidence et de domicile) et faisant l'objet de l'affaire Factortame II, n'a cessé de produire ses effets dommageables qu'à partir du 11 octobre 1990, date à laquelle la House of Lords a confirmé, à la suite de l'arrêt de la Cour Factortame I, l'injonction interlocutoire qui avait été sollicitée. Sur ce point, voir note 7.

12 — Voir, par exemple, arrêt Wallace Edward Rowling, 1988, AC 473.

13 — Une telle obligation est en fait limitée à des cas typiques, avec cette conséquence que tout acte dommageable qui a été accompli de manière fautive n'est pas générateur de responsabilité. Dans la jurisprudence moins récente, les décisions ne manquent cependant pas dans lesquelles l'obligation de vigilance a été assimilée au *neighbourhood principle*, qui équivaut en substance au *neminem laedere*, étant donné qu'il impose une interdiction de porter préjudice à toute personne dont on peut raisonnablement prévoir qu'elle risque d'être lésée (en sens voir, par exemple, l'arrêt Donoghue v. Stevenson, 1932, AC 562).

14 — Voir, par exemple, arrêt Lonhro v. Tebbit, 1992, A All ER, p. 280.

15 — Voir, par exemple, Thornton, 1979, QB, 626.

16 — Voir l'arrêt Garden Cottage Foods, 1984, 1 AC 130 HL, dans lequel la House of Lords a en substance admis, quoique dans un obiter dictum (en l'espèce, c'était en effet une mesure d'urgence qui était demandée), l'obligation de réparation à l'égard d'une personne ayant subi des dommages en raison de comportements contraires aux articles 85 et 86 du traité, comportements mis en œuvre par des particuliers ou même par l'administration publique, mais dans l'hypothèse où celle-ci agit comme un particulier.

Quand il s'agit en revanche d'une violation qui relève exclusivement du droit public, la responsabilité ne peut être engagée qu'en cas d'abus de pouvoir dans l'exercice d'une fonction publique (*misfeasance in public office*). Il s'agit du seul *tort* qui concerne non pas des rapports privés, mais spécifiquement l'administration publique. L'exigence d'un comportement illégal délibéré écarte toutefois la possibilité d'obtenir la réparation des dommages subis, même lorsque ceux-ci découlent de violations du droit communautaire. C'est ainsi que, comme le juge a quo l'a lui-même rappelé dans l'ordonnance de renvoi, la Court of Appeal a précisé, dans l'affaire Bourgoin [17], que l'État n'est tenu ni en vertu du droit anglais ni en vertu du droit communautaire d'indemniser les victimes d'un comportement jugé contraire au droit communautaire, à moins qu'il n'apparaisse que le ministre a agi en ayant conscience de l'invalidité de l'acte en cause et qu'il avait l'intention ou conscience de causer un préjudice aux demandeurs. A la suite de l'arrêt Francovich e.a., la House of Lords a toutefois émis des doutes sur le bien-fondé de la solution énoncée dans l'arrêt Bourgoin [18].

8. Le juge a quo estime que l'application de la jurisprudence nationale aurait conduit à refuser l'indemnisation sollicitée par les demandeurs. En outre, n'étant pas certain que l'obligation de réparation à la charge de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, telle qu'elle se dégage de l'arrêt Francovich e.a., trouve application également dans le cas d'espèce, il a saisi la Cour d'une demande de décision préjudicielle, en lui posant les questions suivantes:

« 1) Dans toutes les circonstances de la présente affaire, à savoir lorsque:

a) la législation d'un État membre a imposé des conditions relatives à la nationalité, au domicile et à la résidence des propriétaires et exploitants de bateaux de pêche, ainsi que des actionnaires et administrateurs de sociétés d'armement naval,

et

b) que de telles conditions ont été considérées par la Cour (affaires C-221/89 et C-246/89) comme contraires aux articles 5, 7, 52 et 221 du traité CEE,

le droit communautaire confère-t-il aux propriétaires ou exploitants de ce type de bateaux et aux administrateurs et/ou actionnaires de sociétés d'armement un droit à indemnisation par l'État membre des pertes subies du fait de l'ensemble

17 — Arrêt Bourgoin s.a. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, 1986, 1 QB p. 716 AC

18 — Arrêt Kirklees Metropolitan Borough Council v. Wickes Building Supplies Ltd (1992, 3 WLR, p. 170, et spécialement p. 188).

des infractions susmentionnées, ou de certaines d'entre elles, au traité CEE?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, quels sont les critères dont le droit communautaire impose, le cas échéant, l'application à la juridiction nationale aux fins de statuer sur les dommages et intérêts représentant:

a) les dépenses et/ou les pertes de bénéfice et/ou de recettes encourues pendant la période qui a suivi l'entrée en vigueur desdites conditions, pendant laquelle les bateaux ont dû être mis en rade, prendre de nouvelles dispositions de pêche et/ou essayer d'obtenir une immatriculation dans un autre lieu;

b) les pertes consécutives à la vente en dessous de leur valeur des bateaux, ou de parts de bateaux, ou des actions de sociétés d'armement;

c) les pertes dues à l'obligation de fournir des cautions, de payer des amendes et des frais juridiques entraînés par de prétendues infractions en rapport avec la radiation des bateaux du registre national;

d) les pertes consécutives à l'impossibilité pour ces personnes de continuer à posséder et à exploiter ces bateaux;

e) la perte de rémunération pour services rendus;

f) les dépenses exposées aux fins d'essayer de limiter les pertes mentionnées ci-dessus;

g) des dommages et intérêts exemplaires, le cas échéant? »

Les termes du problème et le plan des conclusions

9. La question de la responsabilité de l'État pour des violations du droit communautaire, très importante au niveau tant des principes que des conséquences que pourrait comporter pour les États membres une définition large et généralisée de cette responsabilité, est complexe et comporte assurément des écueils, comme le démontre du reste le riche débat doctrinal qui s'est développé à ce propos au cours des dernières années.

Dans la présente procédure, la Cour est appelée à dire s'il existe une obligation de réparation incombant à l'État, et dans ce cas à quelles conditions et pour quelles catégories de préjudice, à l'égard des particuliers qui ont subi des dommages du fait de l'application de lois nationales contraires au droit communautaire [19].

10. En premier lieu, il conviendra donc d'établir s'il y a lieu de circonscrire l'obligation de réparer les dommages au cas, déjà abordé dans l'arrêt Francovich e.a, de non-transposition d'une directive dont les dispositions, même en présence de certaines circonstances particulières, ne sont pas susceptibles d'être directement invoquées par les justiciables pour obtenir la prestation prévue en leur faveur par la directive, ou bien s'il convient de l'étendre au cas où, comme en l'espèce, le préjudice subi par le particulier découle de l'application d'une loi nationale contraire à des normes communautaires que les particuliers peuvent directement faire valoir devant les juridictions nationales. A cette fin, il paraît opportun de rappeler les termes dans lesquels a été affirmée jusqu'à présent l'obligation de réparation à la charge des États membres pour des violations du droit communautaire et, par là même, de remonter au fondement de la responsabilité en droit communautaire. Il nous semble utile de nous arrêter, en outre, sur la prétendue irresponsabilité de l'État du fait du législateur, qui a été aussi invoquée (quoique avec une certaine circonspection) au cours de la présente procédure pour écarter, déjà de manière abstraite et par principe, la responsabilité de l'État dans les cas visés en l'espèce.

En second lieu, il conviendra d'établir si les conditions de la responsabilité sont, sous réserve des limites bien connues qui ont été dégagées à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour, celles propres à chaque ordre juridique national, ou si c'est le droit communautaire lui-même qui pose au moins les *conditions de fond* suffisantes pour que l'État membre défaillant soit tenu de réparer les dommages causés. Au cas où cette seconde thèse prévaudrait, il conviendra à l'évidence de déterminer s'il suffit qu'une quelconque violation cause un préjudice au particulier ou s'il faut quelque chose de plus, comme la plupart des États membres l'ont soutenu au cours de la présente procédure, et notamment si ce quelque chose en plus peut être assimilé à l'exigence d'une faute ou requiert d'autres conditions comme celles-là mêmes que la Cour a dégagées en matière de responsabilité non contractuelle des institutions communautaires (au titre de l'article 215). En outre, sous l'angle du lien de causalité, il conviendra, par exemple, d'apprécier si la circonstance que, de par sa nature, la disposition communautaire violée permet au particulier de protéger directement ses droits, afin de supprimer l'illégalité déjà sur le fond, revêt une quelconque importance, de même qu'il faudra, en tout état de cause, déterminer le moment à partir duquel naît l'obligation de réparation. Enfin, il conviendra de s'arrêter sur les *conditions procédurales* qui régissent le droit à réparation, ainsi que sur les critères d'évaluation de l'étendue du préjudice.

19 — Pour le cas différent d'une prétendue responsabilité de l'État en raison des dommages causés du fait d'un comportement de l'administration contraire au droit communautaire, voir l'affaire Lomas, C-5/94, en cours. D'ailleurs, les conclusions de l'avocat général M. Léger présentées le 20 juin 1995 abordent également certains des aspects qui revêtent de l'importance dans le cadre de la présente procédure.

11. Tels sont donc les points que nous aborderons et les problèmes auxquels nous nous efforcerons de répondre. L'analyse qui suit sera, par conséquent, subdivisée en trois parties. La première partie sera consacrée au principe de la responsabilité de l'État en droit communautaire, afin d'en mettre en évidence le fondement et la portée, même en ce qui concerne des faits illicites du législateur, et d'apprécier, notamment, si l'action en responsabilité n'a qu'un caractère résiduel, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait être exercée que lorsque le particulier ne dispose pas d'autres moyens pour faire valoir les droits que lui confère le droit communautaire, ou si elle a une portée plus générale.

Quant aux conditions de la responsabilité, disons d'emblée que les conditions de fond minimales, à la différence des conditions de forme, ne peuvent être que communes et, dès lors, communautaires. C'est le seul moyen, selon nous, d'éviter que pour une même violation la possibilité même d'une indemnisation ne soit pas également garantie dans les différents États membres et que se produise, de ce fait, une discrimination entre les particuliers qu'une Communauté de droit ne saurait tolérer. La deuxième partie sera, par conséquent, consacrée aux conditions qui permettent au particulier d'obtenir réparation, c'est-à-dire aux éléments communautaires de la responsabilité, ainsi qu'aux limites que le droit communautaire pose aux conditions procédurales. A notre avis, ces dernières restent régies, à l'instar des critères d'évaluation de l'étendue du dommage, par le droit national.

Enfin, nous enchaînerons par un examen des deux cas d'espèce pour aboutir, ensuite, à la proposition de réponse aux questions qui sont à l'origine de la présente procédure.

I — *Sur le principe de la responsabilité de l'État en droit communautaire: fondement et portée*

12. L'idée de la responsabilité de l'État pour des dommages causés par l'activité normative n'a rien de surprenant. Le principe sur lequel se fondent la plupart des régimes de *droit privé* de la responsabilité non contractuelle est celui, diversement interprété et limité, du *neminem laedere*, en vertu duquel toute personne est tenue de réparer les dommages résultant de sa propre conduite contraire à une obligation juridique [20]. C'est sans conteste ce principe qui inspire les différents régimes, en général issus de constructions jurisprudentielles, relatifs à la responsabilité des *pouvoirs publics*, laquelle présente néanmoins des traits spécifiques et originaux en raison de la nature même de l'activité que ceux-ci exercent, notamment en cas d'activité normative. Même la responsabilité des pouvoirs publics est en effet étroitement, voire nécessairement, liée au dommage injuste, puisqu'il résulte d'un comportement contraire au droit; c'est en quelque sorte le revers de la médaille.

20 — En effet, s'il est vrai que ce principe n'assume pas la même portée générale dans tous les ordres juridiques — ainsi qu'il ressort déjà du système britannique dans lequel une limite résulte de la portée (restrictive) du *duty of care* — il reste néanmoins que, dans la mesure où il rappelle l'idée de dommage injuste, on peut le considérer comme le point de départ de toute réflexion sur la responsabilité.

Certes, s'agissant des pouvoirs publics, compte tenu précisément de la nature même de l'activité exercée et des conséquences résultant d'une éventuelle reconnaissance généralisée de la responsabilité et de l'obligation de réparation, la tendance a de tout temps consisté à restreindre de différentes manières le champ de la responsabilité. La portée de cette limitation, qui peut de prime abord se résumer dans la célèbre formule selon laquelle il s'agirait d'une responsabilité « ni générale ni absolue » [21], est donc liée à la nécessité de concilier les intérêts opposés et concurrents qui sont en cause, à savoir, d'une part, celui de la personne lésée à obtenir au moins la compensation financière du dommage subi du fait d'une activité de l'État, en particulier normative, et, d'autre part, celui de l'État à ne pas devoir répondre toujours et en toute circonstance du préjudice causé par l'activité de ses organes dans l'exercice des tâches institutionnelles qui leur sont confiées.

La limitation du champ de la responsabilité a évidemment connu au fil du temps, et selon les différents systèmes juridiques, des évolutions significatives. En particulier, avec la consécration de l'*État de droit*, l'accent s'est de plus en plus déplacé, du moins dans les ordres juridiques les plus évolués, du comportement de l'auteur du préjudice pour aller sur les droits de la personne lésée, comme pour la responsabilité en général. De ce point de vue, la responsabilité de l'État et l'obligation de réparation qui en résulte ont fini par constituer un moyen qui permet de sanctionner les comportements *contra ius* et/ou préjudiciables et, par ce biais, de rendre effective la protection des droits individuels.

21 — Arrêt Blanco du Tribunal des conflits, du 8 février 1873, dans D. 1873, II, 20.

13. La logique que nous venons d'exposer nous amène à une première constatation simple en ce qui concerne le principe de la responsabilité de l'État du fait de violations du droit communautaire. La circonstance que les États membres puissent, fût-ce dans des conditions qui limitent à différents titres le champ de la responsabilité, être appelés à répondre des dommages causés par une activité normative de l'administration publique porte déjà à considérer qu'il n'est pas raisonnable qu'ils soient toujours et en tout cas non responsables pour les violations du droit communautaire qui ont une incidence sur les droits patrimoniaux des particuliers qui subissent les conséquences de telles violations.

En somme, dans la mesure où au moins le principe de la responsabilité de l'État fait partie de la tradition de l'ensemble des systèmes juridiques [22], il doit pouvoir trouver application même lorsque le comportement illicite est constitué par la violation d'une norme communautaire.

14. D'autre part, il convient de relever d'emblée que s'il incombe essentiellement à l'État et, partant, à ses organes d'assurer l'application correcte du droit communautaire et, notamment, de garantir aux particuliers le plein effet des droits qui leur sont conférés, il est tout aussi clair qu'il appartient à la Cour, lorsqu'il s'agit de droits qu'un par-

22 — Pour un aperçu essentiel du régime existant en la matière dans les différents États membres, voir Schockweiler-Wivenes-Godart: « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 27 et suiv., spécialement p. 54.

ticulier tire de dispositions communautaires, de contrôler le degré approprié de la protection fournie par les ordres juridiques nationaux. Le contrôle a même été poussé à plusieurs reprises jusqu'à demander à l'État concerné de prévoir une voie juridictionnelle de recours non ouverte par son système juridique [23].

Il serait par conséquent incohérent par rapport à la jurisprudence en la matière et aux caractéristiques du système juridique dans son ensemble, notamment du point de vue de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres, que le droit communautaire se désintéressât tout à fait de la réparation des dommages, en se fiant à cet égard, et sans le moindre contrôle, à chaque ordre juridique national.

a) L'affirmation dans la jurisprudence de la Cour de l'obligation de réparation à la charge des États membres défaillants: l'arrêt Francovich e.a. et les décisions qui l'ont précédé

15. L'arrêt Francovich e.a., qui ne peut pas ne pas être le point de départ d'une réflexion sur le thème de la responsabilité pécuniaire de l'État pour violation du droit communautaire, ne constitue jusqu'à présent que la réponse la plus précise en la matière. En l'espèce, comme on le sait, il s'agissait de la non-transposition de la directive relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, directive qui impose aux États membres la création d'un mécanisme de garantie minimale pour les créances exigibles au titre des salaires. Une juridiction italienne a demandé à la Cour si, à défaut de mise en œuvre de cette directive par un État membre, les particuliers pouvaient invoquer directement devant les juridictions nationales la réglementation communautaire afin d'en obtenir les avantages, ainsi que, de toute manière, réclamer à l'État membre la réparation du dommage au cas où il s'agirait d'une directive dépourvue d'effet direct. La Cour a donc été saisie non seulement de la question relative à l'effet direct de certaines dispositions d'une directive, mais également de la question portant sur la réparation du dommage qu'il y a lieu de rattacher à la non-transposition de cette directive [24].

Tout en constatant que les dispositions en cause de la directive étaient suffisamment précises et inconditionnelles en ce qui concerne la détermination des bénéficiaires de la garantie et le contenu de celle-ci, la Cour est parvenue à la conclusion que

23 — A cet égard voir ci-après, points 43 à 47.

24 — Rappelons que déjà dans l'affaire Enichem Base e.a., arrêt du 13 juillet 1989 (380/87, Rec. p. 2491), une juridiction italienne avait demandé à la Cour de préciser si, sur la base du droit communautaire, « l'administration publique est tenue de réparer le préjudice, lorsqu'un acte administratif illégal qu'elle prend lèse (illégalement) un droit subjectif communautaire qui se présente, après sa transposition dans l'ordre juridique italien — tout en conservant son caractère communautaire — comme un intérêt légitime » (rapport d'audience, loc. cit., p. 2494 et suiv.). Ni l'avocat général ni la Cour n'ont donné une réponse à cette question, puisque les réponses aux autres questions la rendaient sans objet. Relevons, d'autre part, que, dans leurs observations, tant le gouvernement du Royaume-Uni que le gouvernement italien avaient lié d'éventuels droits à la réparation du dommage aux seules possibilités substantielles et procédurales offertes par les droits nationaux.

lesdites dispositions n'étaient pas susceptibles d'être directement invoquées devant la juridiction nationale pour demander la prestation prévue en leur faveur par la directive. En particulier, l'identité du « débiteur » n'était pas précisée et, d'autre part, l'État ne pouvait pas être considéré comme débiteur au seul motif qu'il n'avait pas pris dans les délais les mesures de transposition de la directive en question.

16. Passant ensuite à l'examen de la possibilité pour le particulier de solliciter et obtenir la réparation des dommages éventuellement subis, la Cour a rappelé tout d'abord les caractéristiques essentielles du système communautaire et, notamment, les tâches incombant aux juridictions nationales. Elle en a tiré la conclusion lapidaire et néanmoins incontestable que « le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité » (point 35).

Plus précisément, la Cour a énoncé ce principe en le déduisant de deux éléments fondamentaux de l'ordre juridique communautaire. En premier lieu, elle a relevé que « la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre » (point 33). La Cour a également souligné que la possibilité d'obtenir une réparation à la charge de l'État membre « est particulièrement indispensable lorsque, comme en l'espèce, le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire » (point 34).

En second lieu, elle a déduit une telle obligation de réparation, de même que dans l'arrêt Humblet/État belge [25], de l'article 5 du traité CE, « en vertu duquel les États membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire », obligations parmi lesquelles se trouve précisément « celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire » (point 36).

17. La perspective a donc été celle des moyens mis en œuvre pour renforcer l'efficacité des normes communautaires grâce à l'efficacité de la protection juridictionnelle assurée aux situations juridiques créées par ces normes et, en outre, pour ne pas laisser les manquements des États membres sans conséquences, même tangibles.

25 — Arrêt du 16 décembre 1960 (6/60, Rec. p. 1125, et spécialement p. 1146. En l'occurrence, la disposition de référence était l'article 86 du traité CECA, qui est analogue à l'article 5 du traité CE.

C'est donc précisément en fonction de ces objectifs que la position du particulier a été utilisée et exaltée à sa juste valeur. La responsabilité pécuniaire de l'État à l'égard des individus du fait du préjudice causé par une carence du législateur a été en définitive conçue par la Cour comme un instrument destiné à garantir la protection des particuliers et, par voie de conséquence, également une mise en œuvre correcte du droit communautaire. De ce point de vue, elle a des racines qui vont très loin, que ce soit par rapport à des précédents spécifiques de responsabilité et d'obligation de réparation des États membres [26] ou dans le contexte plus général de la protection effective des droits que les particuliers tirent des normes communautaires [27].

18. Ne perdons pas de vue en effet que, dès le début des années 60, la jurisprudence de la Cour a comporté, fût-ce à titre incident, des affirmations concernant l'obligation de réparation par rapport à des violations du droit communautaire de différente nature. Nous nous référons en premier lieu à l'arrêt Humblet/État belge, précité, dans lequel la Cour a affirmé en particulier que si elle « constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire » [28].

19. En outre, c'est précisément en partant de l'idée que le manquement de l'État membre peut engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation que la Cour, à plusieurs reprises, a rejeté l'exception d'irrecevabilité du recours, bien que l'État membre, partie défenderesse dans une procédure d'infraction, eût pris — dans l'intervalle de temps entre l'avis motivé et la procédure devant la Cour — les mesures nécessaires à l'exécution de l'obligation faisant l'objet de la procédure [29].

26 — Des voix en ce sens n'ont pas manqué non plus dans la doctrine: Pescatore: « Responsabilité des États membres en cas de manquement aux règles communautaires », dans *Foro Padano*, 1972, p. 10 et suiv.; Kovar: « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », dans *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, p. 245 et suiv., spécialement p. 272 et suiv.; Barav: « Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community Law by National Public Authorities », dans *Non Contractual Liability of the European Communities*, Europa Instituut University of Leiden, 1988, p. 149 et suiv.

27 — Sur cet aspect voir ci-après points 27 à 32.

28 — Arrêt précité à la note 25. En l'espèce, il s'agissait plus particulièrement que le gouvernement belge prenne les mesures nécessaires pour l'annulation d'un acte et pour restituer les sommes perçues à tort; mais la formule générale utilisée par la Cour — « réparer les effets illicites » — arrive avec suffisamment de clarté à englober également l'hypothèse de réparation du dommage éventuellement subi.

29 — Une affirmation très claire en ce sens est celle selon laquelle « un arrêt rendu par la Cour au titre des articles 169 et 171 du traité peut comporter un intérêt matériel en vue d'établir la base d'une responsabilité qu'un État membre peut être dans le cas d'encourir, en conséquence de son manquement, à l'égard d'autres États membres, de la Communauté ou de particuliers » (arrêt du 7 février 1973, Commission/Italie, 39/72, Rec. p. 101, point 11). Dans le même sens relevons également l'affirmation selon laquelle, même au cas où le manquement en cause a été éliminé, l'intérêt de la poursuite de l'action peut consister à établir « la base d'une responsabilité qu'un État membre peut encourir, en conséquence de son manquement, à l'égard, notamment, de particuliers » (arrêt du 20 février 1986, Commission/Italie, 309/84, Rec. p. 599, point 18). L'affirmation susmentionnée de la Cour est assez fréquente: arrêt du 5 juin 1986, Commission/Italie (103/84, Rec. p. 1759, point 9); arrêt du 17 juin 1987, Commission/Italie (154/85, Rec. p. 2717, point 6); arrêt du 18 janvier 1990, Commission/Grèce (C-287/87, Rec. p. I-125, publication sommaire). En outre, en ce sens que l'intérêt de la poursuite de l'action « peut, notamment, consister à établir la base d'une responsabilité qu'un État membre peut encourir à l'égard de ceux qui tirent des droits dudit manquement »: voir arrêts du 24 mars 1988, Commission/Grèce (240/86, Rec. p. 1835, point 14), du 30 mai 1991, Commission/Allemagne (C-361/88, Rec. p. I-2567, point 31), et du 19 mars 1991, Commission/Belgique (C-249/88, Rec. p. I-1275, point 41). Il est clair qu'à partir d'affirmations de ce genre on peut déduire non pas l'ouverture d'un droit du particulier à la réparation d'un dommage subi du fait de la violation du traité, mais uniquement la possibilité que, dans la mesure où le droit national le prévoit, le particulier peut faire valoir, par rapport à une telle violation, le droit à la réparation.

20. L'affirmation de l'obligation de réparation des États membres à l'égard des particuliers est encore plus directe et explicite dans l'arrêt Russo [30], dans lequel la Cour a déclaré que « dans le cas où un tel préjudice aurait été causé par le fait d'une violation du droit communautaire, il incomberait à l'État d'en assumer, à l'égard de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l'État ».

21. Il résulte donc à l'évidence des affirmations que nous venons de rappeler qu'un État membre peut assurément être appelé à réparer les dommages causés aux particuliers en raison d'un fait illicite consistant dans la violation de normes communautaires ou résultant de cette violation.

Toutefois, cette jurisprudence précise que la responsabilité devra être constatée par le juge national « dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l'État » [31]. C'est donc dans le cadre de chaque droit national que s'inscrivait en principe l'appréciation de la question de savoir si l'État était tenu de réparer les dommages résultant de son manquement aux normes communautaires [32].

22. Or, sur ce plan spécifique, la jurisprudence susmentionnée semble dépassée par l'arrêt Francovich e.a., dans lequel l'obligation de réparation à la charge des États membres défaillants trouve son fondement dans le droit communautaire, même en ce qui concerne les conditions préalables de l'obligation de réparation.

En substance, dans l'arrêt Francovich e.a., la Cour ne s'est pas bornée à laisser au droit national le soin de tirer *toutes* les conséquences juridiques découlant de la violation de la norme communautaire, mais a estimé que le droit communautaire imposait à l'État une obligation de réparation à l'égard du particulier, en définissant même, au moins pour *ce* cas de responsabilité, les conditions « communautaires » qui déterminent une telle obligation.

30 — Arrêt du 22 janvier 1976 (60/75, Rec. p. 45, point 9).

31 — Arrêt Russo, précité à la note précédente, point 9.

32 — Cette position a été ultérieurement confirmée dans l'arrêt du 13 février 1979, Granaria (101/78, Rec. p. 623, point 14) dans lequel la Cour a déclaré que « la question de la réparation par un organisme national des dommages causés aux personnes privées par les organismes et les agents des États membres, soit du fait d'une violation du droit communautaire, soit par un acte ou une omission contraire du droit national, à l'occasion de l'application du droit communautaire, ne relève pas de l'article 215, alinéa 2, du traité, et doit être appréciée par les juridictions nationales en fonction du droit national de l'État membre concerné ».

b) Le principe « communautaire » de la responsabilité: seulement un moyen permettant de combler une lacune dans la protection des droits ou bien un principe de portée plus large?

23. Le point qu'il convient d'aborder à présent consiste précisément à savoir si la démarche que l'on peut discerner dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt Francovich e.a. conserve (encore) son fondement ou si une obligation de réparation à la charge des États membres, fondée sur le droit communautaire, peut et doit exister aussi dans des cas autres que celui de la non-transposition de directives.

En particulier, il y a lieu d'apprécier si le droit communautaire exige que le droit à réparation soit garanti également en cas de violation de dispositions directement applicables ou bien si la circonstance qu'en pareille hypothèse le particulier peut invoquer directement la disposition en cause et, partant, obtenir par ce moyen la protection du droit invoqué, conduit à exclure la possibilité en question.

24. C'est dans ce second sens que les gouvernements allemand, néerlandais et irlandais se sont exprimés au cours de la présente procédure. A l'appui de leur thèse, ils ont fait valoir que le législateur communautaire n'a pas du tout voulu établir un régime général de responsabilité des États membres pour les violations du droit communautaire. C'est ce que confirmerait également la circonstance que les États membres n'ont introduit aucune disposition en la matière à l'occasion du traité de Maastricht. En outre, selon le gouvernement allemand, il ne serait compatible ni avec la répartition des compétences entre les institutions de la Communauté et les États membres, telle que prévue par le traité, ni avec le principe d'équilibre institutionnel que la jurisprudence complète le droit communautaire au-delà des limites du comblement autorisé d'une lacune normative.

En définitive, le droit à réparation aurait, de l'avis des gouvernements susmentionnés, un rôle de protection simplement subsidiaire, c'est-à-dire qu'il ne serait ouvert qu'en cas de dispositions ne pouvant pas être autrement invoquées devant les juridictions nationales. Par l'arrêt Francovich e.a., la Cour aurait, en substance, voulu combler une lacune du système de garantie des droits, en sanctionnant, grâce à l'institution d'une obligation de réparation, l'État membre défaillant. Au contraire, lorsque le particulier dispose déjà d'un droit d'action lui permettant de faire valoir directement les dispositions du droit communautaire, comme dans les cas d'espèce qui sont à l'origine de la présente procédure, il ne serait nullement nécessaire, ni justifié, que le système communautaire impose l'octroi d'une réparation. Le droit à réparation ne pourra dès lors être reconnu au particulier que si et dans la mesure où le droit national le permet.

25. Il ne nous semble pas possible de souscrire à une telle thèse. En premier lieu, il résulte de la jurisprudence même de la Cour,

dans laquelle la responsabilité pécuniaire de l'État a été à plusieurs reprises envisagée par rapport à des violations de dispositions directement applicables, que la possibilité d'une protection substantielle n'exclut pas du tout une protection pécuniaire [33]. Et s'il est vrai que dans ces cas la Cour s'est limitée à affirmer qu'il incombait à l'État membre d'assumer, dans le cadre des dispositions du droit national, l'obligation de réparer les dommages qui lui sont imputables, il est tout aussi vrai, entre autres, qu'il s'agissait de cas dans lesquels l'objet des questions posées par la juridiction nationale n'englobait pas le problème spécifique du droit à réparation.

Quand ce thème a été spécifiquement abordé, dans l'arrêt Francovich e.a., la Cour n'a pas manqué de préciser que le principe de la responsabilité est inhérent au droit communautaire, cette affirmation de caractère général et de principe étant valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire et pas seulement en cas de non-transposition de directives [34]. A propos de cette dernière hypothèse, la Cour a seulement précisé que le droit à la réparation se révèle « particulièrement indispensable », précisément parce que l'individu serait sinon privé de toute protection, en dépit des droits que lui confère la directive. Cette précision n'exclut cependant pas la réparation éventuelle de dommages résultant d'un autre type de violations, d'autant plus que la Cour a ensuite relevé que les *conditions du droit à réparation dépendent de la nature de la violation* du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé (point 38).

26. L'affirmation du principe de la responsabilité de l'État du fait de la violation de dispositions communautaires directement applicables ne nous semble pas non plus contrevenir de quelque manière à la répartition des compétences, telle que prévue par le traité, entre les institutions communautaires et les États membres. A cet égard, nous nous bornerons à observer que c'est précisément la violation du droit communautaire qui provoque un déséquilibre dans la répartition des compétences telle qu'elle a été librement acceptée et souscrite par les États. L'exigence éventuellement imposée par le droit communautaire de réparer des dommages résultant d'une telle violation ne constitue qu'un moyen permettant de rétablir l'équilibre auquel il a été porté atteinte.

La responsabilité de l'État du fait de son activité normative (du législateur institutionnel ou de l'administration) constitue également de ce point de vue un élément naturel et nécessaire du système juridique communautaire que les États membres ont créé dans le cadre du traité. Force est en effet de constater que ce sont les États membres qui, en toute liberté, sont convenus des dispositions conventionnelles qui sont à la base de l'ensemble du système, et que ce sont encore

33 — Nous nous référons tant à l'arrêt Russo, précité, dans lequel il s'agissait d'un règlement relatif à l'organisation agricole des marchés, qu'à l'arrêt du 12 juillet 1990, Foster e.a. (C-188/89, Rec. p. I-3313, point 22), dans lequel la Cour a déclaré que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, « peut être invoqué en vue d'obtenir des dommages et intérêts à l'encontre d'un organisme » chargé d'accomplir un service d'intérêt public. Voir également, en ce qui concerne une violation de l'article 30, l'arrêt du 5 juin 1986, Commission/Italie (précité à la note 29), point 9.

34 — Voir, notamment, les points 33, 35 et 37 de l'arrêt.

ces mêmes États qui sont les protagonistes décisifs dans le processus d'élaboration des actes communautaires. Le fait d'affirmer la responsabilité pour manquement n'équivaut donc qu'à élever le degré d'efficacité du système et ne comporte aucune activité complémentaire, et encore moins de substitution, par rapport au législateur.

27. Cela est d'autant plus vrai si l'on considère que la responsabilité pécuniaire de l'État à l'égard des individus du fait du préjudice provoqué par une action ou carence normative est conçue par la Cour, répétons-le, comme un instrument visant à garantir la protection des particuliers et, par voie de conséquence, également une mise en œuvre correcte du droit communautaire dans l'ensemble des États membres.

En somme, la perspective est précisément celle utilisée dans la jurisprudence désormais constante qui a affirmé l'effet direct, en ce sens que le particulier a la possibilité d'invoquer directement devant les juridictions nationales tant des dispositions du traité que des actes de droit dérivé, à condition, bien entendu, qu'il s'agisse de dispositions suffisamment claires, précises et inconditionnelles.

28. Or, en identifiant l'effet direct d'une disposition du traité qui est adressée aux États membres et contient une obligation à leur charge, consistant, par exemple, à éliminer certains obstacles et à ne pas les réintroduire, on détermine et rend pertinent le droit du particulier qui en découle à l'élimination de ces obstacles, avec cette conséquence ultérieure qu'il peut faire valoir ce droit devant une juridiction nationale afin d'en obtenir une protection appropriée. C'est ainsi que se trouve donc identifié et exalté le droit résultant de l'obligation de l'État, et dont le particulier aurait bénéficié si cette obligation avait été exécutée de façon correcte et précise.

Cette constatation vaut non seulement sur le plan du droit lui-même, mais également sur celui des moyens permettant de faire valoir ce droit. Rappelons que la Cour a elle-même souligné que les justiciables des États membres seraient privés de « toute protection juridictionnelle directe de [leurs] droits individuels » s'il fallait considérer que les garanties contre une violation des dispositions du traité qui imposent des obligations à charge des États se limitent à celles offertes par l'article 169 [35]. En définitive, la situation juridique du particulier, qui est directement tributaire d'une disposition du traité, est utilisée, même en l'absence d'une application erronée de cette disposition, pour garantir la sauvegarde pleine et effective des droits que devrait assurer le respect par l'État membre de la disposition en question.

29. La même optique ressort, encore plus clairement, de la jurisprudence qui, à partir

35 — Arrêt du 5 février 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec. p. 3, et spécialement p. 25).

d'un certain moment, a sanctionné la non-transposition ou la transposition tardive de directives, en attribuant également à ces dernières, sous réserve bien entendu qu'elles satisfassent à certaines conditions, l'effet direct [36]. Cela confirme l'observation que, même dans le cas des directives, le système communautaire a donc trouvé dans la situation du particulier un levier efficace pour garantir la mise en œuvre des directives en l'absence de la transposition requise.

30. Il est significatif, en outre, que la Cour ait réaffirmé l'obligation de réparation à la charge de l'État, dans les mêmes termes que ceux utilisés dans l'arrêt Francovich e.a., dans un cas où le débat portait précisément sur la possibilité d'invoquer, dans le cadre de rapports entre particuliers, l'effet direct de dispositions d'une directive qui n'avait pas été transposée dans les délais prescrits [37].

L'affirmation de l'obligation de réparation, dans l'hypothèse où une directive n'est pas susceptible d'être directement invoquée devant une juridiction nationale, que ce soit en raison de l'absence d'effet direct de toute les dispositions nécessaires pour pouvoir obtenir la jouissance du droit que cette directive attribue au particulier ou en raison de l'absence d'effet direct « horizontal » dans le cas de directives précises et inconditionnelles, constitue donc également un moyen permettant de renforcer la situation juridique du particulier, dans la mesure où elle laisse ouverte la possibilité de compenser au moins sur le plan patrimonial le déséquilibre créé par le manquement de l'État.

31. En définitive, pour assurer une protection complète et effective des droits conférés par une disposition ayant effet direct qui lie l'État destinataire, on utilise la situation juri-

36 — Cela est d'autant plus vrai que cet effet direct a eu d'emblée, et a conservé, ce qu'il est convenu d'appeler un caractère vertical, comme pour renforcer l'idée qu'il s'agit davantage d'un moyen visant à éviter que les États ne tirent avantage de leur manquement que d'une qualité intrinsèque de la disposition en cause. Il est de même assez significatif que l'appréciation de la Cour en matière de directives n'ait cessé de s'affiner et de s'étendre progressivement. Par exemple, la catégorie des personnes publiques à l'encontre desquelles la directive peut être invoquée a été étendue (voir arrêts du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, ainsi que Foster e.a., précité à la note 33); de même, l'accent a été mis sur la nécessité pour les juges et l'administration des États membres d'interpréter le droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive (voir arrêts du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, et du 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8). Il suffit de rappeler, à cet égard, que le critère de l'interprétation conforme concerne les directives en tant que telles, indépendamment de leur éventuel effet direct et quelle que soit la personne à l'encontre de laquelle les normes nationales sont invoquées, de sorte que l'on n'est pas tellement loin des effets pratiques que produirait l'effet horizontal tout court des directives précises et inconditionnelles.

37 — Arrêt du 14 juillet 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325, point 27). Après avoir rappelé que les intéressés peuvent faire valoir une directive non transposée en invoquant directement devant la juridiction nationale les dispositions qui ont un effet direct, ou, lorsque cela n'est pas possible, en sollicitant une interprétation des dispositions pertinentes du droit national qui soit autant que possible conforme à la directive en cause, la Cour a en effet précisé que « pour le cas où le résultat prescrit par la directive ne pourrait être atteint par voie d'interprétation ... le droit communautaire impose aux États membres de réparer les dommages qu'ils ont causés aux particuliers en raison de l'absence de transposition d'une directive ». Dans le même sens, voir également l'arrêt du 16 décembre 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911, point 23). Dans ce cas d'espèce, alors qu'il s'agissait d'une directive, à savoir la même que celle en cause dans l'affaire Francovich e.a., qui avait été déjà transposée dans l'ordre juridique national, le problème se posait du fait de l'absence de prise en considération, dans les dispositions nationales pertinentes, d'une certaine catégorie de travailleurs à l'égard desquels la directive en question n'avait, de ce fait, pas été mise en œuvre.

dique du particulier qui est née directement de cette disposition. De même, en vue d'assurer la sauvegarde des droits conférés par une disposition n'ayant pas effet direct, en ce sens qu'elle n'est pas susceptible d'être directement invoquée devant les juridictions nationales, mais impose également une obligation à charge de l'État, on utilise, en cas de manquement de l'État à cette obligation, le droit du particulier lésé à obtenir réparation.

Le principe reste donc le même: afin d'assurer la mise en œuvre d'une disposition qui lie l'État, on utilise la position juridique du particulier en exploitant tantôt son *contenu plein et substantiel*, tantôt son *contenu patrimonial*. Même le résultat est identique: d'une part, on remédie à la défaillance de l'État membre en cause; d'autre part, on assure au particulier une protection effective des droits qu'il tire de dispositions communautaires. C'est l'efficacité de la disposition et, par voie de conséquence, l'efficacité du système pris dans son ensemble qui en sortent renforcées.

32. Il ressort de manière suffisamment claire des considérations qui précèdent que l'arrêt Francovich e.a., loin d'avoir constitué un moment excentrique dans la jurisprudence de la Cour, a représenté un élément pleinement cohérent et conséquent par rapport à un principe qui a été à plusieurs reprises et sans contestation répété dans cette enceinte, à savoir celui de l'efficacité des normes communautaires et, partant, de la plénitude de la protection juridictionnelle [38].

Il s'agit là, sans conteste, d'un principe inhérent à tout système juridique, qu'il soit communautaire ou national. De même, il est indéniable que le respect de ce principe peut exiger que soit garanti aux particuliers, le cas échéant, le droit à la réparation des dommages subis du fait de l'activité ou de la carence normative des pouvoirs publics, indépendamment du fait que l'individu dispose ou non d'autres moyens, en dehors de l'action en dommages et intérêts, lui permettant de faire valoir une atteinte à la situation juridique dont il est titulaire en vertu du droit communautaire.

33. D'autre part, l'affirmation — désormais incontestée — de l'obligation de réparation de l'État à l'égard du particulier en cas de non-transposition d'une directive, c'est-à-dire dans un cas de manquement à l'obligation qui incombe à l'État (violation de l'article 189 ainsi que de l'article 5 du traité) qui n'est qu'indirectement rattachable à une violation d'un droit correspondant du particulier, implique — a fortiori — que cette même

38 — Pour des développements allant en ce sens que « the decision in Francovich is undoubtedly consistent with, and a natural and logical extension of, the Court's case law », et que, après avoir reconnu l'effet direct et l'obligation des États membres d'assurer la pleine efficacité des normes communautaires, « it was but a small step to guarantee their full effect by holding states liable in damages for infringements of those rights for which they were responsible », voir Steiner: « From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law », dans *European Law Review*, 1993, p. 3 et suiv., spécialement p. 9. Comme on le sait, la littérature relative à l'arrêt Francovich e.a. est désormais abondante. Parmi les contributions les plus récentes, voir Zenner: « Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen », Munich, 1995.

protection doit pouvoir être accordée lorsque la violation en cause concerne *directement* des dispositions qui confèrent à ce particulier une situation juridique subjective et qui sont, de ce fait, susceptibles d'être directement invoquées devant les juridictions nationales.

Par conséquent, la thèse selon laquelle on ne pourrait pas « aller au-delà » de l'affirmation de la responsabilité en cas de non-transposition d'une directive, non seulement ne saurait convaincre pour les motifs que nous venons d'exposer ci-dessus, mais omet également de tenir compte du fait que c'est précisément le cas visé dans l'arrêt Francovich e.a. qui constitue plutôt l'ultime (et non la première) limite jusqu'où la jurisprudence de la Cour peut aller. En effet, en y regardant de plus près, l'arrêt Francovich e.a. a attribué un moyen de protection (au moins patrimoniale) là où la protection prévue était celle visée à l'article 169, qui n'est pas une protection directe pour le particulier. Au contraire, pour le cas de violations de dispositions directement applicables, la protection existe déjà et peut être directement invoquée par le particulier, de sorte qu'il s'agit seulement de l'accompagner de ce pis-aller que constitue la protection patrimoniale. Dans ce cas, par conséquent, on n'opère pas non plus ce « petit » détour logique qui est en revanche nécessaire pour passer de la violation de l'article 189 à la lésion du droit qui est potentiellement attribué au particulier par la directive.

N'oublions pas non plus que, selon une jurisprudence constante, les dispositions directement applicables « doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité » [39] et que « cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire » [40]. Il est donc clair que la disposition communautaire directement applicable confère au particulier une situation juridique subjective dès son entrée en vigueur et pendant toute la durée de sa validité, indépendamment et même en dépit d'une disposition nationale antérieure ou postérieure qui nierait éventuellement cette situation juridique. Il s'ensuit par conséquent que le juge national est tenu d'assurer une protection juridictionnelle complète et effective des droits que la disposition communautaire en cause confère au particulier.

34. Or, il est incontestable que la méconnaissance d'une règle de droit crée un déséquilibre consistant dans la diminution ou l'anéantissement de la situation juridique affectée, à savoir en l'occurrence celle dont un particulier est titulaire; de même, il ne fait aucun doute que toute situation juridique subjective, ou, si l'on préfère, tout « droit », a un contenu substantiél et un contenu patrimonial qui peut en règle générale être évalué. Assurer l'efficacité de la protection juridictionnelle en cas de violation d'une disposition qui confère une position juridique subjective équivaut à garantir le rétablissement du contenu du droit lésé du fait de la mécon-

39 — Voir, entre autres, arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629, point 14), et du 10 juillet 1980, Ariete (811/79, Rec. p. 2545, point 5).

40 — Arrêt Simmenthal, précité à la note précédente, point 16.

naissance de la règle de droit. Et dans la mesure où c'est un acte de puissance publique — un acte administratif ou une loi — qui porte illicitement atteinte au droit du particulier, il incombe à l'auteur de cet acte de rétablir le droit du particulier ou au moins le contenu patrimonial de ce droit.

En définitive, le rétablissement du contenu patrimonial constitue un pis-aller, un remède minimal par rapport à l'hypothèse d'un rétablissement complet sur le plan substantiel, qui reste le moyen de protection optimal. La démarche consistant à annuler l'acte illégal ou à laisser inappliquée la loi incompatible au regard d'un critère de légalité de rang supérieur est inéluctable, dans un État de droit. Or, parfois cela n'est pas suffisant, de sorte qu'il peut s'avérer nécessaire, afin que la protection devienne réelle et efficace, de rétablir également le contenu patrimonial du droit lésé et, partant, d'assurer la réparation du préjudice. Le rétablissement sur le plan patrimonial du droit lésé ne constitue donc pas un élément distinct ou supplémentaire, et encore moins inédit. Il ne représente pas davantage un expédient sophistiqué et détourné d'un système juridique qui veut et doit être efficace.

En somme, le principe de la responsabilité de l'État sur le plan patrimonial doit trouver application en tant que solution aussi bien alternative qu'additionnelle par rapport à la protection sur le plan substantiel; il doit par conséquent s'appliquer en ce qui concerne la violation tant des dispositions qui ne sont pas directement applicables, en ce sens que les justiciables ne peuvent pas s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales, que de celles qui offrent au contraire une telle possibilité.

c) L'obligation de réparation de l'État du fait du législateur

35. Il ne nous semble pas qu'une telle conclusion puisse être démentie par la circonstance que parfois ou souvent les violations du droit communautaire sont imputables au législateur.

Nous rappellerons à cet égard que l'arrêt Francovich e.a., qui n'a d'ailleurs été mis en question par aucun des États membres qui ont présenté des observations dans la présente procédure, n'opère aucune distinction selon que le dommage a pour origine une violation due à des omissions du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. Il n'y a assurément pas lieu de considérer qu'une autre conclusion s'impose en ce qui concerne les cas visés en l'espèce.

Toutefois, ainsi que les juridictions nationales l'ont exposé dans leurs ordonnances de renvoi respectives, la possibilité d'accorder une réparation des dommages en cause leur serait interdite par leur droit national, précisément parce que les violations du droit communautaire sont en l'espèce imputables au législateur, soit du fait qu'il a omis de

modifier une loi nationale pour la rendre conforme au droit communautaire (affaire Brasserie du pêcheur, C-46/93), soit du fait qu'il a adopté une loi nationale incompatible avec ce droit (affaire Factortame III, C-48/93). Donc, en substance, compte tenu de l'impossibilité d'engager une action en responsabilité en cas d'activité ou de carence du législateur, le droit national conduirait en pareils cas à la négation du principe même de la responsabilité.

36. Certes, l'irresponsabilité de l'État pour fait du législateur a été dans le passé l'objet d'une opinion assez répandue. Sa raison d'être résidait dans l'observation que le roi ne peut « mal faire », ou, selon une version plus moderne et démocratique, dans la souveraineté du Parlement. En d'autres termes, le législateur, en tant qu'incarnation suprême de la souveraineté populaire, et compte tenu également de la légitimité démocratique dont il jouit, serait en principe soustrait aux règles générales de la responsabilité.

Une telle conception, qui s'est imposée principalement dans les systèmes juridiques où un contrôle de la conformité de la loi par rapport à une norme de rang supérieur n'est pas prévu, devrait toutefois se présenter en termes différents dès lors qu'il existe une norme supérieure permettant de vérifier et éventuellement contester la légalité de l'activité du législateur. D'autre part, même dans les ordres juridiques qui comportent non seulement une hiérarchie claire et formelle entre les dispositions constitutionnelles et les dispositions législatives, mais également un mécanisme de contrôle ad hoc du respect constant de cette hiérarchie (par exemple, l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne et l'Italie), le problème d'une réparation éventuelle des dommages résultant d'une loi inconstitutionnelle est loin d'être clairement résolu [41]. Il reste que, en pareille hypothèse, on ne saurait en tout état de cause exclure que l'État soit appelé à répondre des dommages causés par des lois qui ont été déclarées inconstitutionnelles.

37. En fait, lorsque le législateur est tenu, dans l'accomplissement de ses tâches essentielles, au respect de certaines limites imposées par des normes supérieures, rien ne s'oppose, du point de vue de la théorie juridique générale, à ce que l'État puisse être tenu de réparer les dommages causés par des lois qui ont transgressé ces limites. Dans ces conditions, la responsabilité du fait du législateur n'est pas très éloignée ni distincte, sur le plan conceptuel, de la responsabilité de l'administration du fait de son activité normative, telle qu'elle est de nos jours largement admise sous toutes les latitudes.

41 — Par exemple, en République fédérale d'Allemagne une telle possibilité n'est pas exclue en tant que telle, mais seulement dans la mesure où l'obligation de service violée ne peut pas être considérée comme visant un tiers déterminé, ce qui, ainsi qu'il a été exposé, arrive dans la plupart des cas où il s'agit d'un fait illicite imputable au législateur; la possibilité en question, précisément pour les motifs susmentionnés, est en revanche clairement admise en ce qui concerne les lois destinées à régir des situations individuelles. La doctrine dominante est, en outre, d'avis qu'un droit à réparation du particulier devrait être reconnu au moins en cas de violation des droits fondamentaux (à ce propos voir, entre autres, Haverkate: « Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbildung des Gesetzgebers », dans *NJW*, 1973, p. 441). En Italie, où le problème est encore débattu, une telle possibilité a été admise, par exemple, dans le cas spécifique d'une inconstitutionnalité déclarée des décrets présidentiels d'expropriation pris dans le cadre de la mise en œuvre de la réforme foncière, l'obligation de réparation ayant du reste été mise à la charge de l'organisme de réforme agraire, alors même qu'aucun comportement illicite n'était imputable à cet organisme: d'où la conviction qu'en pareille hypothèse, la réparation se borne plutôt à une restitution de l'indu, portant exclusivement sur la valeur du bien perdu (pour quelques observations plus générales, voir à ce sujet Zagrebelsky: « Processo costituzionale », dans *Enciclopedia del diritto* XXXVI, 1987, p. 639).

Mais il y a plus. Comme on le sait, la plupart des ordres juridiques prévoient, dans certains cas, la compensation de la perte patrimoniale que le particulier subit du fait d'une activité du législateur parfaitement licite, puisqu'elle est mise en œuvre sans la moindre violation d'une norme en vigueur: nous pensons aux cas de nationalisation et d'expropriation pour cause d'utilité publique. Par conséquent, si l'on admet que le sacrifice qui est *légitimement* imposé dans l'intérêt général à la situation juridique et patrimoniale du particulier doit s'accompagner d'une juste indemnisation, il serait pour le moins singulier de ne pas admettre la moindre possibilité de réparation lorsque ce dommage est causé par un acte normatif *illégal* en raison de son incompatibilité avec une norme supérieure (constitutionnelle, communautaire ou ayant en tout cas primauté sur l'acte en question).

38. Il n'est guère nécessaire de préciser, d'autre part, que dans les rapports régis par le droit international, la responsabilité de l'État du fait du législateur est universellement et clairement admise [42]. Parmi les nombreux exemples, il convient de rappeler le principe affirmé par la Cour permanente de justice internationale, selon lequel l'obligation de réparer est la conséquence directe d'un acte dommageable contraire au droit international et imputable à un État. Plus précisément: « *c'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même* » [43].

39. Certes, nous ne méconnaissons pas le fait que pour le droit international l'obligation de l'État de réparer les dommages naît, même lorsque l'indemnisation vise en fait à réparer le préjudice porté à la situation patrimoniale d'individus, à l'égard d'un ou de plusieurs États et non, comme on le voudrait en l'espèce, directement à l'égard des individus.

Il ne nous semble toutefois pas possible de faire abstraction des spécificités et caractéristiques du système juridique communautaire. Ce système est assurément fondé, pour ce qui nous concerne, sur une base conventionnelle. Le traité comporte, à l'instar d'autres accords instituant des organisations internationales, une série d'obligations des États membres en ce qui concerne la réalisation des objectifs énoncés et librement acceptés, ainsi que le fonctionnement d'une structure institutionnelle avec des compétences qui, sans l'être complètement, sont pour une très large part définies à l'avance. Toutefois, dans le cas de la Communauté, la base conventionnelle a pour finalité propre et ultime

42 — En effet, le droit international prévoit uniquement la responsabilité de l'État considéré dans son ensemble, c'est-à-dire pris dans son unité: il n'y aura donc aucune différence selon que la violation à l'origine du préjudice est imputable au législateur, au juge ou à l'administrateur. Cette même perspective peut d'ailleurs être discernée dans la jurisprudence de la Cour au titre de l'article 169 du traité: le manquement à une obligation communautaire est en tout cas imputé à l'État, quelle que soit la personne à qui incombe concrètement l'exécution de cette obligation (voir, entre autres, arrêt du 5 mai 1970, Commission/Belgique, 77/69, Rec. p. 237, point 15, arrêt du 18 novembre 1970, Commission/Italie, 8/70, Rec. p. 961, point 9, et arrêt du 26 février 1976, Commission/Italie, 52/75, Rec. p. 277, point 14).

43 — Arrêt du 26 juillet 1927, Usine de Chorzów (CPJI, série A, n° 8, p. 21), c'est nous qui soulignons. Le même principe a été par la suite réaffirmé par la Cour internationale de justice dans son avis consultatif du 30 mars 1950, relatif à l'interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (CIJ, 1950, p. 228).

l'intégration, à savoir « établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens » [44], entre autres grâce à la réalisation du marché commun. Il s'ensuit que les instruments traditionnels, nous dirions même de droit international, prévus afin d'obtenir l'exécution correcte et précise des obligations de la part des États membres ont abouti et aboutissent en permanence, pour une très large part, à ce que le plus haut intérêt direct soit attribué à la situation juridique des particuliers. Cela tient au fait que les obligations des États et des institutions communautaires visent principalement, dans un système tel que celui auquel aspirait et aspire la construction communautaire, à engendrer des droits dans le chef des particuliers. Tel est le cadre qui a été tracé par les auteurs du traité et consolidé par le législateur communautaire.

40. La Cour, dans une jurisprudence bien connue, s'est bornée à prendre acte de cette volonté précise, telle qu'exprimée par les auteurs du traité et, par la suite, par le législateur, et a relevé que le traité CE a institué un ordre juridique propre, « au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains » [45]. Les sujets de cet ordre juridique sont non seulement les États, mais également les individus, auxquels le droit communautaire confère des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique et qui naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires.

41. Force est donc de reconnaître que, s'agissant de normes — de droit communautaire — qui régissent la situation des particuliers et dont la primauté sur les dispositions de droit interne a été reconnue, une prétendue irresponsabilité générale du législateur national ne saurait se justifier. L'idée même de la responsabilité de l'État législateur par rapport aux obligations imposées par le droit communautaire et, partant, acceptées par voie conventionnelle par les États eux-mêmes ou créées selon les procédures subséquentes qui ont été prévues à cet effet, est au contraire pleinement cohérente — et par là même inhérente — aux caractères essentiels et typiques du système juridique communautaire.

42. En définitive, non seulement à la lumière de l'arrêt Francovich e.a., mais déjà en raison de la spécificité du système juridique communautaire considéré dans son ensemble, il ne revêt aucune importance que le fait illicite soit imputable au législateur ou au pouvoir exécutif.

D'autre part, le problème de la responsabilité de l'État législateur est de toute façon dépassé dans les cas où le fait illicite concerne des dispositions directement applicables. L'affirmation de la Cour selon laquelle « il serait par ailleurs contradictoire de juger que les particuliers sont fondés à

44 — Nous nous référons au préambule du traité instituant la Communauté européenne.

45 — Voir, en particulier, arrêt Van Gend & Loos (précité à la note 35) et arrêt du 15 juillet 1964, Costa (6/64, Rec. p. 1141).

invoquer les dispositions d'une directive remplissant les conditions dégagées ci-dessus, devant les juridictions nationales, en vue de faire censurer l'administration, et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive en écartant celles du droit national qui n'y sont pas conformes » [46] implique en effet qu'il incombe également à l'administration publique d'assurer la sauvegarde des droits que les particuliers tirent de dispositions communautaires directement applicables. Il s'ensuit, de ce point de vue, que, le cas échéant, il est assurément possible de faire valoir la responsabilité de l'administration publique du fait que celle-ci a pris des mesures préjudiciables en exécution d'une loi tenue pour incompatible avec le droit communautaire, ou en tout cas du fait qu'elle a appliqué une telle loi.

C'est dans cette voie, par exemple, que semble s'être engagé le Conseil d'État français, en retenant la responsabilité de l'État pour faute [47] de l'autorité administrative, du moins lorsque celle-ci a fait usage d'un pouvoir discrétionnaire qui lui a été attribué par une loi interne contraire au droit communautaire [48].

Certes, dans des cas de ce genre, l'origine de la responsabilité réside quand même dans un comportement illicite imputable au législateur, c'est-à-dire dans une loi incompatible avec le droit communautaire. Toutefois, c'est bien entendu au droit national qu'il appartient d'établir si l'imputation à l'administration est un expédient « indispensable », de nature procédurale et/ou substantielle, pour engager la responsabilité du législateur, ou bien la façon correcte de procéder.

43. Ce que le droit communautaire exige, pour ce qui importe en l'espèce, c'est que soient en tout cas prévus les instruments nécessaires pour que le particulier puisse demander, et éventuellement obtenir, la réparation des dommages subis à la suite de violations du droit communautaire. A cet égard, du reste, il faut bien préciser que le problème de la détermination d'une voie juridictionnelle de recours qui n'est pas encore prévue ou admise dans les systèmes juridiques des États membres n'est ni insurmontable ni nouveau. Il ne l'est pas en raison des données spécifiques des cas visés en l'espèce, mais également parce que la Cour l'a déjà surmonté dans certains passages historiques et incontestés de sa jurisprudence.

C'est ce que confirment, notamment, des cas tels que Simmenthal [49] et Factortame I [50], deux affaires dans lesquelles la Cour était confrontée à la question de savoir si une certaine voie juridictionnelle de recours, que le système procédural national ne permettait

46 — Arrêt Fratelli Costanzo (précité à la note 36), point 31.

47 — Il n'est guère nécessaire de préciser qu'en ce qui concerne l'activité normative de l'administration publique le terme *faute* est compris par la doctrine et par la jurisprudence administrative françaises (qui en a développé la notion) comme un fonctionnement défectueux du service public, qui fait donc abstraction, ce qui peut paraître surprenant, de la faute. En fait, une règle souvent rappelée est que « toute décision illégale est en principe fautive ». En résumé, dans le système français la différence entre *responsabilité pour faute* et *responsabilité sans faute* ne correspond pas à la différence entre responsabilité pour faute et responsabilité objective, mais plutôt, fût-ce avec une certaine approximation, à celle entre responsabilité pour actes illégaux et responsabilité pour actes légaux.

48 — Arrêt du 28 février 1992, Société Arizona Tobacco Products, dans *AJDA*, 1992, p. 210. La cour administrative d'appel de Paris, dans son arrêt du 1er juillet 1992, Société Dangeville (dans *AJDA*, 1992, p. 728, avec des observations critiques de Prétot) s'est en revanche référée en termes généraux à la responsabilité de l'État, pour affirmer l'obligation de réparation de l'État du fait d'une situation illicite au regard du droit communautaire créée par le législateur.

49 — Arrêt du 9 mars 1978 (106/77, Rec. p. 629).

50 — Arrêt précité à la note 7.

pas d'engager devant le juge national, pouvait ou devait être ouverte et mise en œuvre en vertu du droit communautaire.

44. Dans l'affaire Simmenthal, il s'agissait du pouvoir du juge italien de laisser inappliquée de sa propre autorité et immédiatement une disposition nationale incompatible avec le droit communautaire, sans avoir à demander que l'inconstitutionnalité de la disposition en cause soit préalablement constatée par la Cour constitutionnelle. En fondant sur le droit communautaire le pouvoir et l'obligation de la juridiction nationale de laisser inappliquée la disposition contraire au droit communautaire, solution qui n'était pas prévue par le système national et prenait même le contre-pied d'une jurisprudence expresse et réitérée de la Cour constitutionnelle italienne, la Cour a introduit une dérogation à l'autonomie de l'État membre en ce qui concerne les moyens de protection juridictionnelle des droits que les particuliers tirent du droit communautaire. Il est remarquable, également au regard du présent contexte, que dans l'affaire Simmenthal la Cour ait déjà jugé intolérable non pas l'absence de protection mais un simple retard dans la protection, en privilégiant du reste cet aspect par rapport aux avantages que présentait pourtant manifestement, du point de vue de la sécurité juridique, le système fondé sur le contrôle de constitutionnalité tel qu'il était jusqu'alors pratiqué.

Dans l'affaire Factortame I la question se posait à nouveau, exactement comme dans l'affaire Simmenthal, de savoir si, en l'absence d'un pouvoir du juge national en vertu de son droit national, à savoir en l'espèce celui de suspendre à titre provisoire l'application d'une loi nationale en raison de l'incompatibilité présumée mais pas encore constatée de cette loi avec le droit communautaire, le pouvoir en question pouvait trouver un fondement dans le droit communautaire lui-même. La Cour, comme dans l'affaire Simmenthal, a répondu qu'un obstacle à la protection juridictionnelle effective d'un droit qu'un particulier tire de normes communautaires doit être écarté par le juge national: la règle formant éventuellement obstacle doit donc être laissée inappliquée.

45. En définitive, l'autonomie des États membres quant aux voies juridictionnelles de recours concernant la violation de droits conférés par le système communautaire, tout en ayant été affirmée par la Cour [51], subit d'importantes dérogations: en particulier chaque fois que cela s'avère indispensable pour assurer une mise en œuvre correcte du droit communautaire et une protection complète et effective des droits que les particuliers tirent de ce droit.

Ainsi, alors que dans l'arrêt Salgoil la Cour a souligné l'obligation des juridictions nationales d'assurer aux justiciables une protection

51 — Voir arrêt du 7 juillet 1981, Rewe (158/80, Rec. p. 1805, point 44), dans lequel la Cour a déclaré que le traité n'a pas entendu créer des procédures nouvelles par rapport à celles qui existaient déjà dans les ordres juridiques nationaux, ni réduire le choix des juges quant aux moyens de protection les plus appropriés. En réalité, cette affirmation a une portée nettement moins absolue qu'il n'y paraît à première vue.

directe et immédiate de leurs intérêts, tout en précisant « qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente et, à cet effet, de qualifier ces droits selon les critères du droit interne » [52], dans l'arrêt Bozzetti cette ambiguïté disparaît. La Cour y réaffirme, en effet, l'obligation d'assurer « dans chaque cas » la protection effective des droits individuels et que seulement dans le cadre de ces limites précises (« sous cette réserve ») « il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire » [53]. L'incise « *sous cette réserve* » constitue évidemment la clé de lecture la plus importante, dans la mesure où elle marque les limites de l'autonomie des systèmes nationaux; ce n'est pas un pur hasard, nous semble-t-il, si le point 42 de l'arrêt Francovich e.a. contient la même incise.

46. N'oublions pas non plus que même le législateur communautaire a introduit des dérogations à l'autonomie des États membres, par exemple en matière de marchés publics régis par le droit communautaire et précisément sous l'angle de la réparation du préjudice. Nous nous référons, évidemment, à la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux [54], ainsi qu'à la directive 92/13/CEE du Conseil correspondante, du 25 février 1992, sur les moyens de recours relatifs aux marchés dans ce qu'il est convenu d'appeler les secteurs exclus [55].

Le législateur communautaire, compte tenu de la grande disparité des solutions retenues dans les ordres juridiques des États membres, est intervenu non seulement sur les aspects touchant à la protection substantielle et, partant, réelle, mais également en prévoyant, en cas d'absence ou d'insuffisance de protection réelle, un système, assurément étranger à bon nombre d'ordres juridiques nationaux, de réparation du préjudice comme conséquence de l'illégalité de la procédure de passation du marché [56].

47. En définitive, on peut assurément affirmer qu'il s'agit d'une autonomie, à savoir celle des États membres quant aux voies juridictionnelles de recours ouvertes en cas de violation de droits conférés par des disposi-

52 — Arrêt du 19 décembre 1968 (13/68, Rec. p. 661, spécialement p. 675 et suiv.).

53 — Arrêt du 9 juillet 1985 (179/84, Rec. p. 2301, point 17).

54 — JO L 395, p. 33.

55 — Directive portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14).

56 — Cette mesure a sensiblement innové dans le système de nombreux États membres. Par exemple, dans le système italien, qui était pourtant parmi les plus protecteurs et en tout cas l'un des rares dans lesquels il était possible d'obtenir à la suite de l'annulation de l'acte administratif illégal également celle de la situation contractuelle en amont, le fait de prévoir une indemnisation en raison de l'atteinte portée à des situations qui étaient traditionnellement classées dans la catégorie des intérêts légitimes et non pas dans celle des droits subjectifs constitue, même dans les limites des seuls rapports régis par le droit communautaire (voir Cassazione, 5 mars 1993, n° 2667, in *Foro it.*, 1993, I, 3062), une véritable *révolution culturelle*.

tions communautaires, qui est étroitement liée au résultat voulu par le droit communautaire [57].

Or, en cas de violation de dispositions communautaires par les États, le résultat qu'il faut atteindre, pour ce qui importe en l'espèce, en vue d'assurer un fonctionnement satisfaisant du système juridique communautaire pris dans son ensemble, consiste à faire en sorte que soit rétablie, en présence de certains éléments, la même situation juridique, au moins du point de vue de son contenu patrimonial, que celle qui aurait existé si l'État n'avait pas manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu du droit communautaire.

II — *Sur les conditions de l'obligation de réparation à la charge de l'État*

48. La responsabilité est donc liée à toute hypothèse de violation du droit communautaire, y compris celle dans laquelle le préjudice résulte de violations de dispositions du traité directement applicables indépendamment de l'organe de l'État (c'est-à-dire aussi du législateur) auquel le préjudice est imputable. Il reste à présent à se demander à quelles conditions existent la responsabilité et, parallèlement, le droit du particulier à obtenir réparation.

En réalité, compte tenu de l'absence d'une réglementation communautaire spécifique en la matière, le problème réside dans la définition des conditions qui déterminent la responsabilité de l'État et dans la possibilité concrète de vérifier que ces conditions sont réunies. En outre, il convient également de bien apprécier la praticabilité des solutions envisagées.

49. Certes, le droit communautaire pourrait assurément, ainsi que certains États membres l'ont proposé au cours de la présente procédure, se borner à affirmer le principe de la responsabilité et de l'obligation d'indemniser, tout en laissant à chaque droit national le soin d'en déterminer les conditions préalables et d'en régler les modalités, aussi bien de forme que de fond.

Une telle solution, comme nous l'avons déjà évoqué au début de notre analyse, présente toutefois d'importants inconvénients au premier rang desquels figure celui de ne pas assurer le résultat que le droit communautaire a voulu en affirmant le principe de la responsabilité, c'est-à-dire une protection pleine et effective des droits que le particulier tire de la disposition communautaire qui est supposée enfreinte. Les questions mêmes que les juridictions de renvoi ont été amenées à poser précisément en raison de la circonstance que le droit national applicable ne per-

57 — Pour une approche partiellement différente, voir les conclusions de l'avocat général M. Jacobs présentées le 15 juin 1995, dans les affaires jointes Van Schijndel et Van Veen (C-430/93 et C-431/93, Rec. 1995, p. I-4705, I-4707).

met, en l'espèce, aucune réparation confirment qu'il s'agit là d'un risque réel. Quoi qu'il en soit, il est par ailleurs tout à fait évident qu'un simple renvoi au droit national risquerait d'avaliser un système discriminatoire, dans la mesure où, pour une même violation, la protection offerte aux ressortissants communautaires serait inégale, voire inexistante pour certains d'entre eux.

50. En somme, afin qu'une protection soit assurée dans tous les États membres de manière, sinon tout à fait uniforme, du moins homogène, il est indispensable que ce soit le droit communautaire lui-même qui établisse au moins les conditions minimales qui déterminent le droit à la réparation et, notamment, les critères selon lesquels ces conditions doivent être constatées, ainsi que les limites « communautaires » posées aux conditions « nationales » relatives à la réparation, qu'elles soient procédurales ou non.

Telle est, du reste, la solution que la Cour a adoptée, quoique avec certains traits spécifiques liés au cas d'espèce, dans l'arrêt Francovich e.a. Il n'y a aucune raison de considérer que cette solution s'applique au seul cas de non-transposition de directive et non pas également à la violation de dispositions directement applicables.

51. Rappelons que dans l'arrêt Francovich e.a., la Cour, tout en précisant que c'est dans le cadre du droit national qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé, a elle-même identifié et défini les conditions « suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, qui trouve directement son fondement dans le droit communautaire » (point 41). L'État membre auquel la non-transposition d'une directive est imputable est donc tenu en tout état de cause, et pour autant que les conditions énoncées par la Cour soient satisfaites, de réparer le dommage subi par le particulier.

Cette affirmation ne doit cependant pas être comprise en ce sens que la réunion de ces conditions serait suffisante, aux fins de la réparation du dommage, par rapport à toute violation du droit communautaire. En effet, ainsi que la Cour l'a elle-même précisé, « si la responsabilité de l'État est ainsi imposée par le droit communautaire, les conditions dans lesquelles celle-ci ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé » (point 38).

52. Les éléments nécessaires pour que la responsabilité des États membres soit engagée peuvent donc varier d'un cas à l'autre. Toutefois, de même que dans l'arrêt Francovich e.a., il devra s'agir d'éléments identifiés et définis par le droit communautaire lui-même.

En d'autres termes, en cas de violation de dispositions du traité ayant effet direct les

conditions énoncées dans l'arrêt Francovich e.a. peuvent, certes, ne pas être nécessaires et/ou suffisantes pour engendrer un droit à réparation. Néanmoins, même par rapport à ce contexte, il faudra que soient identifiées les conditions qui sont suffisantes pour permettre au particulier d'obtenir la réparation. Il n'est guère nécessaire de souligner que les *conditions suffisantes*, ainsi qu'il résulte de l'arrêt Francovich e.a., ont trait aux éléments *substantiels* de la responsabilité.

53. Or, une analyse sommaire des régimes de responsabilité de l'administration publique en vigueur dans les ordres juridiques des États membres fait apparaître que l'on peut tenir pour communément admis au moins le principe selon lequel répond du fait dommageable la personne à laquelle celui-ci est imputable, à condition qu'un lien de causalité existe entre le fait et le dommage.

En somme, les éléments substantiels de la responsabilité sont plus ou moins les mêmes sous toutes les latitudes: un dommage réel, un lien de causalité entre le dommage et le comportement de l'auteur du dommage, l'illégalité de ce comportement. Les différences, parfois importantes au point même de toucher, par exemple, à la nature des positions subjectives protégées [58], concernent au contraire la manière dont ces éléments sont définis et les critères pour constater leur réunion.

54. Aux fins de la présente analyse, il importe donc non pas d'identifier les conditions générales de la responsabilité, qui sont en fait presque identiques dans les différents ordres juridiques, mais plutôt d'établir les critères de contrôle de ces conditions ou, si l'on préfère, les critères permettant une définition commune des conditions en question.

Il nous paraît utile, à cette fin, de nous arrêter tout d'abord sur les conditions que la Cour a considérées comme suffisantes, en cas de non-transposition de directives, pour engendrer un droit à réparation au profit du particulier.

1. *La solution Francovich*

55. L'obligation de réparation de l'État pour omission du pouvoir législatif a été reconnue par la Cour, en cas de non-transposition d'une directive dans le délai prescrit, pour autant que les trois conditions suivantes soient remplies: « Tout d'abord, la directive doit avoir pour objectif que des droits soient attribués à des particuliers. Le contenu de ces droits doit, ensuite, pouvoir être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin,

58 — Il suffit de mentionner, à cet égard les spécificités (voir cependant la note 5) du système italien en matière de non-indemnisation des atteintes portées à des intérêts légitimes. A propos du « chapitre difficile de la protection aquilienne des intérêts légitimes » dans l'expérience italienne, voir Ponzanelli: « L'Europa e la responsabilità civile », in *Foro It.*, 1992, IV, col. 150. Dans l'affaire Enichem Base e.a., précitée à la note 24, le problème soulevé par le juge a quo concernait précisément une atteinte à un intérêt légitime.

il doit y avoir un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi » [59].

Une première interrogation s'impose: ces conditions sont-elles nécessaires et suffisantes même dans le cas où le dommage est causé par la violation d'une disposition du traité directement applicable?

56. Faisant abstraction pour le moment du lien de causalité, élément canonique de la responsabilité aquilienne, nous relevons tout d'abord que la première condition, selon laquelle le résultat prescrit par la directive doit comporter l'attribution de droits au profit de particuliers, concerne l'identification de la situation juridique subjective dont la lésion peut donner lieu à réparation. Compte tenu de la jurisprudence en la matière, il y a lieu de considérer que la Cour entend ainsi faire référence en général à toutes les positions juridiques individuelles protégées par le droit communautaire; en conséquence, et par définition, il s'agit d'une condition qui est toujours remplie dans le cas de dispositions directement applicables.

La seconde condition, qui semble à première vue constituer une simple précision de la première, souligne la nécessité que le droit découlant de la directive ait un contenu précis, c'est-à-dire que l'on puisse déterminer son objet, avec cette conséquence qu'une telle condition est, là encore, à considérer en principe comme satisfaite par les normes du traité ayant effet direct [60]. Il convient de souligner à ce stade que, dans l'affaire Francovich e.a., de même que dans les affaires jointes Dillenkofer e.a. (C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94), dans lesquelles nous présentons aussi les conclusions ce même jour, le contenu du droit attribué aux particuliers coïncide parfaitement avec le contenu patrimonial de ce même droit qu'ils tirent des dispositions communautaires en cause, c'est-à-dire avec le préjudice susceptible de réparation [61]. Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'il faille interpréter ladite condition en ce sens que l'indemnisation éventuelle du préjudice subi par les particuliers est subordonnée à la possibilité d'identifier, sur la base de la disposition violée, le contenu exact de la perte patrimoniale subie par le particulier. Il est au contraire suffisant que la violation de la disposition en cause, disposition qui attribue au particulier un droit dont l'objet est susceptible d'être identifié de manière précise, ait porté atteinte aux intérêts patrimoniaux de la personne lésée. Sinon, la réparation des dommages serait en effet confinée aux seuls cas dans lesquels la disposition violée a précisément pour but d'attribuer aux particuliers un droit « patrimonial ».

57. Les observations qui précèdent nous conduisent à tirer une première conclusion:

59 — Les trois conditions en question, que la Cour a énoncées dans l'arrêt Francovich e.a. (point 40), sont toutefois textuellement reprises ici telles qu'elles ont été réaffirmées et résumées par la Cour dans l'arrêt Faccini Dori, précité à la note 37, point 27.

60 — Sur cet aspect voir ci-après, point 75.

61 — Dans l'affaire Francovich e.a., rappelons-le, il s'agit du montant dû aux travailleurs à la suite de l'insolvabilité de l'employeur; dans l'affaire Dillenkofer e.a. il s'agit de fonds déposés par des acheteurs de voyages à forfait pour des prestations de voyage qui n'ont jamais été fournies.

les conditions que la Cour a énoncées dans l'arrêt Francovich e.a., dans la mesure où elles ont trait à la situation juridique dont le particulier doit être titulaire pour pouvoir faire valoir un droit à réparation, sont évidemment nécessaires et satisfaites même lorsqu'il s'agit de dispositions du traité ayant effet direct. La question se pose alors de savoir si elles sont toujours suffisantes.

Afin de clarifier ce point, il convient de s'interroger sur les motifs qui ont conduit la Cour à se limiter auxdites conditions et à ne pas préciser aussi, par exemple, les critères permettant d'affirmer que la violation en cause du droit communautaire constitue un comportement illégal de nature à engager la responsabilité de l'État. A cette occasion, comme nous l'avons déjà indiqué, la Cour s'est en effet expressément référée à un seul des éléments classiques de la responsabilité, à savoir le lien de causalité. Elle n'a en revanche apporté aucune précision supplémentaire concernant l'illégalité du comportement de l'auteur du dommage et la réalité du dommage, ni demandé au juge national aucune vérification à cet égard.

58. Le choix que la Cour a ainsi opéré dans l'arrêt Francovich e.a. nous semble dû, tout simplement, à la circonstance qu'en l'espèce il était déjà clair à première vue que les deux éléments que nous venons d'évoquer étaient réunis. En effet, on ne pouvait avoir le moindre doute sur l'illégalité de l'*omission* en cause de l'État: le résultat voulu par la directive, pour lequel l'État ne disposait d'aucune marge d'appréciation, et en tout cas pas en ce qui concerne le délai de transposition de la directive, n'avait pas été atteint; il n'y avait aucune incertitude non plus quant à la réalité du dommage, lequel coïncidait en substance avec le montant auquel le demandeur aurait eu droit si la directive avait été transposée dans le délai imparti.

Dans ces conditions, étant donné qu'elle avait préalablement constaté que le particulier ne pouvait pas invoquer directement la directive devant la juridiction nationale, la Cour s'est par conséquent limitée à indiquer que, aux fins de l'obligation de réparation à charge de l'État membre défaillant, il doit être possible d'identifier un droit, précis et ponctuel, au profit du particulier.

59. En somme, il est incontestable que l'affaire Francovich e.a. se présentait, sous l'angle de la responsabilité de l'État et de l'obligation de réparation, presque comme une hypothèse d'école. La circonstance que la Cour n'ait pas estimé utile en l'espèce de préciser les limites de la responsabilité de l'État, en particulier en omettant d'indiquer expressément les critères *communautaires* relatifs à l'illégalité du comportement de l'État, doit par conséquent être appréciée uniquement en fonction des particularités du cas dont elle était saisie. Il est significatif, à cet égard, que les réactions de la doctrine aient été diverses, voire opposées: d'aucuns

ont soutenu que de cette manière la Cour n'aurait voulu censurer que les violations graves ou coupables [62]; d'autres estiment en revanche qu'il résulte de l'arrêt en question que toute violation du droit communautaire engendre une responsabilité et une obligation de réparation [63].

En définitive, la circonstance que l'arrêt Francovich e.a. ne comporte pas une définition claire des critères exigés par le droit communautaire pour considérer que la responsabilité de l'État est engagée est étroitement liée à la simplicité particulière du cas d'espèce. L'affirmation de la Cour selon laquelle les conditions du droit à réparation dépendent « de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé » doit donc être comprise non seulement en ce sens que les conditions générales de la responsabilité varient selon le type de violation, mais également en ce sens que les caractéristiques propres d'un type déterminé de violation, telle que la non-transposition d'une directive dans le délai imparti, peuvent être de nature à rendre superflue une analyse approfondie quant à l'existence d'une ou de plusieurs des conditions en question.

60. Le fait d'interpréter différemment l'arrêt Francovich e.a. impliquerait que toute violation du droit communautaire portant atteinte aux intérêts patrimoniaux d'un sujet titulaire d'une position juridique qui est invoquée en vertu de la disposition enfreinte entraîne de par elle-même et de manière automatique un droit à réparation.

Tel ne nous semble cependant pas être le résultat voulu par la Cour, ni par le droit communautaire. D'ailleurs, un résultat de ce genre ne serait pas vraiment raisonnable, étant donné que, ainsi qu'il a été exposé, dans toutes les traditions juridiques la responsabilité du fait de l'activité normative de l'administration publique est, d'une manière ou d'une autre, limitée. En outre, la jurisprudence même de la Cour en matière de responsabilité non contractuelle des institutions communautaires du fait de leur activité normative va dans une autre direction.

2. La jurisprudence au titre de l'article 215, deuxième alinéa

61. Bien que ce ne soit pas ici le lieu approprié pour analyser et mettre en discussion cette jurisprudence, nous estimons utile de signaler au moins la nécessité d'une réflexion sereine et approfondie en la matière. En effet, au cours de la présente procédure, les États membres ont constamment fait référence à la jurisprudence en question, en demandant que les mêmes critères que ceux dégagés dans ce cadre soient également appliqués en ce qui

62 — Parmi d'autres, Temple Lang: « New Legal Effects Resulting From The Failure Of States To Fulfil Obligations Under European Community Law: The Francovich Judgment », dans *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, p. 1 et suiv., met en évidence que la non-transposition d'une directive constitue une violation intentionnelle, donc délibérée et de ce fait même coupable.

63 — En ce sens qu'il s'agirait d'une responsabilité objective, dans laquelle la faute ne revêtirait aucune importance, voir, par exemple, Caranta: « Governmental Liability After Francovich », dans *The Cambridge Law Journal*, 1993, p. 272 et suiv., ainsi que Tatham: « Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre », dans *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 597 et suiv.

concerne l'affirmation de la responsabilité de l'État du fait de violations du droit communautaire qui lui sont imputables.

Cette position ne semble pas dénuée de tout fondement, si l'on considère, d'une part, que l'article 215, deuxième alinéa, renvoie, aux fins de la réparation des dommages causés par les institutions dans l'exercice de leurs fonctions, aux principes généraux communément admis dans les ordres juridiques des États membres et, d'autre part, par voie de conséquence, que cette jurisprudence pourrait et devrait constituer, en l'absence de règles uniformes en la matière, un cadre de référence utile pour des règles communes sur la responsabilité des États.

62. La Cour semble — du moins à première vue et contrairement à ce qui avait été proposé par l'avocat général M. Mischo dans ses conclusions présentées sous l'arrêt Francovich e.a. — ne pas avoir entendu subordonner la responsabilité de l'État aux mêmes conditions restrictives posées par la jurisprudence en matière de responsabilité de la Communauté.

Néanmoins, avant d'aborder l'examen de chacune des conditions générales de la responsabilité, il nous paraît opportun de faire quelques observations tendant à apprécier si, et dans quelle mesure, le cas d'une violation du droit communautaire imputable à l'État est comparable à celui d'une violation commise par les institutions communautaires, et si, en définitive, les critères dégagés par la jurisprudence en la matière peuvent ou non, au moins en présence de situations analogues, constituer un cadre de référence utile.

63. A cette fin, relevons d'abord que, selon une jurisprudence constante, « la responsabilité de la Communauté du fait de sa fonction législative suppose la réunion d'un ensemble de conditions en ce qui concerne l'illégalité d'un acte des institutions, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre l'acte et le préjudice invoqué » [64]. Les éléments substantiels sont donc les mêmes, et il ne saurait en être autrement, même en cas de responsabilité des institutions communautaires.

La même jurisprudence a toutefois énoncé, en particulier en ce qui concerne l'illégalité du comportement imputable aux institutions, des conditions tellement restrictives qu'elles rendent extrêmement difficile la condamnation effective d'une institution communautaire à la réparation du préjudice causé [65].

64. Les limites fixées par la jurisprudence en ce qui concerne l'action en application de l'article 215 du traité procèdent en réalité d'une position répandue selon laquelle en

64 — En ce sens voir, par exemple, arrêt du 8 décembre 1987, Grands Moulins de Paris/Conseil et Commission (50/86, Rec. p. 4833, point 7).

65 — En effet, on relève jusqu'à présent seulement huit condamnations d'institutions communautaires à la réparation du préjudice causé.

principe le préjudice causé par le législateur n'est pas susceptible de réparation. La Cour a du reste expliqué la conception restrictive adoptée, en déclarant que « le pouvoir législatif, même là où existe un contrôle juridictionnel sur la validité de ses actes, ne doit pas être entravé dans ses dispositions par la perspective d'actions en dommages-intérêts chaque fois qu'il est dans le cas de prendre, dans l'intérêt général, des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts de particuliers » [66].

Cette position a cependant trouvé bon nombre d'applications qui laissent perplexes.

65. Les limites de la responsabilité de la Communauté ont été en effet invoquées et appliquées non seulement pour des actes normatifs qui supposent un large pouvoir discrétionnaire de l'institution concernée, mais également pour des actes qui relèvent de la sphère des dispositions d'exécution (le cas des règlements d'exécution de la Commission est typique) [67]. En substance, les critères restrictifs dégagés dans le contexte de l'appréciation de la responsabilité de la Communauté du fait d'actes normatifs de portée générale ont été également appliqués par la Cour dans les cas où le préjudice résulte d'une mesure individuelle qui n'implique pas des choix de politique économique de nature à exiger la plus large protection possible du pouvoir discrétionnaire des institutions.

Or, il est incontestable qu'il serait plus correct d'appliquer des régimes de responsabilité différents selon qu'il s'agit d'une activité plus précisément législative ou d'une activité d'exécution, attendu que, en principe, le pouvoir qui est laissé aux institutions communautaires diffère sensiblement dans les deux cas [68]. D'un point de vue plus général, le fait que l'on exige, pour engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté, un comportement quasi arbitraire se justifie lorsque l'institution communautaire, comme en matière de politique agricole, dispose d'un large pouvoir d'appréciation; en revanche cette exigence ne se justifie pas lorsque les conditions d'exercice du pouvoir reconnu à l'institution sont clairement et précisément définies [69]. Dans ce dernier cas, en effet, la violation de la norme en cause devrait en

66 — Arrêt du 25 mai 1978, HNL/Conseil et Commission (83/76, 94/76, 4/77, 15/77 et 40/77, Rec. p. 1209, point 5).

67 — Voir, par exemple, arrêt du 19 septembre 1985, Asteris e.a./Commission (194/83 à 206/83, Rec. p. 2815, points 21 et 22), dans lequel la Cour a jugé que la responsabilité de la Communauté n'était pas engagée du fait que la Commission, en application d'un règlement du Conseil, avait fixé de manière incorrecte une aide communautaire à la production de concentrés de tomate. Voir, en outre, l'arrêt du 26 juin 1990, Sofrimport/Commission (C-152/88, Rec. p. I-2477), dans lequel la Cour a, certes, reconnu la responsabilité de la Communauté en ce qui concerne un règlement à portée en substance individuelle de la Commission, pris en exécution d'un règlement de la Commission qui à son tour constituait l'application d'un règlement du Conseil, mais en rappelant les mêmes critères stricts que ceux utilisés pour des actes normatifs impliquant des choix de politique économique.

68 — A cet égard, voir les conclusions Biancarelli dans l'affaire Stahlwerke Peine-Salzgitter/Commission, tranchée par arrêt du Tribunal du 27 juin 1991 (T-120/89, Rec. p. II-279, spécialement p. II-340), où il est affirmé que, aux fins de la responsabilité, ce qui importe c'est « essentiellement la latitude d'appréciation dont jouit la Commission lorsqu'elle arrête sa décision et le contexte économique, plus ou moins complexe, qui caractérise cette prise de décision ».

69 — Ce problème a été récemment évoqué et débattu devant le Tribunal dans une affaire en matière de droits antidumping, dans laquelle la partie requérante a soutenu que la responsabilité de la Communauté devrait être appréciée différemment selon que la violation reprochée aux institutions concerne des règles inhérentes à l'appréciation de faits économiques complexes ou, comme dans le cas d'espèce, des règles de procédure dont le respect s'impose aux institutions. Le Tribunal a toutefois estimé ne pas pouvoir souscrire à cette thèse, en se limitant à affirmer de manière lapidaire que les règlements relatifs aux mesures antidumping sont des actes normatifs impliquant des choix de politique économique (arrêt du 18 septembre 1995, Nölle/Conseil et Commission, T-167/94, Rec. p. II-2589, points 44 à 52).

tout état de cause être considérée comme étant de nature à engager la responsabilité de la Communauté [70].

66. En définitive, si en vertu de la jurisprudence Francovich e.a. il y a lieu de considérer que le préjudice résultant d'une disposition législative nationale incompatible avec une disposition communautaire est susceptible de réparation, il n'est pas aisé de saisir pourquoi le préjudice découlant d'un acte de la Communauté *incompatible avec cette même disposition communautaire* ne serait susceptible de réparation que lorsque les conditions restrictives fixées (jusqu'à présent) par la Cour sont remplies [71]. D'autre part, dans une Communauté de droit, qui tend à consacrer une attention et sensibilité toujours plus grandes à la protection des particuliers, même sur le plan de l'indemnisation, une attention au moins égale devrait être consacrée aux cas dans lesquels les dommages subis par les citoyens résultent d'un fait illicite imputable aux institutions communautaires elles-mêmes [72].

Dans cette perspective, il ne semble pas non plus que l'on puisse valablement soutenir que la transposition à l'action aquilienne nationale des conditions relatives à l'action au titre de l'article 215 pourrait marquer une régression par rapport à la situation existant dans certains ordres juridiques. Du point de vue des exigences de protection des droits que l'ordre juridique communautaire reconnaît aux particuliers, il est en effet intolérable que la protection juridictionnelle qui peut être obtenue au niveau communautaire s'inspire de critères plus restrictifs et, en définitive, moins généreux que ceux qui prévalent au moins dans certains États membres [73].

67. Les considérations qui précèdent nous incitent à penser que, dans des situations bien entendu comparables, il n'y a pas lieu d'appliquer des critères différents selon que la violation du droit communautaire en cause est imputable à un État ou à une institution communautaire. Par contre, des situations différentes pourront et devront conduire à des conclusions différentes en ce qui concerne les critères utilisés pour vérifier que sont réunis les éléments de la responsabilité, que celle-ci se rapporte aux États membres ou aux institutions communautaires.

En particulier, et de prime abord, il nous paraît tout à fait raisonnable que la responsabilité des États soit soumise aux mêmes conditions restrictives que celles applicables aux institutions communautaires chaque fois

70 — Dans le même sens voir également les conclusions de l'avocat général M. Darmon présentées sous l'arrêt du 8 avril 1992, Cato/Commission (C-55/90, Rec. p. I-2533, spécialement p. I-2561).

71 — Ce problème a également été évoqué dans l'affaire Bourgoin, au cours de la phase devant la Court of Appeal, Civil Division, 29 juillet 1985 (*Common Market Law Report* 1986, p. 267): voir Simon-Barav: « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », dans *RMC*, 1987, p. 165, et spécialement p. 170 et suiv.; Oliver: « Enforcing Community Rights in the English Courts », dans *The Modern Law Review*, 1987, p. 881, et spécialement p. 899 et suiv.

72 — En ce sens voir, par exemple, Cartabia: « Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni », dans *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, p. 505 et suiv.

73 — Voir, à ce sujet, les travaux du congrès FIDE 1992: FIDE, « La sanction des infractions au droit communautaire », volume II, Lisbonne, 1992.

qu'ils disposent d'une marge d'appréciation ou que les limites posées à leur action par les dispositions communautaires ne sont pas bien définies, peut-être même dans des secteurs relevant (également) de leur compétence; et cela, que ce soit bien clair, indépendamment de la circonstance que la norme « violée » ait ou non effet direct.

Par contre, la responsabilité des États membres devrait être plus facilement admise, de même que celle des institutions communautaires, chaque fois que la violation n'est pas liée à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

68. En définitive, il conviendrait de parvenir à un régime de responsabilité différencié selon que les institutions communautaires (et les autorités nationales) disposent ou non d'un large pouvoir d'appréciation. C'est, à notre sens, le moyen le plus correct et cohérent de parvenir à une indispensable harmonisation des éléments de la responsabilité, dans la mesure où il serait pour le moins singulier d'affirmer, par rapport à des situations équivalentes, la responsabilité des États pour violation du droit communautaire en la soumettant à des conditions autres, moins strictes que celles auxquelles la Cour reconnaît la responsabilité des institutions communautaires.

Dans une Communauté de droit, ayant pour ambition que les actes et les comportements de l'ensemble des protagonistes du système soient soumis, sans privilège aucun, au contrôle juridictionnel, l'exigence d'une protection effective des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier, à égalité de situations, selon qu'un État membre ou la Communauté est à l'origine du dommage.

69. L'analyse qui suit prendra dès lors en considération, comme point de référence pour la détermination de l'obligation de réparation à la charge des États membres, également les conditions définies par la Cour dans la jurisprudence au titre de l'article 215. Cela n'implique pas, bien entendu, une transposition « aveugle » de ces conditions (restrictives) au secteur qui nous occupe. En effet, nous n'ignorons pas que, lorsqu'ils appliquent le droit communautaire, les États membres jouissent en règle générale d'une marge de liberté très étroite, de sorte que les conditions en question sont, dans ce contexte, susceptibles d'engager beaucoup plus facilement la responsabilité. En même temps, nous estimons qu'il n'est pas à exclure que l'éventuel manque de précision de l'obligation qui incombe à l'État puisse être de nature à commander, alors même que cet État ne jouit pas —dans le domaine en question— d'importantes marges d'appréciation, l'application de tels critères restrictifs.

3. Les critères « communautaires » relatifs aux conditions générales de la responsabilité

70. Cela étant dit, venons-en à l'examen des différents éléments substantiels de la respon-

sabilité, à commencer par le fait générateur du dommage, c'est-à-dire, pour ce qui nous occupe ici, la violation de dispositions communautaires directement applicables.

a) Le fait générateur du dommage: la violation de normes *communautaires*

71. La fixation des limites de la responsabilité est en premier lieu, et essentiellement, liée à la définition du comportement illégal. Or, il est clair que le comportement dommageable, à savoir en l'espèce l'acte normatif, doit être contraire aux règles de l'ordre juridique. Pour qu'une telle contrariété au droit soit de nature à engendrer la responsabilité et, partant, donner lieu à indemnisation, les différents États membres utilisent cependant des notions différentes [74], dont le sens ne correspond pas toujours exactement et dont l'application concrète est donc susceptible de conduire à des solutions différentes pour ce qui concerne la violation d'une même disposition. Cela confirme, si tant est qu'il le faille encore, la nécessité d'établir, spécialement en ce qui concerne le fait dommageable, des critères permettant de parvenir à une définition commune.

Par rapport à l'activité normative de l'administration publique, une première tentative en ce sens a été faite au sein du Conseil de l'Europe, moyennant une recommandation dont le principe I énonce: « Doit être assurée la réparation des dommages causés par un acte dû à un manquement des pouvoirs publics à la conduite à laquelle, selon le droit, on peut raisonnablement s'attendre de leur part à l'égard de la personne lésée. Le manquement est présumé en cas de violation d'une norme juridique établie » [75]. En vertu de cette recommandation, la seule illégalité de l'acte n'est donc pas suffisante pour engager la responsabilité de l'État: il faut en outre, sauf dans les cas où la disposition présumée enfreinte est claire, que la conduite reprochée aux pouvoirs publics ne soit pas « raisonnable ».

72. Quant à la jurisprudence de la Cour en matière de responsabilité non contractuelle, elle est constante dans l'affirmation que, lorsque le dommage allégué résulte d'un acte normatif qui implique des choix de politique économique, l'invalidité de l'acte en question ne suffit pas à engendrer la responsabilité de la Communauté. En effet, dans le cas d'actes de ce genre [76], la responsabilité de la Communauté ne saurait être engagée en l'absence d'une *violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit* [77].

74 — Pour nous limiter à quelques ordres juridiques, qu'on pense seulement à l'*illecito* du droit italien, à la *faute* française, au *Verschulden* allemand, au *breach of duty of care* ou, encore, au *misfeasance in public office* du droit anglais.

75 — Recommandation R (84) 15 du 18 septembre 1984.

76 — Toutefois, ainsi qu'il a été exposé, d'après la jurisprudence en question tous les actes normatifs communautaires sembleraient impliquer des choix de politique économique.

77 — Voir, en particulier, arrêts HNL/Conseil et Commission (précité à la note 66), point 4, et du 19 mai 1992, Mulder e.a./Conseil et Commission (C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061, point 12).

Par conséquent, s'il est vrai que l'illégalité de l'acte dommageable est à tout le moins nécessaire pour qu'il y ait responsabilité non contractuelle, ajoutons tout de suite que cette responsabilité, pour des dommages causés par des actes qui impliquent un choix de politique économique, est subordonnée à deux autres conditions, à savoir que la disposition enfreinte soit « une règle supérieure de droit protégeant les particuliers » et que la violation soit « suffisamment caractérisée » (« grave », « hinreichend qualifiziert », « sufficiently serious breach »).

73. Cela dit, relevons que tous les États membres qui ont présenté des observations dans la présente procédure ont exclu une coïncidence parfaite entre les motifs d'invalidité de l'acte et les conditions de la responsabilité, en soutenant que toute violation du droit communautaire ne saurait être de nature à engendrer la responsabilité de l'État et, partant, l'obligation de réparation au profit du particulier.

Aux fins de la reconnaissance de l'obligation de réparation à la charge de l'État défaillant, l'accent a donc été mis, d'une part, sur les critères dégagés par la jurisprudence au titre de l'article 215, c'est-à-dire pour l'essentiel sur la notion de violation grave et manifeste, et, d'autre part, sur la faute en tant qu'élément nécessaire pour « qualifier » (de grave) la violation de la règle de droit, ou, et en tout état de cause, en tant qu'élément indispensable et naturel de la responsabilité.

— Le caractère manifeste et grave de la violation

74. Avec toutes les précautions et les distinctions nécessaires en ce qui concerne les cas de responsabilité de la Communauté, il convient donc d'apprécier si, également aux fins de la responsabilité des États membres, la violation en cause doit être manifeste et grave, en précisant bien entendu ce qu'il y a lieu d'entendre par caractère manifeste et grave de la violation.

Ainsi qu'il a été exposé, dans la jurisprudence en question ce critère est défini en ce sens que « dans un contexte de normes communautaires, caractérisé par l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire, indispensable à la mise en œuvre de la politique agricole commune, la responsabilité de la Communauté ne pourrait être engagée que de manière exceptionnelle dans les cas où l'institution concernée aurait méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs » [78], à condition, bien entendu, que la violation en cause concerne une règle supérieure de droit protégeant les particuliers.

75. Cette dernière exigence semble être, pour ce qui importe en l'espèce, la moins controversée. Il est en effet clair que la

78 — Arrêt Grands Moulins de Paris/Conseil et Commission (précité à la note 64), point 8. Voir aussi, entre autres, arrêt du 18 avril 1991, Assurances du Crédit/Conseil et Commission (C-63/89, Rec. p. I-1799, point 12), ainsi que, en dernier lieu, arrêt du 14 septembre 1995, Lefebvre e.a./Commission (T-571/93, Rec. p. II-2379), point 32.

disposition enfreinte doit être de nature à conférer une position juridique subjective au particulier pour que celui-ci puisse invoquer un droit à réparation. C'est en ce sens, du reste, qu'il convient d'interpréter les deux premières conditions que la Cour a énoncées dans l'arrêt Francovich e.a., et dont la présence, ainsi qu'il a été déjà précisé, est de même nécessaire et satisfaite dans le cas de dispositions directement applicables.

S'agissant de dispositions du traité directement applicables, c'est-à-dire précisément le cas qui nous occupe, il nous paraît opportun d'apporter des précisions supplémentaires. En particulier, il convient de souligner ici que la circonstance que ces dispositions soient parfois ou souvent destinées à protéger également d'autres intérêts, en principe généraux, ne saurait être considérée comme étant, de par elle-même, de nature à exclure qu'il s'agisse de dispositions protégeant les particuliers.

76. En outre, quant à la circonstance que la disposition enfreinte doit être une règle *supérieure* de droit, faut-il rappeler que l'illégalité d'un acte normatif implique — par définition — l'incompatibilité de cet acte avec une norme juridique de rang supérieur. En réalité cette expression a été utilisée dans la jurisprudence au titre de l'article 215 non pas pour sanctionner toute violation des limites imposées par des dispositions de rang supérieur, fussent-elles destinées à protéger des particuliers, mais exclusivement la violation des principes généraux de l'ordre juridique et par conséquent, en définitive, pour qualifier déjà de grave la violation en question.

A cet égard, disons tout de suite qu'il ne nous paraît pas opportun de suggérer la même solution également en ce qui concerne la responsabilité des États du fait de la violation du droit communautaire. En effet, s'il est vrai que l'obligation de réparation à charge des États membres est imposée afin de garantir aux particuliers une protection effective des droits qu'ils tirent de dispositions communautaires, il s'ensuit qu'il ne serait pas aisé de rechercher des motifs qui légitimeraient une limitation de cette protection aux seuls cas de violation d'une catégorie particulière de dispositions, fussent-elles essentielles pour le système juridique communautaire.

77. En effet, si l'on se place du point de vue de la personne lésée, il est tout à fait évident que toute violation d'une disposition communautaire qui attribue à l'intéressé une position juridique subjective doit pouvoir donner lieu à indemnisation. La violation d'une disposition d'un règlement ne pourra, dès lors, pas comporter pour le particulier des effets autres que ceux découlant de la violation d'une disposition du traité; il nous paraît, en outre, moins que jamais utile d'opérer des distinctions entre les dispositions mêmes du traité, en prévoyant, par exemple, que seule la violation de certaines d'entre elles, à savoir celles fondamentales, à l'exclusion des autres, serait de nature à engager la responsabilité de l'État membre en cause [79].

79 — Il resterait en effet à préciser quelles sont les dispositions qui méritent également, compte tenu de leur portée et afin d'en assurer le plein effet, que soit assurée l'obligation de réparation: le principe de non-discrimination en raison de la résidence, qui est assurément fondamental afin d'assurer une liberté effective des prestations de services, est-il aussi ou moins fondamental que l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité?

En définitive, sous l'aspect examiné jusqu'à présent, il nous paraît suffisant que la disposition enfreinte attribue au particulier un droit dont le contenu est susceptible d'être déterminé et précis. Cela devrait valoir également, faut-il le préciser, en ce qui concerne la responsabilité des institutions communautaires.

78. Cela étant clarifié, il convient à présent de préciser la notion, qui est ici pertinente, de violation grave et manifeste.

Il nous semble que, pour identifier les limites dans lesquelles l'illégalité peut donner lieu à responsabilité, le degré de pouvoir discrétionnaire peut et doit être l'élément décisif, quel que soit le rang de la disposition violée (norme du traité ou de droit dérivé, ayant en tout cas primauté sur le droit national) et de l'acte qui l'enfreint (pris par le pouvoir législatif ou exécutif). La latitude plus ou moins grande dont jouit l'État coïncide d'ailleurs, du moins dans la plupart des cas, avec la plus ou moins grande clarté et précision de l'obligation qui lui incombe. Sans doute est-il possible que des obligations pas tout à fait claires, ou mieux aux contours imprécis, existent même dans les cas où la marge de liberté laissée aux États est peu ou pas du tout importante. La conséquence est qu'en pareil cas les limites qui s'imposent à l'action de l'État ne sont de ce fait même pas très bien définies, de telle sorte qu'en substance la situation n'est guère différente de celle dans laquelle les États jouissent d'importantes images d'appréciation.

79. Cela signifie que l'État peut commettre, même en cas de dispositions directement applicables, des violations qui, pour autant, ne seront pas qualifiées de *manifestes et graves*. Prenons un exemple relatif à deux normes du traité ayant un effet direct. L'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité (article 6 du traité) détermine de manière précise et ponctuelle le droit du particulier, qui est tout simplement et sans alternative possible le droit à ne pas être discriminé. On ne peut pas en dire autant de la disposition qui impose l'interdiction des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent, compte tenu de la diversité des situations envisageables en la matière (article 30 du traité). Dans ce dernier cas, en effet, le droit en soi tout à fait clair du particulier à ne pas être entravé dans son activité par des mesures interdites par la disposition en question peut se heurter à une limite résultant des dispositions de l'article 36 du traité ou même, en cas de mesures indistinctement applicables, des exigences impératives invoquées par l'État en vue de la poursuite d'un objectif considéré comme digne de protection par le droit communautaire lui-même. Il s'ensuit que la mesure étatique en cause, qui est en principe incompatible avec le droit communautaire, pourra assurément être soustraite au champ d'application de l'article 30 ou relever des dérogations autorisées par l'article 36 du traité. A cet effet, faut-il le souligner, une appréciation préalable du juge national et/ou du juge communautaire pourra s'avérer nécessaire.

Il convient de préciser en outre que, aux fins de la présente analyse, ce qui importe ce n'est pas, en tant que telle, la circonstance que dans un secteur déterminé les États disposent ou non d'un large pouvoir d'appréciation,

mais plutôt l'ampleur des marges d'appréciation dont ils jouissent par rapport à la disposition particulière qui attribue un droit au particulier [80]. C'est précisément en ce sens que la marge d'appréciation finit par correspondre à la plus ou moins grande précision de l'obligation que la disposition impose aux États.

En somme, dans tous ces secteurs et par rapport à l'ensemble des dispositions qui ne laissent pas aux États membres des marges d'appréciation considérables, dans le sens indiqué ci-dessus, la responsabilité et l'obligation de réparer devront être reconnues du seul fait de la violation d'une disposition communautaire qui attribue au particulier un droit précis et susceptible d'être déterminé dans son objet, sans que d'autres éléments puissent entrer en ligne de compte.

80. Le problème étant posé en ces termes, force est d'admettre que la responsabilité de l'État sera engagée, en principe, chaque fois qu'une obligation précise de résultat incombe à cet État en vertu du droit communautaire. Tel est précisément le cas, ainsi que la Cour l'a déjà constaté dans l'arrêt Francovich e.a., lorsqu'une directive n'a pas été transposée dans le délai prévu à cet effet, pour autant, bien entendu, que les autres conditions énoncées par la Cour soient réunies. Mais c'est aussi le cas de toutes les dispositions, même du traité, qui se limitent à imposer aux États membres des obligations de ne pas faire précises et bien définies (que l'on pense à l'interdiction d'introduire de nouveaux droits de douane, telle qu'elle est prévue à l'article 12 du traité et, sur un plan plus général, à toutes les clauses de *standstill*) et d'où découle, en même temps, un droit au profit du particulier.

81. Lorsque les États disposent au contraire de pouvoirs discrétionnaires plus ou moins larges ou que les obligations communautaires qui leur incombent n'ont pas reçu une définition claire et précise, la même solution ne s'imposera qu'en présence d'une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'exercice de leur action. Tel sera le cas, à l'évidence, si la disposition dont la violation est alléguée est une disposition claire, par exemple dans le sens précisé par la jurisprudence Cilfit [81] ou parce qu'elle a été déjà interprétée par la Cour par rapport à une espèce identique ou en tout cas analogue [82], que ce soit dans le cadre d'une décision à titre préjudiciel ou dans un arrêt en application de l'article 169 du traité.

En effet, sur ce dernier point, il n'est guère nécessaire de souligner que, contrairement à ce que certains États membres ont fait valoir

80 — Relevons, par exemple, en reprenant ce qui a déjà été dit ci-dessus, que, bien que l'article 30 du traité ne soit assurément pas lié à l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire de la part des États membres, il faut cependant reconnaître que les limites qu'il pose à l'action des États n'apparaissent pas toujours claires et précises, comme le montre d'ailleurs clairement l'évolution de la jurisprudence en la matière. Par contre, le pouvoir discrétionnaire dont les États membres disposent en vertu de l'article 129 A du traité (protection des consommateurs) ne pourrait en aucun cas être considéré comme étant de nature à conduire à l'application de conditions de responsabilité plus restrictives si, par exemple, une disposition nationale excluait les ressortissants des autres États membres du bénéfice des dispositions nationales en la matière.

81 — Arrêt du 6 octobre 1982 (283/81, Rec. p. 3415, points 16 et 17).

82 — Voir, pour une observation analogue, mais en ce qui concerne l'obligation de renvoi au sens de l'article 177, troisième alinéa, du traité, arrêt du 27 mars 1963, Da Costa en Schaake (28/62, 29/62 et 30/62, Rec. p. 59).

au cours de la présente procédure, il n'y a aucune raison de subordonner l'action en responsabilité à une constatation préalable d'un manquement. A cet égard, il convient en effet de tenir compte de la marge de liberté dont la Commission bénéficie pour décider s'il y a lieu ou non d'engager une procédure d'infraction, avec cette conséquence que les possibilités pour les particuliers d'obtenir une réparation seraient réduites sans contrôle. En outre, ainsi que la Cour l'a elle-même précisé, « les droits appartenant aux particuliers découlent non de cet arrêt [qui constate le manquement], mais des dispositions mêmes du droit communautaire ayant effet direct dans l'ordre juridique interne » [83].

82. Par contre, lorsque les États membres disposent de larges marges de liberté et/ou qu'il s'agit d'un cadre juridique peu clair, qui n'a pas encore été examiné par la jurisprudence, même pas en ce qui concerne une espèce analogue, l'approche ne pourra être que différente. Déjà d'un point de vue abstrait, il faut bien admettre qu'en pareilles hypothèses on ne pourra que très difficilement relever une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'exercice de l'action des États, au moins dans la mesure où le comportement en question s'apparente, de même que dans la jurisprudence au titre de l'article 215, à un comportement *quasi arbitraire* [84].

Il s'ensuit qu'en pareilles hypothèses le particulier garde la possibilité d'invoquer la protection substantielle de la situation juridique qui lui est éventuellement conférée par la disposition en cause. Bien entendu, au cas où l'État ne mettrait pas fin, dans des délais raisonnablement brefs, à la violation entretemps constatée, la personne lésée pourra assurément engager une action en responsabilité.

83. Cela dit, il n'est certes pas à exclure que l'interprétation des dispositions communautaires en cause, telle qu'elle est opérée par les autorités nationales dans leur action (ou carence) normative, puisse se révéler *manifestement erronée*, dans la mesure où elle constitue un comportement quasi arbitraire, avec cette conséquence qu'il y aurait lieu d'admettre — dans ce cas aussi — l'obligation de réparation à charge de l'État membre défaillant.

Par rapport aux cas de transposition en temps utile mais non correcte d'une disposition d'une directive, il convient en outre d'observer, dans cette même logique, que la responsabilité de l'État ne sera engagée que si la mise en œuvre de cette disposition, par l'État membre en question, est manifestement erronée [85].

83 — Arrêt du 14 décembre 1982, Waterkeyn e.a. (314/81, 315/91, 316/81 et 83/82, Rec. p. 4337, point 16).

84 — Pour l'affirmation d'une telle notion, voir arrêt du 5 décembre 1979, Amylum et Tunnel Refineries/Conseil et Commission (116/77 et 124/77, Rec. p. 3497, point 19), dans lequel la Cour a observé que, en l'espèce, « il ne s'agissait pas d'erreurs d'une telle gravité qu'on saurait dire que le comportement des institutions ... confinerait, en tant que tel, à l'arbitraire et serait ainsi de nature à engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté ». Dans le même sens, en dernier lieu, voir arrêt Nölle/Conseil et Commission, précité à la note 69.

85 — Pour une analyse plus approfondie de cet aspect, voir les conclusions relatives à l'affaire British Telecommunications (C-392/93, Rec. 1996, p. I-1631, I-1634), elles aussi présentées aujourd'hui, spécialement points 33 à 35.

84. En définitive, nous estimons qu'aux fins de notre analyse on peut parler de *violation manifeste et grave* lorsque:

a) des obligations dont la teneur est claire et sans ambiguïté dans tous leurs éléments sont méconnues;

b) la jurisprudence de la Cour a suffisamment clarifié, que ce soit grâce à une interprétation à titre préjudiciel ou par un arrêt en application de l'article 169 du traité, des situations juridiques peu claires qui sont identiques ou en tout cas analogues à celle en cause;

c) l'interprétation des dispositions communautaires dont il s'agit, telle qu'elle a été opérée par les autorités nationales dans leur action (ou carence) normative, est manifestement erronée.

— La faute: un élément indispensable?

85. Reste à présent à apprécier si la faute est un élément indispensable pour fonder la responsabilité des États membres. A cet égard, il convient tout d'abord de préciser que par faute on entend ici un élément subjectif, ou si l'on préfère psychique ou psychologique, qui caractérise — précisément dans le sens d'imprudent ou de négligent ou en tout cas dans le sens qui est traditionnellement attribué à la notion de faute — le comportement de la personne à laquelle est imputée la violation et, par voie de conséquence, la responsabilité. Dans cette optique, la faute est donc un élément qui *s'ajoute* à la violation de la disposition en cause en tant que composante subjective de l'espèce, en qualifiant la conduite qui donne lieu à la violation mais pas directement la violation en tant que telle ou l'acte normatif qui cause le préjudice.

La recherche de la faute dans un sens subjectif — et a fortiori celle du dol — par rapport à l'activité normative se heurte à bon nombre de difficultés déjà sur le plan conceptuel, si bien que l'élément de la faute en tant que condition de la responsabilité de l'État fait depuis toujours l'objet d'une profonde réflexion et suscite des appréciations opposées. En particulier, on n'a pas manqué de souligner la difficulté qu'il y avait à identifier un comportement négligent des pouvoirs publics sur la base des mêmes critères que ceux dégagés pour le droit privé, spécialement parce que les mécanismes imaginés pour expliquer l'action des personnes morales en leur prêtant le même comportement que les personnes physiques se révéleraient, sous cet angle, tout à fait inutiles ou en tout cas insuffisants. En effet, déjà d'un point de vue abstrait, il paraît problématique d'identifier un comportement négligent dans l'action normative du législateur, voire d'envisager la possibilité qu'il ait eu conscience de la violation. Au contraire, on ne peut pas ne pas présumer que des motifs d'intérêt général animent le législateur.

86. Force est néanmoins de reconnaître que la plupart des ordres juridiques nationaux font encore référence à la faute en tant que fondement de la responsabilité [86], même lorsque, en substance, elle est assimilée précisément à ... l'illégalité de l'acte. Nous pensons, en particulier, au système français, dans lequel s'applique le principe selon lequel « toute illégalité constitue par elle-même une faute » [87], ainsi qu'à la position de la Corte di cassazione italienne selon laquelle « en ce qui concerne les actes illégaux, la faute est, par elle-même, susceptible d'être discernée dans la violation des dispositions qui résulte de l'adoption de l'acte, et de son exécution » [88].

En d'autres termes, la faute, qui est au moins présumée chaque fois qu'est pris un acte normatif illégal, que ce soit en raison du caractère incontestablement volontaire des actes arrêtés par les pouvoirs publics ou en raison de la violation des principes de légalité que les pouvoirs publics sont tenus de respecter, a fini par perdre toute connotation subjective [89].

87. La recherche de la faute, autrement dit, s'est déplacée de la faute de l'homme vers celle de l'« organisation », avec cette conséquence que, même lorsqu'on ne la fait pas coïncider avec l'illégalité de l'acte tout court, elle est en tout cas liée au contenu de la disposition enfreinte, en ce sens que l'on attribue de l'importance aux règles de conduite que l'administration est tenue de respecter dans l'exercice de ses tâches institutionnelles. On tient compte, en particulier, de ce que l'action de l'administration doit s'inscrire dans les limites de la légalité qui s'imposent à elle.

Ainsi, s'il est certes exact que la responsabilité est encore rattachée, dans la plupart des ordres juridiques nationaux, à la faute, il est tout aussi vrai que cette dernière est constatée, à quelques exceptions près [90], grâce à des

86 — Une exception à cet égard est assurément constituée par l'ordre juridique espagnol, dans lequel la responsabilité pour actes normatifs est objective (voir articles 9, paragraphe 3, et 106, paragraphe 2, de la Constitution, ainsi que l'article 139, paragraphe 1, de la loi du 26 décembre 1992 relative au régime juridique de l'administration publique et de la procédure administrative).

87 — A cet égard voir, entre autres, Paillet: « La faute du service public en droit administratif français », 1980, p. 176.

88 — Cassazione civile, Sezioni Unite, arrêt n° 5361 du 22 octobre 1984 (dans *Giustizia civile*, 1985, p. 1419), dans lequel il est en outre affirmé que « on ne voit pas ... comment l'exécution volontaire d'un acte administratif illicite pour non-respect de la loi et qui a porté atteinte à un droit subjectif pourrait ne pas constituer, de par elle-même, les éléments de la faute, même dans les cas peu graves, spécialement lorsqu'elle concerne directement une structure publique, organisée et qualifiée pour agir, dans les limites de son activité, conformément au droit ». Il convient également de mentionner l'arrêt n° 5883 du 24 mai 1991 (dans *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 247 et suiv.), dans lequel la Corte di cassazione a déclaré que la preuve de la faute de l'administration publique peut consister « tant dans le manquement aux règles de prudence communément admises, donnant lieu à une activité réglementaire négligente ou imprudente, que dans la violation de lois et règlements dont le respect s'impose à l'administration publique qui doit observer les principes de légalité, d'impartialité et de bon fonctionnement énoncés à l'article 97 de la Constitution ».

89 — Tel est le cas également en ce qui concerne la Belgique, le Luxembourg, la Grèce, le Portugal et le Danemark.

90 — Dans le système anglais, la responsabilité de l'administration en raison de l'activité normative semble être en effet encore (étroitement) liée à la faute en tant que composante subjective du comportement. C'est ainsi qu'une erreur de jugement du ministre sur la portée des pouvoirs qui lui sont attribués n'est pas susceptible, de par elle-même, d'être qualifiée de négligence (voir, par exemple, Rowling v. Takaro Properties Ltd., 1988, 2 WLR, p. 433 et suiv.); de même, la faute, et par là même la responsabilité, est exclue lorsque l'autorité en cause a sollicité un avis juridique concernant la matière sur laquelle elle était appelée à intervenir (voir, en ce sens, Dunlop v. Woollahra Municipal Council, 1988, 2 WLR, p. 418). Étant donné, par ailleurs, le caractère non indemnisable des pertes purement financières (pure economic loss) dans le cadre du *tort of negligence*, il s'ensuit que constitue un fait illicite susceptible d'engendrer la responsabilité seulement, ou presque, l'adoption illégale de mesures caractérisées par le dol, à savoir le *misfeasance in public office*.

critères objectifs [91]. En définitive, dans les États membres eux-mêmes, la responsabilité pour faute finit par n'être admise que moyennant une série d'artifices; en tout cas, elle devient de plus en plus objective, c'est-à-dire qu'elle est de moins en moins, voire plus du tout, liée à une composante subjective.

88. Nous estimons que cette solution, qui prévaut dans les ordres juridiques internes et que la Cour a elle-même adoptée en ce qui concerne la responsabilité non contractuelle des institutions communautaires [92], conduit à envisager la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire comme une responsabilité objective, sans faute.

D'autre part, à supposer même que l'on veuille rattacher cette responsabilité à la faute, il nous semble, au moins à première vue, qu'elle ne saurait, pour ce qui nous intéresse ici, ne pas être liée à la disposition qui est présumée enfreinte ou encore identifiée avec le contenu de cette disposition.

89. Il nous paraît en effet clair que si la disposition en question comporte une obligation de résultat, rien ne permet de subordonner la naissance d'une situation de responsabilité à l'existence d'un élément subjectif de la conduite de l'État qui soit qualifiable de faute dans le sens évoqué ci-dessus. La violation, c'est-à-dire en définitive le fait illicite, est constituée à partir du moment où l'État n'a pas réussi à atteindre le résultat voulu par la disposition en question. Objective, sans faute ou quelle que soit sa dénomination, la responsabilité de l'État sera engagée.

Au contraire, si la disposition en cause est une règle de conduite, en ce sens qu'elle prescrit en substance une obligation de diligence (un *duty of care*, pour être précis), la faute sera un élément essentiel en l'espèce. Dans ce cas, toutefois, la faute n'est plus un élément subjectif caractérisant la conduite de l'État qui a déterminé la violation et, partant, le dommage injuste, mais constitue précisément l'objet de la violation. En effet, la violation de l'obligation de diligence consiste exactement dans un comportement négligent, donc dans une conduite fautive, avec cette conséquence que la faute n'est plus une composante subjective du comportement, mais l'objet du fait illicite.

90. En définitive, pour considérer que l'on se trouve en présence d'une situation de responsabilité de l'État qui a manqué à des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire, il ne nous paraît guère utile de procéder à un examen visant à constater l'existence d'une faute en tant que composante subjective du comportement illicite.

91 — Une évolution de ce genre peut être discernée également aux Pays-Bas et en Allemagne, où la faute est assimilée à un comportement non conforme aux devoirs de vigilance normale. A cet égard, la doctrine allemande parle désormais de « Objektivierung des Verschuldens » (dans le même sens, voir Ossenbühl: *Staatshaftungsrecht*, 4e édition, Munich, 1991, p. 61).

92 — En effet, après un flottement initial, même dans la jurisprudence de la Cour, la faute est prise en considération uniquement en tant que synonyme de comportement illicite.

Nous réitérons par conséquent la conviction que nous avons auparavant exprimée, à savoir que le comportement de l'État contraire au droit communautaire doit s'apprécier, aux fins de l'obligation d'indemniser, en fonction d'éléments objectifs.

A notre avis, on doit assurément exclure, pour autant que cela concerne le présent cas d'espèce, la pertinence des conditions susmentionnées, bien que celles-ci aient souvent été appliquées par la jurisprudence de la Cour en matière de responsabilité non contractuelle [93].

b) L'existence du dommage

91. Le dommage doit être effectif, c'est-à-dire certain et actuel. Telles sont, du reste, les exigences que posent également, en général, les ordres juridiques des États membres et il appartiendra à la juridiction nationale de vérifier si ces conditions sont réunies.

92. Il nous paraît cependant opportun de nous arrêter, fût-ce brièvement, sur certaines conditions relatives à la nature du préjudice, qui ont été également invoquées ou en tout cas évoquées au cours de la présente procédure, en particulier par le gouvernement français, en tant que critère visant à limiter le champ de la responsabilité des États membres du fait de violation du droit communautaire. Nous pensons, en particulier, à la gravité du dommage, en ce sens qu'il devrait s'agir d'un dommage considérable, ainsi qu'à la spécialité du dommage, en ce sens qu'il devrait concerner un nombre restreint de personnes.

93. En effet, s'il est vrai que l'on retrouve dans certains droits internes des cas dans lesquels le droit à réparation est également fonction de la gravité du préjudice, du caractère anormalement grave de celui-ci, ainsi que de sa spécialité par rapport aux personnes lésées, il est tout aussi vrai que cette orientation a trait, soulignons-le, à des indemnités du chef de dommages résultant d'actes légaux [94]. Les termes du problème ne sont donc pas, et ne sauraient être, les mêmes que ceux de l'espèce.

Il serait assurément excessif d'exiger des particuliers lésés par des actes illégaux que le préjudice qu'ils ont subi ait un caractère anormal et spécial, avec cette conséquence de laisser à leur charge non seulement les effets de faible importance, mais également ceux communs à une catégorie de personnes qui n'est pas vraiment restreinte. En somme,

93 — En ce sens voir, notamment, arrêt HNL/Conseil et Commission (précité à la note 66), point 7; arrêt du 4 octobre 1979, Dumortier Frères e.a./Conseil (64/76, 113/76, 167/78 et 239/78, 27/79, 28/79 et 45/79, Rec. p. 3091, point 11), ainsi que arrêt du 6 décembre 1984, Biovilac/CEE (59/83, Rec. p. 4057, points 27 à 30).

94 — Voir, par exemple, Conseil d'État français, arrêt du 14 janvier 1938, Société des produits laitiers « La Fleurette », *Recueil Lebon*, 1938, p. 25 et suiv.. Dans cette même logique, il convient d'inscrire aussi la théorie allemande du « *Sonderopfer* », qui a été élaborée en matière d'expropriation et qui se réfère donc aussi à l'atteinte patrimoniale résultant d'actes légaux, adoptés dans l'intérêt général.

nous estimons que l'idée d'une franchise pour les préjudices mineurs est, dans le cas qui nous occupe, une mauvaise idée.

94. A cet égard, observons tout d'abord que fait obstacle à l'acceptation du critère de la gravité de la lésion patrimoniale le fait qu'une mesure illégale constituant une violation manifeste et grave, contraire à une disposition du système et contraire également aux droits subjectifs qu'elle garantit, doit donner lieu à réparation pour rétablir l'équilibre affecté par cet acte de caractère illégal, et cela indépendamment de la gravité du préjudice. D'ailleurs, si une tendance commune se dégage des droits des États membres en matière de responsabilité du chef d'actes illégaux des administrations publiques, cette tendance va dans le sens de ne pas faire dépendre la réparation de la gravité du préjudice.

A cela s'ajoute le fait qu'il ne semble pas possible de limiter la responsabilité des États aux cas dans lesquels des sujets de droit ou des groupes de sujets de droit sont spécifiquement déterminés et, par contre, de l'exclure là où l'acte normatif vise une large catégorie de sujets de droit. En effet, s'il est vrai que l'on pourrait à bon droit soutenir que des exigences tenant à l'intérêt public conduisent à exclure la réparation du préjudice subi par de larges catégories de personnes, notamment en vue d'éviter de lourdes charges financières, il est tout aussi vrai qu'une telle construction repose sur de simples considérations d'opportunité. Il resterait en effet à se demander, étant donné que la responsabilité est subordonnée à la violation grave et manifeste d'une règle supérieure de droit qui a engendré des droits subjectifs, sur la base de quel motif le titulaire du droit à réparation obtiendrait satisfaction en fonction du nombre des autres titulaires du même droit violé [95].

95. En somme, il ne nous semble pas que l'on puisse faire abstraction de la circonstance que la responsabilité pour actes illicites et l'indemnisation pour actes licites sont deux cas de figure foncièrement différents. Il n'est assurément pas dénué de signification que la condition de la gravité et de la spécialité du préjudice n'a été posée, dans la jurisprudence française, que pour l'indemnisation du préjudice causé par des actes normatifs valides.

Le Conseil d'État français lui-même, d'ailleurs, alors qu'il a conçu, dans l'affaire Alivar, la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire comme une *responsabilité sans faute*, étant donné que les mesures nationales étaient justifiées par l'intérêt général, a tenu pour établies l'anor-

95 — Dans le même sens, voir déjà les conclusions de l'avocat général M. Capotorti présentées sous l'arrêt HNL/Conseil et Commission, précité, p. 1227 et suiv., spécialement p. 1234 et suiv.

malité et la spécialité du préjudice allégué [96], de sorte que l'on a parlé, à cet égard, d'une *responsabilité sans faute* aménagée, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire que le préjudice revête un caractère anormal et spécial [97].

96. En définitive, il nous paraît tout à fait clair que des conditions relatives à la nature du dommage, qui sont par ailleurs susceptibles de conduire à la négation même du droit à réparation, ne trouvent aucun fondement ni raison d'être lorsque le dommage allégué est lié non pas à une activité licite mais à une activité illicite [98]. Cette conclusion devrait bien entendu valoir également dans les cas de responsabilité non contractuelle de la Communauté [99].

c) Le lien de causalité

97. La troisième condition de la responsabilité, qui est expressément rappelée dans l'arrêt *Francovich e.a.*, est celle relative au lien de causalité, élément canonique de la responsabilité aquilienne, en vertu duquel le préjudice allégué doit être la conséquence directe du fait dommageable que l'on impute à son auteur, c'est-à-dire, pour ce qui nous concerne ici, de l'acte normatif illégal.

Il est clair qu'il appartiendra à la juridiction nationale de vérifier si cette condition est remplie. Pour ce qui nous concerne, nous estimons toutefois utile de faire quelques observations relatives à l'interruption du lien de causalité, et cela d'un double point de vue. En effet, d'une part, il n'est pas superflu de préciser si le droit communautaire permet de considérer que le lien de causalité est rompu par d'éventuelles causes concurrentes ou par le comportement négligent de la personne lésée; d'autre part, un tel problème pose, fût-ce sous une forme différente, la question de la subsidiarité de l'action en réparation par rapport aux autres voies juridictionnelles nationales.

96 — Arrêt du 23 mars 1984, Société Alivar, dans *AJDA*, 1984, p. 396, note Genevois. L'espèce concernait une demande de réparation du préjudice résultant de la non-délivrance d'un visa à l'exportation de pommes de terre, formalité instituée par un acte administratif général, que la Cour a par la suite déclaré incompatible avec l'interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation posées à l'article 34 du traité. Le Conseil d'État a déclaré qu'en l'espèce seule une responsabilité *sans faute* pouvait être engagée, en confirmant le jugement de première instance qui avait accueilli la demande de réparation sans examiner non plus le caractère anormal et spécial du préjudice, mais parce qu'il avait retenu une responsabilité *sans faute*. Voir, en outre, les conclusions du commissaire du gouvernement Laroque sous l'arrêt du Conseil d'État du 28 février 1992, Arizona Tobacco Products, précité à la note 48, où il est précisément envisagé que le cas de violation de normes communautaires, de même que celles internationales, donne lieu à un troisième régime de responsabilité, qui, à la différence de la *responsabilité sans faute*, n'exige pas un caractère exceptionnel du préjudice pour faire naître le droit à réparation.

97 — A ce propos, voir Simon: « Le Conseil d'État et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, p. 265 et suiv.

98 — Cette conclusion est, en outre, confirmée par la recommandation susmentionnée du Conseil de l'Europe, du 18 septembre 1984, dont le principe II, point 1, prévoit expressément le cas d'une réparation des dommages résultant d'actes légaux, en précisant que « une réparation doit être assurée au cas où il serait manifestement injuste que la personne lésée supporte seule le dommage, compte tenu des circonstances suivantes: l'acte a été pris dans l'intérêt général, seule une personne ou un nombre limité de personnes subit le dommage et l'acte est exceptionnel ou le dommage est le résultat exceptionnel de l'acte ». Dans un sens différent, voir, au contraire, les conclusions précitées de l'avocat général M. Léger, présentées dans l'affaire Lomas (C-5/94, arrêt du 23 mai 1996, Rec. p. I-2553).

99 — En fait, à la lecture de l'arrêt Mulder e.a., précité à la note 77, il semblerait que la Cour a déjà revu, quoique implicitement, sa jurisprudence sur le point en question.

— Le comportement de la personne lésée

98. A cet égard, il convient de rappeler que la Cour a elle-même reconnu que constitue « un principe général commun aux systèmes juridiques des États membres [celui] selon lequel la personne lésée, au risque de devoir supporter le dommage elle-même, doit faire preuve d'une diligence raisonnable pour limiter la portée du préjudice » [100].

Il incombe donc à la personne lésée d'avoir un comportement diligent, ce qui consiste à adopter toute mesure de nature à éviter le dommage ou en tout cas à en limiter la portée [101].

99. D'ailleurs, c'est en ce sens qu'a été également formulée la recommandation précitée du Conseil de l'Europe, du 18 septembre 1984, dont le principe III énonce que « *Si par sa faute ou par la non-utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée.* »

Il ressort de la formulation de ce principe que l'interruption du lien de causalité peut résulter d'un comportement négligent de la personne lésée et que, à son tour, ledit comportement pourrait également consister dans le fait que la personne lésée n'a pas utilisé les voies de droit qui étaient à sa disposition.

— Action en indemnité et recours en annulation: autonomie ou subsidiarité?

100. En fait, si la personne lésée pouvait éviter le préjudice en exerçant les voies de recours internes (par exemple en attaquant l'acte préjudiciable incompatible avec le droit communautaire ou en invoquant à l'encontre de l'administration publique un droit reconnu par une disposition directement applicable contenue dans une directive), il est permis de se demander si le non-exercice de ces voies de droit n'a pas pour effet d'interrompre le nécessaire lien de causalité entre la violation et le dommage subi.

En d'autres termes, la question se pose de savoir si le fait de ne pas exercer en temps utile les voies de recours exclut ou non la possibilité d'invoquer la responsabilité de l'État « défaillant ». Par conséquent, l'exercice préalable des voies de droit existantes pourrait constituer non seulement une condition de la responsabilité, mais également — et tout aussi valablement — une condition de la recevabilité de l'action en indemnité.

100 — Arrêt Mulder e.a./Conseil et Commission (précité à la note 77), point 33.

101 — Pour une application de ce principe dans la jurisprudence au titre de l'article 215, voir, entre autres, arrêts du 14 juillet 1967, Kampffmeyer e.a./Commission (5/66, 7/66 et 13/66 à 24/66, Rec. p. 317, spécialement p. 341 et suiv.), et du 4 octobre 1979, Ireks-Arkady/Conseil et Commission (238/78, Rec. p. 2955, point 14).

101. Cette question a été diversement résolue dans les différents États membres, trois positions distinctes pouvant être discernées à cet égard. La première voie consiste à reconnaître une autonomie absolue entre les différentes actions possibles, en laissant par conséquent à l'intéressé le soin de choisir celle qu'il considère la plus utile aux fins de la protection de ses intérêts [102]. La deuxième voie subordonne au contraire l'action en responsabilité à l'action en annulation [103]. La troisième voie, enfin, présente un rapport plus étroit avec le lien de causalité, dans la mesure où l'on admet que l'administration puisse ne pas répondre des dommages que l'intéressé aurait pu éviter en recourant aux voies de droit existantes, et notamment à l'action en annulation [104].

Comme on le sait, la jurisprudence de la Cour en matière de responsabilité non contractuelle, après une prise de position initiale allant dans le sens de la subsidiarité de l'action en indemnité [105], s'est ensuite fermement orientée dans le sens de l'autonomie de cette action, dont la *recevabilité* a été jugée indépendante de la possibilité, pour le requérant, d'invoquer d'autres moyens de protection juridictionnelle. En particulier, la Cour a déclaré que « l'action en indemnité des articles 178 et 215, alinéa 2, du traité a été instituée comme une voie de droit autonome, ayant sa fonction particulière dans le cadre du système des voies de recours et subordonnée à des conditions d'exercice conçues en vue de son objet spécifique » [106].

102. Ces affirmations mettent en évidence, notamment, que le caractère autonome de l'action en indemnité répond à des exigences de garantie, liées aux conditions de recevabilité distinctes de l'action en annulation par rapport à l'action en indemnité. En effet, dans le cadre du système de protection prévu par les traités, les particuliers ne peuvent pas attaquer les actes de portée générale et ne peuvent que difficilement faire constater la carence des institutions communautaires. L'autonomie reconnue à l'action en indemnité permet ainsi de parvenir, grâce à l'indemnisation, à ce qui ne peut pas être obtenu ou qu'il n'a en tout cas pas été possible d'obtenir en utilisant la voie du recours en annulation.

Que telle soit bien la *ratio* de la reconnaissance du caractère autonome de l'action en indemnité est confirmé par le fait que ladite autonomie est exclue dans les cas limités où les particuliers peuvent effectivement invo-

102 — Telle est, par exemple, la solution adoptée par l'ordre juridique français.

103 — Ce type de solution est utilisé, par exemple, dans les systèmes juridiques italien et anglais.

104 — Cette solution intermédiaire est celle adoptée dans le système juridique allemand, conformément à l'article 839, troisième alinéa, du BGB.

105 — Nous nous référons à l'arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, Rec. p. 199).

106 — Arrêt du 17 décembre 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling e.a./Conseil et Commission (197/80, 198/80, 199/80, 200/80, 243/80, 245/80 et 247/80, Rec. p. 3211, point 4). Dans le même arrêt, la Cour a également précisé que cette voie de recours (à savoir l'action en responsabilité) « se différencie du recours en annulation en ce qu'elle tend non à la suppression d'une mesure déterminée, mais à la réparation du préjudice causé par les institutions dans l'exercice de leurs fonctions; les conditions du recours en responsabilité sont définies en raison de cet objectif et, dès lors, distinctes de celles du recours en annulation ».

quer les moyens d'annulation [107], notamment dans le cadre du contentieux du personnel des Communautés [108].

En définitive, l'autonomie de l'action en responsabilité non contractuelle joue non seulement en faveur des particuliers qui sont normalement empêchés d'exercer les voies de recours existantes, mais également en faveur de ceux qui peuvent utilement recourir à ces voies de droit.

103. En substance, l'idée dont s'inspire la jurisprudence relative au régime de l'action en responsabilité non contractuelle est restée toujours la même, au-delà des formules qui ont été à chaque fois adoptées, soit par rapport aux voies de recours internes (renvoi préjudiciel en appréciation de validité dans le cadre d'un recours dirigé contre l'acte national de mise en œuvre), soit par rapport aux voies de recours directes (recours en annulation ou en carence). Le but est d'éviter que l'action en responsabilité soit utilisée pour parvenir au même résultat que celui qui aurait pu être atteint — de façon utile, bien entendu — grâce à une autre action. L'action en indemnité ne saurait, par conséquent, constituer le moyen permettant de neutraliser les effets d'un acte dommageable, alors que cet objectif peut être également atteint grâce à l'exercice normal d'une action en annulation soit directe, soit nationale avec renvoi préjudiciel en appréciation de validité devant la Cour. Cela, bien entendu, sous la seule réserve que le recours juridictionnel, en particulier national, soit en tout état de cause apte à garantir une protection effective.

104. Cela implique, pour ce qui nous occupe ici, qu'on ne saurait raisonnablement s'opposer à ce que les États membres, si et dans la mesure où une telle condition est exigée également pour des réclamations semblables de nature interne, subordonnent l'action en responsabilité à l'exercice préalable d'un recours en annulation.

D'ailleurs, la subsidiarité de l'action en indemnité en cas de dommages résultant de violations du droit communautaire semble — du moins à première vue — avoir déjà reçu l'aval de la Cour. En effet, dans l'arrêt *Wagner Miret*, l'action en indemnité a été considérée comme la dernière ressource laissée au particulier, c'est-à-dire la voie à utiliser lorsqu'il ne lui est plus possible de parvenir autrement à un résultat utile, même pas par le biais d'une interprétation conforme par la juridiction nationale [109].

107 — Voir arrêt du 26 février 1986, Krohn/Commission (175/84, Rec. p. 753), dans lequel la Cour a admis l'irrecevabilité du recours dans le cas où « un recours en indemnité tend au paiement d'une somme dont le montant correspond exactement à celui des droits qui ont été payés par le requérant en exécution d'une décision individuelle et où, de ce fait, le recours en indemnité tend en réalité au retrait de cette décision individuelle » (point 33).

108 — Voir, entre autres, arrêt du 14 février 1989, Bossi/Commission (346/87, Rec. p. 303), et arrêt du 24 janvier 1991, Latham/Commission (T-27/90, Rec. p. II-35).

109 — Arrêt précité à la note 37, point 23.

4. *Les autres conditions*

105. Quant aux *autres conditions* relatives à la réparation du dommage, il convient tout d'abord de préciser que dans l'arrêt Francovich e.a., la Cour, après avoir identifié et défini les conditions « suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation », a ensuite précisé que « sous cette réserve, c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé » (point 42).

L'incise « sous cette réserve » signifie, à l'évidence, qu'en ce qui concerne le régime de la réparation des dommages, qui est due en vertu du droit communautaire et ouverte aux conditions déterminées par ce même droit, les dispositions de droit interne pertinentes en la matière ne *sont applicables* que dans la mesure où elles sont nécessaires pour régler les *autres conditions* relatives à la réparation. Seules les modalités de mise en œuvre, et notamment les conditions procédurales du droit à réparation des particuliers, sont régies par le droit national [110].

106. En ce qui concerne ces conditions procédurales, la Cour a par ailleurs affirmé, toujours dans l'arrêt Francovich e.a., que « en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne de chaque État membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire » (point 42).

Il s'agit, en fait, d'une formule qui n'est pas inédite dans la jurisprudence de la Cour et que l'on a l'habitude de lier à l'autonomie des États membres en matière procédurale, une autonomie qui, même dans ce domaine, n'est cependant pas illimitée.

107. A cet égard, dans l'arrêt Francovich e.a., la Cour a en effet confirmé un principe qui avait été déjà énoncé en termes généraux à plusieurs reprises [111], à savoir que « les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation » (point 43).

110 — C'est ainsi, par exemple, qu'en Italie une réglementation ad hoc a été adoptée, par décret législatif n° 80 du 27 janvier 1992 (GURI du 13 février 1992, p. 246), en vue de donner exécution à l'arrêt Francovich e.a., une réglementation grâce à laquelle on a précisément veillé à régler les modalités et les limites de la réparation du préjudice résultant de la non-transposition de la directive relative à l'insolvabilité de l'employeur. Cette réglementation prévoit, notamment, que l'action visant à obtenir la réparation doit être dirigée contre l'INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), qu'elle relève de la compétence du pretore en tant que juge des litiges en matière de droit du travail et que le délai de déchéance en ce qui concerne l'exercice de l'action est fixé à un an.

111 — Voir, en particulier, arrêt du 16 décembre 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), ainsi que, en dernier lieu, arrêt du 6 décembre 1994, Johnson (C-410/92, Rec. p. I-5483, point 21).

Même en ce qui concerne la réparation des dommages, le droit communautaire limite donc la liberté laissée aux États membres de régler, du point de vue du fond et de la forme, les *autres conditions* y afférentes, et cela, là encore, en fonction de la nécessité d'assurer une protection effective et efficace aux particuliers [112].

En effet, ce principe comporte au moins deux conséquences: la première est que la protection juridictionnelle, lorsqu'il s'agit de droits que le particulier tire de dispositions communautaires, doit atteindre de toute façon un niveau approprié; la seconde est que le contrôle de ce niveau incombe à la Cour [113]. Par conséquent, s'il est vrai qu'il appartient aux États membres d'assurer la mise en œuvre correcte du droit communautaire, même sous l'angle de la protection du droit à réparation, la Cour se réserve ainsi de vérifier le niveau approprié de la protection assurée par les ordres juridiques nationaux.

108. Plus spécialement, la limite du *traitement national*, qu'il faut entendre précisément en ce sens que la protection juridictionnelle doit être au moins égale à celle prévue pour les situations juridiques similaires engendrées par les dispositions internes, peut parfois se révéler dénuée de toute utilité. Il suffit de penser aux cas visés en l'espèce, dans lesquels le droit national ne prévoit *aucune* réglementation en la matière, étant donné qu'il s'agit d'une voie de droit qui n'est pas admise dans les ordres juridiques nationaux en question. En raison des potentialités qu'elle renferme, la limite consistant à ce que l'ordre juridique national ne doit pas être de nature à rendre *pratiquement impossible* l'exercice des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder en vertu du droit communautaire apparaît en revanche incontestablement plus pertinente et contraignante.

109. Enfin, toujours à propos des autres conditions relatives au régime de la réparation, il convient de rappeler ici que les débats au cours de la présente procédure ont porté, en particulier, sur les catégories de préjudice indemnisables et sur l'évaluation du dommage. A cet égard, et étant donné que ces

112 — Voir, par exemple, parmi tant d'autres, Barav: « Sanction de la non-transposition de la directive CEE relative à l'insolvabilité de l'employeur », dans *La Semaine juridique*, 1992, n[os] 1 et 2, p. 12, ainsi que Kovar: « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de normes et décisions du droit communautaire », dans *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, p. 245 et suiv.

113 — C'est ce qui ressort, par exemple, déjà de l'arrêt San Giorgio, dans lequel la Cour a précisé que « seraient incompatibles avec le droit communautaire toutes modalités de preuve dont l'effet est de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire » (arrêt du 9 novembre 1983, 199/82, Rec. p. 3595, point 14). Le caractère approprié de la protection juridictionnelle a été lié à la motivation des actes administratifs, en ce sens que les particuliers doivent se voir reconnaître également la faculté de décider d'engager ou non les procédures judiciaires de sauvegarde, ce qui explique que le choix suppose la pleine connaissance de tous les éléments à apprécier (arrêt du 15 octobre 1987, Heylens e.a., 222/86, Rec. p. 4097, point 15). Citons également l'arrêt Dekker, dans lequel la Cour a précisé que, lorsque la sanction choisie par l'État membre pour sanctionner la violation d'une interdiction de discrimination énoncée par une directive s'inscrit dans le cadre d'un régime de responsabilité civile, la violation de cette interdiction engage la responsabilité entière de son auteur, « sans que puissent être retenues les causes d'exonération prévues par le droit national » (arrêt du 8 novembre 1990, C-177/88, Rec. p. 3941, point 25). Il convient, en outre, de rappeler l'arrêt Emmott, dans lequel la Cour a précisé que les délais de forclusion prévus en droit national ne commencent à courir qu'à partir du moment où la directive qui confère les droits à sauvegarder a été correctement transposée (arrêt du 25 juillet 1991, C-208/90, Rec. p. I-4269, point 24). La jurisprudence Emmott est toutefois assouplie, pour ce qui nous concerne ici, par l'arrêt Johnson, précité à la note 111.

questions relèvent en principe du droit des États membres, nous nous bornerons à faire quelques brèves remarques.

En premier lieu, il est tout à fait clair que la réparation du préjudice ne saurait être purement symbolique, mais doit correspondre au préjudice subi. C'est une exigence liée à la raison d'être même de l'action en responsabilité, qui consiste précisément à assurer le rétablissement de la situation patrimoniale de la personne lésée. Aussi bien la jurisprudence nationale en la matière que la jurisprudence communautaire au titre de l'article 215 du traité [114] et la jurisprudence relative aux relations internationales [115] militent, du reste, toutes en ce sens.

110. D'utiles indications à cet égard peuvent aussi être trouvées dans certains arrêts dans lesquels la Cour a précisément contrôlé le degré approprié de la protection assurée par les ordres juridiques nationaux aux droits que les particuliers tirent du droit communautaire. C'est ainsi que, par exemple, à propos de la liberté laissée aux États membres en ce qui concerne les sanctions applicables en matière de violations de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, la Cour n'a pas manqué de souligner que les sanctions en question doivent être de nature « à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace ... Il en résulte que lorsque l'État membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit être en tout cas adéquate au préjudice subi » [116].

En outre, dans l'arrêt *Marshall II*, la Cour a précisé que, lorsqu'un État membre choisit de sanctionner les discriminations par l'octroi d'une réparation pécuniaire, « une telle réparation doit être intégrale et ne saurait être limitée a priori quant à son montant » [117].

111. Il n'est guère nécessaire d'ajouter que l'identification des catégories de préjudice indemnisables n'est assurément pas de nature à poser des difficultés notables, même pas sur le plan de l'uniformité de la réparation due dans différents États membres pour un même préjudice. En effet, en dépit des différences terminologiques, tous les ordres juridiques admettent la réparation du dommage causé au patrimoine de la personne lésée, dommage qui comprend assurément tant la perte subie (damnum emergens) que le manque à gagner (lucrum cessans), ainsi que les intérêts y afférents. En ce qui concerne plus spécialement l'évaluation concrète du préjudice, il est clair, compte tenu du fait qu'elle ne saurait dépendre des différentes situations économiques et sociales spécifiques à chaque État membre,

114 — Voir, en ce sens, arrêt Mulder e.a./Conseil et Commission, précité à la note 77, dans lequel la Cour a expressément déclaré que « le montant des indemnités dues par la Communauté doit correspondre aux dommages causés par celle-ci » (point 34).

115 — A cet égard, il convient de rappeler l'affirmation de la Cour permanente de justice internationale dans l'arrêt rendu le 13 septembre 1928, également à propos de l'affaire précitée de l'usine de Chorzów, selon laquelle « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (CPJI, série A, n° 17, p. 47).

116 — Arrêt Von Colson et Kamann (précité à la note 36), point 23.

117 — Arrêt du 2 août 1993, Marshall II (C-271/91, Rec. p. I-4367, point 34).

qu'il appartiendra à chacun d'eux d'y procéder, sur la base des critères définis à cet égard par son droit national.

En définitive, l'important au regard du droit communautaire est que la réparation soit réelle et effective, c'est-à-dire que soit rétablie, au moins du point de vue de son contenu patrimonial, la situation qui aurait existé si la violation n'avait pas été commise.

5. *Le moment où naît l'obligation de réparation*

112. L'obligation de réparation à charge de l'État membre, comme nous l'avons déjà dit, ne saurait être subordonnée à l'existence d'un arrêt de la Cour constatant le manquement en cause. Un tel arrêt, à supposer même qu'il ait été rendu, ne revêt donc aucune importance aux fins de la détermination du moment à partir duquel l'État est tenu de réparer les dommages causés par une violation qui lui est imputable.

Les conditions suggérées à propos des caractéristiques d'une violation « manifeste et grave » mettent par ailleurs en évidence que, lorsque la disposition violée confère aux particuliers des droits précis qui peuvent être identifiés, l'obligation de réparation à la charge de l'État membre défaillant ne peut que naître à partir du moment où le fait dommageable s'est produit. La même solution s'impose dans le cas où la disposition enfreinte est déjà clarifiée par la jurisprudence au moment de la survenance du fait dommageable. Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une situation juridique incertaine, ce n'est qu'après l'intervention clarificatrice du juge national et/ou du juge communautaire que l'État « défaillant » pourra être tenu de réparer les dommages, bien entendu dans la mesure où il n'a pas mis fin à la violation dans des délais raisonnables et seulement par rapport aux dommages survenus après cette intervention.

113. Enfin, les solutions qui ont été proposées ici conduisent à la conclusion que rien ne permet de limiter le droit à réparation aux seules parties lésées qui ont déjà engagé une action en justice ou formé une réclamation équivalente devant les juridictions nationales.

Nous estimons en effet que les considérations impérieuses de sécurité juridique, telles qu'elles ont été invoquées par le gouvernement allemand, sont déjà suffisamment prises en compte du fait que le droit à réparation peut être subordonné, pour autant que cela soit aussi prévu pour les réclamations semblables de nature interne, à la condition que la personne lésée ait épuisé toutes les voies de droit à sa disposition pour éviter le dommage ou en tout cas en limiter la portée. Sinon, seuls les délais de forclusion et de déchéance prévus par l'ordre juridique national pourront, de même que pour l'action en responsabilité fondée sur le droit interne, déterminer le délai dans lequel les justiciables

peuvent faire valoir le droit à réparation des dommages subis.

III — *Les réponses aux questions posées par les juridictions nationales*

114. Avant de formuler quelques remarques plus spécifiques en ce qui concerne les cas faisant l'objet de la présente procédure, il nous paraît utile de rappeler les conclusions auxquelles nous sommes parvenu jusqu'à présent:

— afin d'assurer une protection effective et efficace des droits que le particulier tire du droit communautaire, ce dernier exige que soit assurée la réparation des dommages que le particulier a subis en raison de la violation de dispositions communautaires imputable à l'État;

— il est sans importance que la violation en cause soit imputable au législateur, avec cette conséquence qu'en pareille hypothèse les conditions restrictives imposées par l'ordre juridique national en ce qui concerne l'activité ou l'inactivité normatives illégales du législateur ne sont pas applicables;

— pour que naisse le droit à réparation, il suffit que la disposition qui est présumée violée soit claire dans tous ses éléments et sans ambiguïté, ce qui est le cas, par exemple, lorsqu'un État manque à une obligation précise de résultat ou qu'il ne tient pas compte d'une jurisprudence constante en la matière;

— les critères d'évaluation du préjudice restent régis par le droit national, à condition qu'ils ne soient pas moins favorables que ceux qui concernent des réclamations semblables de nature interne et qu'ils ne soient pas de nature à rendre excessivement difficile ou pratiquement impossible l'obtention de la réparation intégrale des dommages résultant de la violation en cause;

— l'obligation de réparation naît à partir du moment où intervient le fait dommageable, en cas de violation manifeste et grave dans le sens indiqué ci-dessus; sinon, seulement après que le juge national et/ou communautaire ait statué, que ce soit par une décision à titre préjudiciel ou par un arrêt rendu en application de l'article 169 du traité.

a) L'affaire C-46/93 (Brasserie du pêcheur)

115. L'hypothèse est celle de la violation d'une disposition du traité directement appli-

cable, à savoir l'article 30, violation qui est imputable au législateur du fait que celui-ci a omis de modifier le BiStG de façon conforme à la disposition en question. La demanderesse au principal, rappelons-le, demande la réparation du préjudice qu'elle a subi pendant la période comprise entre 1981 et 1987, c'est-à-dire à partir du moment où il ne lui a plus été possible d'exporter en Allemagne la bière de sa fabrication, selon ses dires en raison de la non-conformité de cette bière aux exigences posées par le BiStG, jusqu'à la date de l'arrêt par lequel la Cour, statuant en application de l'article 169, a constaté l'incompatibilité de cette loi avec l'article 30 du traité.

Eu égard aux considérations qui ont été jusqu'ici développées, il est tout à fait évident qu'aux fins de la solution du litige dont elle a été saisie, la juridiction nationale est appelée à établir si l'obligation imposée aux États par l'article 30, dont le contenu — ainsi qu'il a été exposé — ne peut assurément pas être tenu pour précis et susceptible d'être déterminé dans tous ses éléments, était d'ores et déjà clarifiée, au moment où s'est produit le dommage et par rapport à une espèce telle que celle pendante devant ladite juridiction, par la jurisprudence en la matière. En d'autres termes, il s'agit de vérifier si à la fin de 1981 il était d'ores et déjà clair qu'une loi telle que le BiStG comportait une entrave injustifiée à l'activité des opérateurs économiques du secteur et, partant, incompatible avec le droit communautaire.

116. A cet effet, il convient de rappeler tout d'abord que, à partir du célèbre arrêt dit « Cassis de Dijon » [118], à savoir dès février 1979, il était désormais clair que l'article 30 interdisait non seulement les mesures discriminatoires, mais également les mesures indistinctement applicables qui ne sont pas justifiées par des exigences impératives. En outre, par arrêt du 9 décembre 1981 [119], c'est-à-dire à peu près au même moment où la demanderesse au principal a été contrainte d'interrompre ses exportations de bière en Allemagne, la Cour constatait l'incompatibilité d'une législation nationale qui réservait la dénomination « aceto » (vinaigre) au seul vinaigre de vin. Rien ne permettait assurément d'envisager une autre solution en ce qui concerne le BiStG, dans la mesure où celui-ci réservait la dénomination « Bier » (bière) au produit brassé avec les ingrédients formellement prescrits par cette même loi.

Toutefois, il résulte également de l'ordonnance de renvoi que la bière fabriquée par la demanderesse au principal contenait des additifs, alors que la législation allemande en question imposait une interdiction absolue de commercialiser sur le territoire allemand des bières contenant des additifs. Or, s'il est vrai que, dans l'arrêt du 12 mars 1987, la Cour a condamné la législation en question également pour ce motif, en estimant qu'elle n'était pas justifiée par des raisons de protection de la santé des personnes, il est tout aussi vrai qu'une telle conclusion ne pouvait pas être tenue pour acquise, compte tenu de

118 — Arrêt du 20 février 1979, Rewe (120/78, Rec. p. 649).
119 — Commission/Italie (193/80, Rec. p. 3019, points 24 à 28).

la jurisprudence en la matière [120]. Dans la mesure où le dommage allégué par la demanderesse au principal est plutôt lié à ce second aspect de la législation nationale en cause, on ne saurait dès lors exclure une solution différente.

117. Une dernière remarque s'impose. Comme nous l'avons déjà indiqué, un État membre peut exiger, aux fins du droit à réparation et sous réserve qu'il pose également la même condition pour des réclamations semblables de nature interne, que la personne lésée fasse preuve de diligence et, partant, utilise les mécanismes aptes à éviter ou au moins à réduire le dommage.

Or, ainsi qu'il résulte des éléments du dossier, il ne semble pas que la demanderesse au principal s'y soit de quelque manière employée. Toutefois, ainsi que la demanderesse au principal l'a fait valoir au cours de la présente procédure, l'interruption des exportations serait due à la non-reconduction du contrat de distribution avec son importateur (allemand) exclusif, de sorte qu'il lui était matériellement impossible d'attaquer quelque acte que ce fût. Dans ces conditions, il appartient évidemment à la juridiction nationale de vérifier si, effectivement, la requérante était privée de toute possibilité de faire valoir l'article 30 du traité directement devant les juridictions nationales.

b) L'affaire C-48/93 (Factortame III)

118. Dans le cadre de l'affaire *Factortame*, la juridiction de renvoi est au contraire appelée à apprécier si la violation constatée des articles 7, 52 et 221 du traité, qui est imputable au législateur du fait que celui-ci a adopté une loi nationale incompatible avec les articles en question, peut être considérée comme une violation manifeste et grave dans le sens précisé plus haut.

En d'autres termes, il s'agit d'établir si la violation de dispositions qui attribuent au particulier des droits clairs et précis, tels que le droit à ne pas être discriminé en raison de la nationalité, est de nature à engager la responsabilité de l'État, nonobstant le pouvoir discrétionnaire dont disposent les États membres lors de l'adoption de mesures relatives à la politique commune de la pêche. A cet égard, il nous semble permis de se limiter à quelques observations.

120 — Par exemple, dans l'arrêt du 6 mai 1986, Muller (304/84, Rec. p. 1511), la Cour a déclaré qu'il appartient aux États membres « d'évaluer si la commercialisation des denrées alimentaires ainsi additionnées peut présenter un risque pour la santé publique et s'il existe un besoin réel pour ajouter les agents considérés à des denrées alimentaires déterminées. Lors de l'application de ces critères, ils tiennent compte des résultats de la recherche scientifique internationale et, notamment, des travaux du comité scientifique communautaire de l'alimentation humaine, tout en les évaluant *à la lumière des habitudes alimentaires propres à l'État membre importateur* » (point 24; c'est nous qui soulignons). Dans cet arrêt, qui a été rendu près de cinq ans après la survenance du fait dommageable allégué par la demanderesse au principal, la Cour a donc dit pour droit que les articles 30 et 36 du traité ne s'opposent pas à une législation nationale qui interdit la commercialisation de denrées alimentaires, importées d'autres États membres où elles sont légalement commercialisées, auxquelles certains additifs ont été ajoutés.

119. S'il est vrai, ainsi que le gouvernement du Royaume-Uni l'a fait valoir, que les États membres disposent d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent des mesures relatives à la politique commune de la pêche, il est tout aussi vrai que cela a normalement lieu sous le contrôle permanent de la Commission, à laquelle les États membres sont tenus de notifier les mesures qu'ils arrêtent. En l'espèce, ainsi qu'il ressort du dossier, la Commission avait informé en temps utile le gouvernement du Royaume-Uni que les conditions de nationalité, de résidence et de domicile imposées par le Merchant Shipping Act de 1988, en ce qui concerne l'immatriculation des bateaux de pêche dans le nouveau registre naval, devaient être considérées comme incompatibles avec le droit communautaire.

A cela s'ajoute que la jurisprudence de la Cour en matière de droit d'établissement a affirmé de manière constante l'incompatiblité avec le droit communautaire de mesures nationales qui comportent des discriminations fondées sur la nationalité; de même, la Cour a précisément considéré comme incompatible avec le droit communautaire le critère de résidence imposé à l'équipage des bateaux de pêche [121]. Enfin, la législation en question, puisqu'elle concerne l'immatriculation des bateaux de pêche, n'a pas pour objet de définir les modalités d'utilisation des quotas de pêche nationaux et, partant, ne pouvait pas non plus se justifier sur cette base.

120. En définitive, il ne nous semble pas que l'on puisse nourrir des doutes sur le caractère manifeste et grave de la violation en question et, partant, sur le droit à réparation des personnes qui ont subi un préjudice du fait de cette violation.

Relevons enfin que, comme la Cour est bien placée pour le savoir, les demanderesses au principal ont fait tout leur possible pour essayer d'éviter le dommage qui s'est ensuite produit. Elles s'y sont en effet employées dès avant l'entrée en vigueur des dispositions nationales qui ont été par la suite déclarées incompatibles, en demandant et en obtenant, à titre de mesure provisoire, la suspension de l'application des dispositions contestées, mesure qui a été annulée par la Court of Appeal puis confirmée, à la suite de l'arrêt de la Cour de justice du 19 juin 1990 (Factortame I), par la House of Lords.

121. En ce qui concerne la seconde question posée par la juridiction nationale, il est à peine nécessaire de rappeler, à la lumière des considérations qui précèdent, que la détermination des catégories de préjudice indemnisables et l'évaluation du préjudice restent régies par le droit national, mais doivent en tout cas être de nature à permettre une réparation intégrale des dommages subis par les personnes lésées.

121 — Arrêt du 14 décembre 1989, Agegate (C-3/87, Rec. p. I-4459, points 22 à 26). Cet arrêt est certes postérieur à l'entrée en vigueur du Merchant Shipping Act, mais il est antérieur à l'arrêt Factortame II, à la suite duquel la House of Lords a confirmé l'injonction interlocutoire sollicitée par les demanderesses au principal. Par ailleurs, en l'espèce, il s'agissait d'une condition imposée afin que les bateaux de pêche puissent imputer leurs captures sur les quotas de pêche nationaux, alors que dans le cas qui nous occupe il s'agit d'une mesure qui empêche directement l'immatriculation des bateaux de pêche et, partant, l'exercice même de la liberté d'établissement.

La demande de l'une des demanderesses au principal tendant à ce que lui soient accordés également des dommages et intérêts exemplaires, tels que prévus par le droit national, pour comportement inconstitutionnel des autorités publiques (*exemplary damages for inconstitutional behaviour*) mérite toutefois une considération à part. A cet égard, il suffit en l'occurrence d'observer que, conformément au principe en vertu duquel les conditions fixées par une législation nationale, aux fins de protéger des situations juridiques créées par le droit communautaire, ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne, un État membre est tenu, si les conditions définies par la législation nationale en la matière sont remplies, d'accorder également une telle réparation aux particuliers concernés, et cela, par conséquent, même lorsqu'il s'agit d'un chef d'indemnisation non prévu dans les ordres juridiques des autres États membres.

Conclusion

122. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit aux questions posées, respectivement, par le Bundesgerichtshof et par la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court:

a) dans l'affaire C-46/93 (Brasserie du pêcheur):

« 1) Un État membre est tenu de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, y compris lorsque la violation résulte du fait que le législateur a omis de modifier une loi nationale pour la rendre conforme au droit communautaire, à condition que l'obligation imposée à l'État, d'où découle le droit du particulier, soit précise dans tous ses éléments ou clairement définie par la jurisprudence en la matière.

2) Un État membre ne peut pas soumettre le droit à réparation de dommages découlant de violations du droit communautaire aux mêmes restrictions que celles prévues en cas de violation de dispositions constitutionnelles nationales du fait du législateur, si ces restrictions ont pour effet de rendre pratiquement impossible le droit à réparation.

3) L'obligation de réparation à charge de l'État ne peut pas être subordonnée à la recherche d'une composante subjective (faute ou dol) dont s'accompagnerait la violation de la disposition en cause, si cette violation est manifeste et grave dans le sens indiqué ci-dessus.

4) a) Il appartient à l'ordre juridique national de fixer les catégories de préjudice indemnisables et les critères d'évaluation du préjudice, à condition que les exigences prévues à cet effet ne soient pas moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et qu'elles ne soient susceptibles de rendre excessivement difficile ou pratiquement impossible pour le particulier l'obtention de la réparation intégrale des dommages subis; tel serait le cas si le droit national en limitait la portée aux biens protégés en vertu de la loi, tels que la propriété, et excluait au contraire toute possibilité de réparation en ce qui concerne le manque à gagner.

b) L'obligation à la charge de l'État d'indemniser les dommages causés aux particuliers naît à partir du moment où intervient le fait générateur du dommage si la disposition enfreinte est claire dans le sens indiqué ci-dessus, ou, en cas de situation juridique incertaine, à partir du moment où cette situation est clarifiée par la jurisprudence communautaire, que ce soit par une décision à titre préjudiciel, ou par un arrêt rendu en application de l'article 169 du traité. »

b) dans l'affaire C-48/93 (Factortame III):

« 1) Un État membre est tenu de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, y compris lorsque la violation résulte du fait que le législateur a adopté une loi nationale incompatible avec le droit communautaire, à condition que l'obligation imposée à l'État, d'où découle le droit du particulier, soit, comme en l'espèce, précise dans tous ses éléments ou clairement définie par la jurisprudence en la matière.

2) Il appartient à l'ordre juridique national de fixer les catégories de préjudice indemnisables et les critères d'évaluation du préjudice, à condition que les exigences posées à cet effet ne soient pas moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et qu'elles ne soient pas susceptibles de rendre excessivement difficile ou pratiquement impossible pour le particulier l'obtention de la réparation intégrale des dommages subis. Dans la mesure où l'ordre juridique national prévoit également l'octroi de dommages et intérêts exemplaires, les dispositions y afférentes doivent donc être appliquées, sans la moindre discrimination, également en cas de violation de droits que les particuliers tirent du droit communautaire. »