



La responsabilité « sans faute » en droit communautaire

L A COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE peut-elle être condamnée à réparer un dommage causé par l'une de ses institutions en l'absence d'un fait illicite commis par celle-ci?

La banane aura décidément fait couler beaucoup d'encre en droit communautaire. Le lecteur se souvient sans doute de l'affaire *United Brands*, dans laquelle la Commission, puis la Cour, introduisirent des notions fondamentales au droit de la concurrence¹. Plus récemment, la commercialisation de la banane dans la Communauté européenne a fait l'objet d'un conflit commercial avec les États-Unis, ces derniers reprochant à la première d'organiser cette commercialisation d'une manière défavorable à leurs entreprises².

Les sociétés FIAMM et FEDON sont des victimes collatérales de ce conflit. Fabricants et exportateurs respectivement d'accumulateurs stationnaires et d'étuis à lunettes, elles se sont vu imposer des surtaxes à l'importation de leurs produits aux États-Unis d'Amérique en tant que mesures de rétorsion contre le régime du commerce de la banane en vigueur dans l'Union avant 2001 et déclaré incompatible avec les règles de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'« O.M.C. ») par son Organe de règlement des différends (ci-après l'« O.R.D. »)³. Se considérant lésées dans leurs droits, FIAMM et

FEDON ont saisi le Tribunal de première instance des Communautés européennes (ci-après le « T.P.I. ») par un recours en responsabilité extracontractuelle pour faute et subsidiairement pour responsabilité extracontractuelle sans faute. Les arrêts rendus dans ces affaires⁴ ont fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour. Le 9 septembre 2008, celle-ci a rendu son arrêt en grande chambre⁵.

Ces arrêts méritent toute notre attention dans la mesure où ils portent sur la question nouvelle de la responsabilité du fait d'un comportement licite de la Communauté. Nous analysons d'abord le chemin que le droit a parcouru (1) avant de nous pencher ensuite sur l'« arbitrage » donné en la matière par la Cour de justice des Communautés européennes (2). Enfin, nous envisageons les perspectives futures de la responsabilité sans faute de la Communauté (3).

1

Situation antérieure

Dans cette première section, nous présentons l'état du droit sur la question avant l'introduction des affaires *FIAMM* et *FEDON* (A). Nous examinons ensuite le raisonnement du T.P.I. (B) et celui de l'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions présentées à la Cour, sur le pourvoi introduit contre l'arrêt du T.P.I. (C).

A. — L'état du droit avant l'introduction des affaires *FIAMM* et *FEDON*

« En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions » (article 288, alinéa 2, CE). La Cour est compétente pour connaître des litiges relatifs à cette responsabilité extracontractuelle (article 235 CE)⁶.

À la différence de la responsabilité contractuelle⁷, la responsabilité extracontractuelle est régie exclusivement par le droit communautaire⁸ et s'applique à toute institution ou organe, y compris la Cour et les juridictions communautaires⁹. Vu le renvoi, par le Traité, aux « principes généraux communs aux droits des États membres », l'engagement de la responsabilité de la Communauté est subordonné à la réunion des trois éléments « classiques », communément admis dans les systèmes juridiques des États membres. Il s'agit (i) d'un fait générateur, reconnu comme étant de nature à créer, à la charge de la Communauté, une obligation de réparation, (ii) d'un dom-

(1) Tels le « marché pertinent », la « position dominante » ou l'« abus ». Décision de la Commission, IV/26.699, *Chiquita*, J.O. N L 95 du 9 avril 1976, pp. 1 et s. et C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental c. Commission*, C 27/76, Rec., p. 207.

(2) Sur la « guerre de la banane » *cf.* H. Clark, « The WTO Banana Dispute Settlement and its implications for Trade Relations between the United States and the European Union », *Cornell International Law Journal*, 2002, pp. 291 à 306; I. Gassama, « Confronting Globalization : Lessons from the Banana Wars and the Seattle Protests », *Oregon Law Review*, 2002, pp. 707 à 737; E. Palmer, « The WTO slips up : a critique of the WTO dispute settlement understanding through the European Union Banana Dispute », *Tennessee Law Review*, 2002, pp. 443 à 481; P. Vincent, « Le contentieux États-Unis - Communauté européenne sur les Bananes », *RBDI*, 2000, pp. 551 à 590.

(3) Les différentes décisions et documents pertinents sont réunis à l'adresse internet suivante : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds27_f.htm.

(4) T.P.I., 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil et Commission*, T-69/00, Rec., p. II-5393 et T.P.I., 14 décembre 2005, *FEDON & Figli e.a. c. Conseil et Commission*, T-135/01, non publié au Recueil.

(5) C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c. Conseil et Commission*, affaires jointes C-120/06 P et C-121/06P, non encore publié au Recueil.

(6) Ch. Vesting, « Die vertragliche und ausservertragliche Haftung der EG nach Art. 288 EGV », Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2003; C. Lazar, « Le recours en responsabilité extracontractuelle en droit communautaire », *Studia Universitatis Babeş-Bolyai, Studia Europaea*, III; 1, 2007, pp. 127 et 128.

(7) C. Lazar, *op. cit.* p. 128.

(8) J. Verhoeven, *Droit de la Communauté européenne*, Larcier, Louvain, 1996, p. 399; T. Heukels, A. McDonnell (éd.), « The Action for Damages in Community Law », *Kluwer*, La Haye, 1997, pp. 153 et s.; D. Simon, « Le système juridique communautaire », P.U.F., 3^e éd., Paris, 2001, p. 582 et s.; U. Magnus, W. Wurmnest, *Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

(9) S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne et des Communautés européennes*, De Boeck Université, Bruxelles, 1998, pp. 564 et s.

mage remplissant les conditions nécessaires pour être un préjudice indemnisable, et (iii) d'un lien de causalité suffisamment étroit entre les deux¹⁰.

Cette responsabilité extracontractuelle peut d'abord être envisagée là où le préjudice découle d'une faute commise dans le cadre de son activité normative et exécutive. Dans cette situation, la Cour a développé une jurisprudence stricte dans l'appréciation du fait générateur, dans la mesure où, elle requiert du demandeur de prouver que la règle communautaire violée et servant de base à l'action soit (i) « supérieure », que celle-ci (ii) « protège les particuliers » et (iii) que cette violation soit « suffisamment lourde »¹¹ (ce qui renvoie incontestablement à la notion de faute lourde)¹². Cette jurisprudence a pour conséquence de considérer certaines illégalités comme non constitutives de faute au sens du droit communautaire.

Mais la responsabilité extracontractuelle peut également être invoquée en cas d'un préjudice ne découlant d'aucune faute. Dans cette éventualité, les conditions sont encore plus strictes. Le dommage doit être (i) « anormal » et (ii) « spécial ». Si le fait générateur ne doit pas résulter d'une faute, cela ne signifie pas nécessairement, comme nous venons de le voir, qu'il soit dépourvu de toute illégalité.

C'est à cette seconde situation que nous nous intéressons. Bien qu'il n'ait pas fait l'objet d'une application concrète, le principe de responsabilité sans faute a été, à notre connaissance, pour la première fois mentionné dans les affaires jointes *Compagnie d'approvisionnement de transport et de crédit et Grands moulins de Paris*¹³. Par la suite, l'arrêt *Biovilac*¹⁴ évoque à nouveau l'hypothèse d'un éventuel principe de responsabilité sans faute communautaire et l'assortit de conditions sans toutefois l'accueillir. Ensuite, dans l'arrêt *De Boer Buizen*¹⁵, la Cour considère que si les demandeurs prouvent qu'ils ont à supporter une partie disproportionnée des charges résultant de la législation mise en place par la Communauté, il appartient à celle-ci d'y remédier par des mesures appropriées. Enfin, la jurisprudence phare en la matière est, à n'en pas douter, l'arrêt *Dorsch Consult*¹⁶ qui dit notamment que « dans l'hypothèse où le principe de la responsabilité de la Communauté du fait d'un acte licite devrait être reconnu en droit communautaire, une telle responsabilité ne saurait être engagée que si le

préjudice invoqué, à le supposer « né et actuel », affecte une catégorie particulière d'opérateurs économiques d'une façon disproportionnée par rapport aux autres opérateurs (préjudice anormal) et dépasse les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné (préjudice spécial), sans que l'acte réglementaire se trouvant à l'origine du dommage invoqué soit justifié par un intérêt économique général » (point 80).

Ainsi, le principe de responsabilité sans faute, ou de responsabilité objective, n'est pas *a priori* exclu¹⁷. Toutefois, aucun arrêt de la Cour ne l'a jusqu'à présent *expressis verbis* consacré. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette abstention.

D'abord, les dispositions du Traité CE renvoient en matière de responsabilité extracontractuelle aux principes généraux communs aux États membres. Or, à notre connaissance, peu d'entre eux admettent une responsabilité sans faute des pouvoirs publics¹⁸. La Cour a sans doute préféré, aligner sa jurisprudence sur la règle et non pas sur les exceptions¹⁹. Ensuite, dans aucune des affaires que la Cour a eu à traiter, la condition du préjudice anormal et spécial n'était remplie²⁰. Toutefois, la lecture desdits arrêts laisse une impression mitigée sur la position de la Cour en la matière. D'aucuns pourraient y voir une juridiction divisée, qui n'exclut pas l'existence du principe de la responsabilité sans faute en tant que tel, mais qui continue à rejeter son application dans les cas concrets. Une telle position lui permet d'attendre un éventuel « appel du pied » de la part du pouvoir constituant communautaire, particulièrement actif dans les deux dernières décennies, avant d'oser le « grand pas ». Des arguments d'ordre économique ont également pu jouer un rôle. Étant donné que les objectifs de la Communauté sont réalisés généralement à travers l'action normative de ses institutions, ayant des répercussions économiques, qui ne conviennent pas nécessairement à tous, la Communauté serait en danger quasi permanent d'actions en dommages-intérêts fondées sur la responsabilité sans faute²¹. De plus, la Cour deviendrait juge des opportunités politiques, ce qu'elle a toujours voulu éviter. Tout cela nuirait aux politiques de la Communauté et empêcherait, par voie de conséquence, l'accomplissement de ses objectifs. Enfin, il y aurait une explication d'ordre politique, valable tout particulièrement dans les cas tels que celui qui nous occupe, qui concernent les conséquences de violation des règles de l'O.M.C. par la Communauté.

L'O.M.C. est une organisation animée par, et basée sur, une logique de réciprocité et d'avantages mutuels qui laissent une place importante aux négociations et aux manœuvres politiques. Partant, s'il était possible de remettre en cause toutes les actions de la Communauté relevant du champ d'application des accords de l'O.M.C. à travers des actions en responsabilité sans faute, les institutions communautaires ne pourraient pas effectivement recourir à ces deux instruments de politique extérieure, contrairement à ses partenaires commerciaux, ce qui affaiblirait sans doute leur position²².

B. — L'arrêt du T.P.I. - Une ouverture prudente

L'arrêt rendu par le T.P.I. dans les affaires *FIAMM* et *FEDON* peut s'analyser en deux temps. D'abord, il confirme l'existence du principe de responsabilité sans faute en droit communautaire²³. Par là, le T.P.I. désire mettre fin à une jurisprudence qui était jusqu'alors hésitante. Cette consécration se base principalement sur une interprétation plus large de la responsabilité extracontractuelle visée par l'article 288, deuxième alinéa, CE, et qui dépend de l'acceptation d'un principe général commun aux droits des États membres. Le T.P.I. s'attèle ensuite à analyser les différentes conditions nécessaires à sa mise en œuvre, déjà établies dans sa jurisprudence antérieure²⁴, à savoir la réalité du préjudice, le lien de causalité entre le préjudice et le comportement des institutions communautaires, et le caractère anormal et spécial du préjudice en question. Comme dans les affaires précédentes, la condition la plus difficile à rencontrer est celle relative au caractère anormal et spécial du préjudice. Ce n'est que celle-ci que les requérants n'étaient pas en mesure de satisfaire²⁵.

C. — Analyse des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro

L'avocat général Poiares Maduro recommande que le principe de responsabilité sans faute dans le droit communautaire se trouve clairement consacré, bien que les règles existantes dans les différents États membres se caractérisent par une grande divergence. En effet, la technique de la Cour dans le processus menant à la découverte des principes généraux de droit est plutôt qualitative que quantitative²⁶, étant donné que c'est une démarche téléologique que poursuit le droit communautaire, qui guide son analyse lorsqu'elle compare les législations des États membres²⁷. Concrètement, cela veut

(10) Sur cette question voy., outre les références citées dans le présent article, P. Craig, « Compensation in Public Law », *LQR*, 1980, pp. 450 et s.; F. Fines, *Études de la responsabilité extracontractuelle de la C.E.E.*, L.G.D.J., Paris, 1990; F. Fines, « Études de la responsabilité extracontractuelle de la C.E.E. », *J.C.P.*, Paris, 1993, pp. 22093 et s.; L. Goffin et M. Mahieu, « Responsabilité extracontractuelle des Communautés », *C.D.E.*, 1972, pp. 678 et s.; F. Schockweiler, G. Wiwenes et J.-M. Godart, « Le régime, la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *R.T.D.E.*, 1990, pp. 27 et s.

(11) C.J.C.E., 25 mai 1978, *Bayerische HNL*, 83/76, *Rec.*, pp. 1229 et s.

(12) D. Simon, *op. cit.*, note 8, pp. 601 et 602.

(13) C.J.C.E., 13 juin 1972 (deux arrêts), *Compagnie d'approvisionnement de transport et de crédit et Grands moulins de Paris c. Commission*, 9 et 11/71, *Rec.*, p. 391, points 45 et 46.

(14) C.J.C.E., 6 décembre 1984, *Biovilac c. CEE*, 59/83, *Rec.*, p. 4057, points 27, 28 et 29.

(15) C.J.C.E., 29 septembre 1987, *De Boer Buizen c. Conseil et Commission*, 81/86, *Rec.*, p. 3677, point 17.

(16) T.P.I., 28 avril 1998, *Dorsch Consult c. Conseil et Commission*, T-184/95, *Rec.*, p. II-667.

(17) D'autant plus que ce type de responsabilité n'est pas un phénomène nouveau et purement communautaire. Il est connu dans les ordres nationaux des différents États membres, qui ont parfois développé des concepts nouveaux afin d'en permettre l'émergence. Nous pensons particulièrement à l'Allemagne qui a développé le concept de *Sonderopfer* et à la France, qui a recouru à celui de « d'égalité devant les charges publiques » : voy. ci-dessous, et P. Craig et G. De Burca, *EU Law - Text, Cases and Materials*, Oxford Univ. Press, 4th ed., 2007, p. 591.

(18) W. Schragel, *Kommentar zum Amtshaftungsrecht*, Manz, Vienne, 3^e éd., 2003; R. Ergec, « Quelques doutes sur la soumission du droit de la responsabilité civile de la puissance publique », *J.T.*, 2007, p. 444; J. Gonzales Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004; D. Gwynn Morgan, G. Hogan, *Administrative Law in Ireland*, 3^e éd., Round Hall Sweet and Maxwell, Dublin, 1998; J. Drgonec, *Ústava Slovenskej republiky - Komentár*, 2^e éd. amorin, 2007.

(19) C. Lazar, *op. cit.*, p. 132.

(20) D. Simon, *op. cit.*, note 8, p. 603.

(21) C. Lazar, *op. cit.*, p. 132.

(22) F. Mangilli, « Droit de l'O.M.C. et ordre juridique communautaire : le Tribunal de première instance confirme la jurisprudence restrictive », www.unige.ch/ceje, actualité n° 279 du 13 janvier 2006.

(23) *Cf.* points 157 et 158.

(24) T.P.I., 28 avril 1998, *Dorsch Consult c. Conseil et Commission*.

(25) Il est fait référence à l'un ou à l'autre car il semble que le T.P.I. ait confondu les deux notions dans cet arrêt, à la suite d'une citation erronée de l'arrêt *Dorsch Consult*. *Cf.* les points 202 et s.

(26) G. Vandersanden, *Droit de l'Union européenne - Aspects institutionnels*, P.U.B., Bruxelles, vol. 3, 2004, p. 240.

(27) K. Lenaerts, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in F. van der Mensbrugge (dir.),

dire que la Cour recherche une solution compatible avec les objectifs²⁸ et la structure du Traité CE et acceptable par les différents ordres juridiques nationaux chargés en dernier ressort de la mise en œuvre du droit communautaire²⁹. Autrement dit, c'est davantage « la fonction instrumentale que la fonction cognitive du droit comparé que le juge communautaire recherche »³⁰. C'est ainsi que l'on peut lire dans les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro que même « une solution minoritaire peut être privilégiée, dès lors qu'elle répond le mieux aux exigences du système communautaire »³¹.

L'avocat général met aussi en avant le droit pour tout justiciable à une protection juridictionnelle effective. Ce droit est particulièrement important et s'impose également aux institutions dans la mesure où la Cour l'a élevé au rang de principe général de droit communautaire³². Or le droit de l'O.M.C. n'étant pas juridictionnellement invocable³³, en ce compris les décisions de l'O.R.D.³⁴, les justiciables sont dans l'impossibilité³⁵ d'invoquer une quelconque illégalité et les voies de recours en annulation, en indemnité fondée sur la faute, ainsi que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, ne leur sont donc pas accessibles³⁶. Dès lors, afin de ne pas violer le principe communautaire de protection juridictionnelle effective, il semble adéquat de permettre une indemnisation aux justiciables lourdement surtaxés sans raison sur la base de la responsabilité objective.

En outre, la reconnaissance d'un principe de responsabilité sans faute permettrait aux institutions communautaires de décider elles-mêmes s'il est opportun que telle ou telle catégorie d'opérateurs économiques soit frappée par les mesures de rétorsion ou si cette rétorsion doit être prise en charge par l'ensemble de la

Communauté³⁷. La Cour peut à cet égard s'appuyer et appliquer, *mutatis mutandis*, au niveau communautaire les systèmes développés dans certains États membres³⁸. En particulier, l'« égalité des citoyens devant les charges publiques » développée en France³⁹ et la *Sonderopfertheorie*⁴⁰ du droit allemand pourront, le cas échéant, offrir un cadre théorique adéquat afin de baliser l'évolution jurisprudentielle communautaire⁴¹.

Enfin, l'avocat général revient sur les conditions de mise en œuvre⁴² de la responsabilité sans faute de la Communauté et spécialement sur le caractère anormal et spécial du préjudice. À cet égard, il suggère de retourner aux fondements mêmes sur lesquels repose ce régime de responsabilité : (i) l'idée de rupture de l'égalité devant les charges publiques qui déterminerait le caractère spécial du préjudice⁴³ et (ii) la protection due au droit fondamental de propriété auquel il relie le caractère anormal du préjudice⁴⁴.

En conclusion, vu qu'il n'existe, selon l'avocat général, aucun lien entre l'adoption et le maintien de la réglementation relative au régime d'importation communautaire des bananes et le préjudice subi à la suite de mesures de rétorsion, le préjudice ne peut être qualifié de normal pour FIAMM et FEDON. Il conclut donc, à l'annulation de l'arrêt du T.P.I. comme étant entaché d'une erreur de droit⁴⁵.

2

Analyse de l'arrêt de la Cour

Cette partie est consacrée à l'analyse du raisonnement de la Cour pour rejeter les pourvois de FIAMM et FEDON (A), ainsi qu'aux enseignements que l'on peut en tirer concernant le régime actuel de la responsabilité sans faute de la Communauté (B).

(37) Point 60 des conclusions

(38) P. Craig et G. De Burca, *op. cit.*, p. 591; J.-E. Hoitink, G.-E. van Maanen, B. P. M. Van Ravels et B. J. Schueler, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, preadviezen algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht*, 17 mai 2002, La Haye, 2002; C. Bradley, « Judicial Review », *Round Hall*, Dublin, 2000; V. Cadilha, C. A. Fernandes, « Responsabilidade da Administração Pública », in *Revista do SMMP*, 2001, n° 86.

(39) Selon laquelle « toute activité publique étant présumée profiter à la collectivité tout entière, il est normal que les citoyens doivent supporter sans compensation les charges qui en résultent; mais si, dans l'intérêt général, les pouvoirs publics infligent un préjudice particulièrement lourd à certains individus qu'ils soient seuls à subir, il en résulte une charge qui ne leur incombe pas normalement qui doit donner lieu à indemnisation; celle-ci supportée par la collectivité par le truchement de l'impôt rétablit l'égalité rompue ». *Cfr* point 62 des conclusions.

(40) Selon laquelle « les individus qui, du fait d'une intervention publique licite, subissent un "sacrifice spécial", c'est-à-dire un préjudice équivalent à une expropriation, doivent obtenir réparation ». *Cfr* point 63 des conclusions.

(41) T. Heukels et A. McDonnell (éd.), *op. cit.*, pp. 155 à 159.

(42) Points 74 et s. des conclusions.

(43) Point 77 des conclusions.

(44) Point 76 des conclusions.

(45) Points 83 et s. des conclusions.

A. — Un rejet clair des pourvois de FIAMM et FEDON

Après avoir débouté, aux termes d'une jurisprudence constante, les demandeurs de pourvoi de leur premier moyen relatif aux conditions d'engagement de la responsabilité pour faute de la Communauté, la Cour a entamé son examen des moyens relatifs à la responsabilité sans faute. L'examen de l'existence d'un principe de responsabilité sans faute de la Communauté commence⁴⁶ par un rappel en force des conditions de l'engagement de la responsabilité pour faute dont le comportement illégal des institutions serait la clé de voûte⁴⁷ et de constater que la responsabilité sans faute n'est guère consacrée dans la jurisprudence de la Cour.

Le raisonnement continue avec une analyse centrée sur les conditions dans lesquelles une action ou une omission normative peuvent résulter en une responsabilité de la Communauté ouvrant droit à une indemnisation. À cet égard, la Cour relève tout d'abord, que les solutions retenues en la matière par les ordres juridiques des États membres varient d'une manière substantielle, mais qu'il est possible de constater que les actes normatifs traduisant des choix de la politique économique n'engagent qu'exceptionnellement et dans des circonstances singulières la responsabilité des pouvoirs publics⁴⁸. Ensuite, la Cour rappelle à la lumière de sa jurisprudence antérieure, que la responsabilité des institutions communautaires du fait de leur activité normative ou de l'abstention d'action ne peut se concevoir qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers ou leur conférant des droits⁴⁹.

Admettant que les conditions d'engagement de cette responsabilité sont plutôt restrictives, la Cour tient à en expliquer les raisons. D'une part, le législateur ou le pouvoir réglementaire ne doivent pas être entravés par la perspective des actions en réparation lorsqu'ils prennent des mesures d'intérêt général et d'autre part, le large pouvoir d'appréciation dont disposent les institutions dans la mise en œuvre des politiques communautaires exige que la responsabilité de la Communauté ne soit engagée qu'en cas de violation manifeste et grave des limites s'imposant à l'exercice de ses pouvoirs⁵⁰.

La Cour en conclut qu'en l'état actuel du développement de ce droit, il n'existe pas de principe de responsabilité de la Communauté, en raison d'un comportement normatif de ses institutions, « dans une situation dans laquelle l'éventuelle non-conformité d'un tel comportement avec les accords O.M.C. ne peut pas être invoquée devant le juge communautaire »⁵¹.

(46) D. Simon, « Indemnisation des dommages collatéraux dans la guerre de la banane », *Europe*, novembre 2008, p. 22.

(47) Arrêt *FIAMM e.a. c. Conseil et Commission*, *op. cit.*, points 164 à 167.

(48) Points 170 et 171

(49) Points 172 et 173

(50) Selon D. Simon, *op. cit.* note 46, p. 22, la Cour utilise implicitement un raisonnement *a fortiori*, en vertu duquel, si la responsabilité ne peut pas être engagée pour une illégalité simple, elle ne peut à plus forte raison être engagée en l'absence de violation. Un tel raisonnement négligerait, d'une part, les différences entre les deux types de responsabilité et nierait toute possibilité de responsabilité fondée sur le risque ou la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

(51) Point 176.

L'utilisation de la méthode comparative en droit européen, Presses universitaires de Namur, Namur, 2003, p. 122.

(28) À savoir, l'intégration européenne dans le cadre d'une Communauté de droit.

(29) K. Lenaerts, *op. cit.*

(30) H. Ruiz Fabri, « Principes généraux », *Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 45, 2007, p. 133.

(31) Point 55 des conclusions.

(32) La Cour considère que ce principe découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice. *Cfr* C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.*, p. 2271, point 37 pour une analyse de cet arrêt et des enseignements qu'il apporte *cfr* A. Van Waeyenberge et P. Pecho, « L'arrêt *Unibet* et le Traité de Lisbonne - Un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *C.D.E.*, 2008, pp. 121 et s. (particulièrement les pages 141 et 153); L. Lebeau, « C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern* », *Revue des affaires européennes*, 2007/2008, pp. 135 à 151. *Cfr* aussi O. De Schutter, « Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif », *J.T.D.E.*, 2006, pp. 97 à 104.

(33) C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, point 46 et 47; O. Blin, « La Communauté européenne et l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) », *Jurisclasseur*, fascicule 130-150, 2000, pp. 1 à 29.

(34) C.J.C.E., 14 octobre 1999, *Atlanta c. Communauté européenne*, C-104/97 P, *Rec.*, p. I-6983, points 17 à 23; O. Blin, *op. cit.*, pp. 1 à 29.

(35) Vu que l'on ne se trouve pas *in casu* dans les conditions établies par les arrêts du 22 juin 1989, *Fediol c. Commission*, 70/87, *Rec.*, p. 1781 et du 7 mai 1991, *Nakajima c. Conseil*, C-69/89, *Rec.*, p. I-2069.

(36) Point 58 des conclusions

Après avoir appliqué cette règle aux faits de la présente affaire, la Cour déclare que le T.P.I. a commis une erreur de droit en consacrant l'existence d'un régime de la responsabilité sans faute de la Communauté du fait de ses activités normatives⁵².

Cette réponse se voit encore assortie de deux autres précisions. En premier lieu, il va de soi que le législateur peut prévoir lui-même une indemnisation pour des effets préjudiciables de son action normative⁵³. En second lieu, une violation des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect peut engager la responsabilité de la Communauté. En l'espèce, ce sont les droits de propriété et de libre exercice des activités économiques, qui entreraient en jeu. Toutefois, ces droits ne sont pas absolus, mais doivent « être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société ». Par conséquent, pour que la responsabilité sans faute de la Communauté joue, il faut une « atteinte démesurée et intolérable à la substance même desdits droits », étant précisé que la perte de parts de marché, en tant que telle, ne satisfait pas à ce critère⁵⁴. La Cour rejette donc ledit moyen.

B. — Un rejet nuancé du principe de la responsabilité sans faute de la Communauté

Le refus de la Cour de constater l'existence d'un principe de la responsabilité sans faute de la Communauté se prête à plusieurs interprétations. Proposons en au moins deux, qui nous semblent définir les limites maxima et minima de cet arrêt.

L'interprétation extensive de l'arrêt repose sur le point 179 aux termes duquel le T.P.I. a commis une erreur de droit en consacrant dans les arrêts attaqués l'existence d'une responsabilité sans faute de la Communauté du fait de ses activités normatives. Il s'ensuivrait, que les justiciables communautaires ne sauraient, en principe, pas invoquer cette responsabilité chaque fois que la cause déterminante de leur dommage est l'activité normative des institutions de la Communauté. Cela serait une limitation de taille pour la responsabilité sans faute, dans la mesure où la grande majorité de l'activité de la Communauté se traduit, sans aucun doute, par l'action normative. À première vue, il ne peut s'agir que des contrats⁵⁵ passés par la Commission ou de ses décisions (et des agences européennes), notamment en matière de concurrence, d'aides d'État, de contrôle de la sécurité des aliments ou des substances chimiques.

Cette exclusion de la responsabilité sans faute de la Communauté du fait de son activité normative est toutefois assujettie à deux limites⁵⁶, déjà brièvement évoquées plus haut. Premièrement, le pouvoir normatif peut prévoir lui-même une indemnisation. Il s'agirait certainement d'une solution très claire et facile à appliquer, puisque l'indemnisation ne serait plus assujettie à la satisfaction des critères restrictifs définis par la Cour. Il est donc permis de com-

prendre cette précision comme un appel aux institutions communautaires⁵⁷ dotées du pouvoir normatif de prendre dans le futur cette option en considération. Néanmoins, un problème subsiste. Comment prévoir une indemnisation pour un fait qui résulte d'une omission du pouvoir normatif, comme cela est le cas en l'espèce?

Deuxièmement, une responsabilité objective peut découler d'une violation par le législateur ou le pouvoir réglementaire des droits fondamentaux. Mais ne sommes-nous pas ici en présence d'une contradiction? Responsabilité sans faute en cas de violation des droits fondamentaux? D'où l'importance de la précision que nous avons faite dans la première partie de cette étude, qui définit le concept de la responsabilité sans faute comme une responsabilité à la fois pour un fait licite, mais aussi illicite⁵⁸, mais qui ne remplit pas les conditions strictes de la responsabilité pour faute, notamment celle de la méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'exercice des pouvoirs de la Communauté⁵⁹. On peut donc soutenir que la responsabilité sans faute de cette dernière entre en jeu dans le cas d'une (in)action normative qui va à l'encontre des droits fondamentaux, sans qu'elle ne puisse être en même temps considérée comme une méconnaissance grave et manifeste de ses pouvoirs.

Ensuite, il faut envisager une interprétation étroite de cette jurisprudence. Son fondement serait les points 176 et 188 de l'arrêt commenté, dans lesquels la Cour semble exclure l'existence d'une responsabilité sans faute dans le cas où la cause déterminante du dommage serait une (in)action normative, éventuellement illégale au regard des accords de l'O.M.C., lorsque ces derniers n'ont pas d'effet direct en droit communautaire. Toutefois, il est trop tôt pour dire avec certitude, si la responsabilité sans faute est alors admise dans toutes les autres situations que celles visées au point 176, ou si l'existence de cette responsabilité dans les autres cas de figure demeure toujours en suspens, comme c'était le cas avant le prononcé de l'arrêt *FIAMM et FEDON*.

La discussion sur le statut et les contours de la responsabilité sans faute de la Communauté ne semble pas encore entièrement achevée. Examinons donc à présent les perspectives futures de ce type de responsabilité.

3

Perspectives futures

Toute proposition concernant des solutions éventuellement appropriées pour le système juridique communautaire (B) ne saurait se concevoir sans une analyse critique du *status quo* (A).

A. — Analyse du rejet du principe de la responsabilité sans faute par la Cour

Deux remarques principales pourraient être formulées *prima facie* à l'égard du raisonnement suivi par la Cour.

1. — L'appréciation de l'existence d'un principe général commun aux droits des États membres

La première concerne l'interprétation de la notion de principe général commun aux droits des États membres. À cet égard, le T.P.I. a jugé, d'ailleurs, sans aucune précision, que les droits nationaux de la responsabilité extra-contractuelle des pouvoirs publics permettent, bien qu'à des degrés variables, d'obtenir en justice l'indemnisation de certains dommages, sans que le fait générateur de leur préjudice soit nécessairement un acte illégal. Cette conclusion a été cependant directement contredite par la Cour, selon laquelle l'examen comparatif des ordres juridiques des États membres ne révèle pas de convergence dans la consécration d'une responsabilité sans faute des pouvoirs publics, et notamment lorsque le fait générateur du préjudice est un acte normatif⁶⁰. Un examen de ces appréciations divergentes s'impose.

Bien que la manière de concevoir et d'appréhender les notions de « principe général de droit commun aux États membres » et de « principe général de droit communautaire » ne soient pas entièrement identiques, nous pensons qu'elles présentent suffisamment de parallélismes pour considérer que les règles qui gouvernent leur reconnaissance ou leur adoption dans le système juridique communautaire s'appliquent *mutatis mutandis*. Dès lors, et selon la jurisprudence classique en la matière, pour qu'un droit devienne un principe général de droit communautaire, il doit passer par deux examens. Il faut en premier lieu, qu'il soit issu d'une des trois sources privilégiées de la Cour, dont les traditions juridictionnelles des États membres font partie (a)⁶¹. En second lieu, il doit satisfaire à un test de compatibilité et de nécessité dans le système juridique communautaire (b)⁶².

a) Le test de l'origine

Puisque l'article 288 CE indique que le principe doit être commun aux États membres, il est possible de soutenir qu'il vise tous les États membres. Une telle conception serait toutefois difficile à appliquer, dans la mesure où l'absence de ce droit dans un seul ordre juridique ferait échec à sa consécration au niveau communautaire⁶³. Elle mènerait encore à l'adoption de solutions reflétant le plus petit dénominateur, ce qui ne développerait pas vraiment les droits des citoyens de l'Union. De

(52) Point 179.

(53) Point 181.

(54) Points 182 à 184.

(55) C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Masdar*, C-47/07 P, non encore publié au *Recueil*.

(56) Points 181 à 184.

(57) Que nous avons évoqués ci-avant dans la généalogie des arrêts ayant mené à *FIAMM et FEDON*.

(58) Par exemple violation d'un droit fondamental.

(59) Peut-être la jurisprudence et la doctrine auront-elles la possibilité de préciser dans quelles conditions, une violation des droits fondamentaux n'est pas en même temps une méconnaissance grave et manifeste des limites qui s'imposent à l'exercice des pouvoirs conférés aux institutions.

(60) Point 175.

(61) Les deux autres étant le droit international et plus spécialement les instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme, ainsi que l'économie générale du système juridique établi par les traités de base.

(62) K. Lenaerts et P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Thomson, Sweet&Maxwell, 2^e éd., Londres, 2005, pp. 711 et s.

(63) J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2004, p. 513.

plus, pour les ressortissants des États membres dotés de systèmes plus ouverts, il y aurait un risque d'asymétrie entre la protection juridictionnelle devant les juridictions nationales et communautaires.

Il est également défendable que le principe en question doive se trouver dans une majorité des États membres. Pourtant, est-il question d'une majorité simple de quatorze États membres parmi les vingt-sept ou bien d'une majorité qualifiée? Là encore, faut-il peut être pondérer l'importance des traditions juridiques des États membres par la même clé qu'au Conseil en vertu de l'article 205, § 1^{er}, CE? Enfin, doit-on prendre en considération seulement les États qui étaient membres de l'Union au moment des faits, ou également ceux qui ont adhéré à l'Union, suite aux élargissements? Cette question se pose notamment au regard de l'affaire *FIAMM et FEDON*, qui s'est déroulée devant les juridictions communautaires pendant plus de huit ans, période durant laquelle l'Union européenne est passée de quinze à vingt-sept États membres.

Il semble toutefois qu'une position minoritaire d'un principe de droit, voire son absence des ordres juridiques nationaux n'est pas nécessairement exclusive à sa consécration comme principe général de droit ou comme principe général commun aux droits des États membres, si le principe est particulièrement nécessaire et compatible avec l'ordre juridique communautaire. Rappelons, en ce sens, l'acceptation du principe de la confiance légitime, qui n'existait à l'époque que dans un État membre⁶⁴. En somme, une grande fréquence d'un certain principe dans les ordres juridiques nationaux, n'est qu'un indice, un avantage, ou un poids de plus dans la balance. Analogiquement, une fréquence faible, voire l'inexistence, n'est alors qu'un désavantage que le second test peut compenser.

Cependant, en énonçant que l'examen comparatif des droits nationaux n'a pas montré une convergence vers l'acceptation du principe de la responsabilité sans faute des pouvoirs publics du fait de leur activité normative, l'arrêt commenté ne donne pas d'indication quant au déroulement de cette appréciation ni sur les critères retenus.

b) Test de la compatibilité et de la nécessité

Il est généralement admis, que ce second test est nettement plus déterminant que le premier. Comme on l'a vu précédemment, il peut renverser une solution qui aurait été avantageuse après le test d'origine. C'est au point 174 de l'arrêt *FIAMM et FEDON* que le test de la compatibilité et de la nécessité se matérialise. Pour rappel, la conception restrictive de la responsabilité (pour, mais aussi sans faute) de la Communauté dans le cadre de son action normative serait justifiée, d'une part, par le souhait de ne pas voir l'exercice de cette action entravé par la perspective d'actions en dommages-intérêts, et d'autre part, pour ne pas porter atteinte au large pouvoir d'appréciation des institutions de la Communauté, indispensable à la mise en œuvre des politiques communautaires.

D'aucuns pourraient penser que de telles justifications auraient pourtant de quoi surprendre

les ressortissants d'une Communauté de droit⁶⁵ qui ont acquis le statut de citoyens de l'Union. En premier lieu, la Communauté de droit n'impliquerait-elle pas un devoir de réparer les préjudices résultant de chaque illégalité commise par ses institutions et non seulement la faute lourde? La citoyenneté de l'Union, ne serait-elle pas synonyme d'une certaine solidarité entre les citoyens, en ce sens que, quelques-uns parmi eux ne sauraient être « sacrifiés » sur l'autel de l'intérêt commun? À cet égard, si la jurisprudence de la Cour a considérablement développé les droits des citoyens de l'Union au regard des États membres⁶⁶, cette évolution, est-elle suivie en ce qui concerne les mêmes droits au regard de l'Union elle-même⁶⁷? En second lieu, les arguments tirés de difficultés économiques⁶⁸ ou administratives⁶⁹ n'auraient jamais été acceptés par la Cour pour justifier les violations du droit communautaire par les États membres.

Quoi qu'il en soit, un régime de responsabilité sans faute aurait pu être jugé comme non seulement compatible mais aussi nécessaire pour le bon fonctionnement du système juridique communautaire. Au point 171 de l'arrêt sous examen, la Cour de justice a insisté sur le fait que la responsabilité du pouvoir normatif, voire du législateur n'est que très difficilement engagée dans les ordres juridiques nationaux, surtout lorsque les actes en question traduisent des choix de politique économique. Mais les deux points suivants laissent clairement entendre que c'est une appréciation portée dans le cadre d'une responsabilité pour faute. Or dans certains États membres, c'est le législateur qui incarne la souveraineté, qu'elle soit nationale, populaire ou même royale. Et par tradition, le « souverain ne peut mal faire ». C'est justement pour pallier cette relative irresponsabilité pour faute du législateur⁷⁰, que les concepts de la responsabilité sans faute ont vu le jour. Sans vouloir mettre en avant une tradition juridique quelconque, remarquons seulement, qu'en France, il n'existe pas de responsabilité pour faute du législateur en dehors des violations des

obligations conventionnelles de l'État, ce qui est en partie comblé par une certaine responsabilité sans faute. À titre d'exemple, dans son fameux arrêt *La Fleurette*⁷¹, le Conseil d'État français a reconnu la responsabilité de l'État du fait de la loi, sans retenir de faute du législateur. Toutefois, si l'on y regarde de près, il y avait bel et bien une faute : celle de ne pas avoir prévu une indemnisation pour une rupture flagrante du principe de l'égalité républicaine et spécialement du principe de l'égalité devant les charges publiques. Seulement, il se peut, que dans ce système juridique, il n'aurait pas été possible de sanctionner cette illégalité. C'est pourquoi, le sujet de droit français avait été indemnisé via un nouveau concept juridique qui ne nécessite pas la désignation d'un « coupable ».

De même, dans le système juridique communautaire, la responsabilité du pouvoir normatif est assujettie à des conditions particulièrement strictes. Un régime de responsabilité sans faute pourrait donc le compléter pour garantir plus d'égalité et de solidarité entre les citoyens de l'Union. Remarquons également que le principe étudié s'insérerait parfaitement dans le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective. Faute de remplir toutes les conditions pour pouvoir demander l'annulation d'un acte communautaire en vertu de l'article 230, alinéa 4, CE qui aurait un effet préventif de dommage, une action en responsabilité sans faute sur le fondement de l'article 288, alinéa 2, CE, pourrait rétablir l'équilibre des droits et des obligations en cas de rupture inhabituelle, voire extraordinaire, de l'égalité entre les citoyens.

L'application de ce principe s'avérerait très utile dans le cadre des litiges, où sont contestés les actes communautaires au regard des règles de l'O.M.C. Premièrement, la responsabilité sans faute pourrait être considérée comme une bonne et juste compensation pour l'absence d'invocabilité directe de ces règles dans l'ordre juridique communautaire, y compris les décisions de l'O.R.D.⁷². Deuxièmement, la possibilité d'une telle responsabilité sensibiliserait encore plus les organes communautaires compétents sur la nécessité de pondérer les intérêts en question et sur les risques que les actes normatifs peuvent causer par ricochet à leurs propres administrés. Troisièmement, l'existence d'une telle possibilité de l'indemnisation renforcerait, paradoxalement, la position de négociation de la Commission dans le cadre de l'O.M.C., puisque nos partenaires économiques ne pourraient plus souverainement, voire arbitrairement choisir les secteurs de l'économie communautaire, qu'ils veulent affaiblir par leurs mesures de rétorsion. Les coûts de ces mesures seraient pris en charge par la collectivité et non pas exclusivement par les secteurs désignés. Quatrièmement, il serait logique et judicieux que les dommages, dont la cause déterminante est en effet une mesure communautaire prise dans l'intérêt commun et qui n'est nullement une conséquence d'un comportement reprochable de la personne lésée⁷³, soient couverts par tous, puisque dans le cas contraire, ceux qui n'auraient pas supporté les

(64) C.J.C.E., 5 avril 1979, *Ratti*, 148/78, *Rec.*, p. 1629.

(65) C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement*, dit « *Les Verts* », 294/83, *Rec.*, p. 1339, point 23.

(66) J. Klucka et P. Pecho, « Citizenship in International and European Law », in *The Process of Constitutionalisation of the EU and Related Issues*, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, p. 131.

(67) De la même manière, on peut s'interroger si les avancements dans le droit fondamental à un recours juridictionnel effectif des citoyens devant leurs juridictions nationales vont se traduire dans un assouplissement du *locus standi* des particuliers dans le cadre de l'article 230, alinéa 4, CE. *Cf.* en ce sens, A. Van Waeyenberge et P. Pecho, *op. cit.*

(68) C.J.C.E., 9 juin 1982, *Commission c. Italie*, 95/81, *Rec.*, p. 2187 et C.J.C.E., 9 juin 1982, *Orlandi e.a.* 206/80, 207/80, 209/80 et 210/80, *Rec.*, p. 2147.

(69) C.J.C.E., 13 juin 2002, *Commission c. France*, C-286/01, *Rec.*, p. I-5463, point 13; C.J.C.E., 6 mars 2003, *Commission c. Luxembourg*, C-211/02, *Rec.*, p. I-2429, point 7, et C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Commission c. Grèce*, C-130/04, non publié au *Recueil*, points 9 et 10.

(70) C.A.A., Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville s.a.*, *Rec. Leb.*, p. 558, *A.J.D.A.*, 1992, p. 768, obs. X. Prêrot; et C.E. Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du budget c. société Jacques Dangeville s.a.*, *Rec. Leb.*, p. 399. Il faut noter cependant, que l'irresponsabilité pour faute de l'État législateur doit être relativisée à cause de l'influence de la jurisprudence de la C.J.C.E. sur la responsabilité des États membres du fait de la violation du droit communautaire. *Cf.* C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame III*, C-46/93 et 48/93, *Rec.*, p. I-1029. Même le Conseil d'État français, longtemps réticent, en devait tirer des conséquences dans l'arrêt du 8 février 2007, *Gardedieu*, *A.J.D.A.*, 2007, 585, chr. Lenica et Boucher; *G.A.J.A.*, 16^e éd., 52.13.

(71) C.E. Ass. 14. janvier 1938, *s.a. des produits laitiers « La Fleurette »*, *Rec. Leb.*, p. 25.

(72) C.J.C.E., 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02, *Rec.*, p. I-1465.

(73) Précision qui ressort clairement de l'arrêt *La Fleurette*, précité.

coûts de la mesure, mais en auraient profité, se trouveraient indéniablement dans une situation d'enrichissement sans cause. À cet égard, bien que dans des contextes différents, la jurisprudence de la Cour s'est toujours montrée très soucieuse de ne pas permettre un tel enrichissement⁷⁴.

2. — Les droits fondamentaux, dont la violation aurait pu justifier l'application de la responsabilité sans faute

FEDON soutient que le principe de la responsabilité sans faute serait justifié par les droits fondamentaux de propriété et de libre exercice des activités professionnelles. Ces arguments ont été pris en considération par la Cour qui apporte des tempéraments à la réponse, selon laquelle le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant qu'il existe un principe de la responsabilité sans faute de la Communauté pour des activités relevant de la sphère normative.

Cependant, les droits fondamentaux invoqués par FEDON, et donc analysés par la Cour étaient-ils les plus pertinents? Nous ne le croyons pas. En ce qui concerne le droit de propriété, il est difficile de soutenir qu'une surtaxe chargée par un partenaire économique de la Communauté à son exportateur, voire même dans le cas extrême une taxe spéciale prélevée *ad personam*, est similaire à une expropriation. Sinon, il faudrait qualifier tout système fiscal ou douanier de la même manière. De plus, nul ne doute que le droit de propriété n'est pas absolu. Une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 1^{er}, du premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, en témoigne à suffisance. Quant au droit au libre exercice d'une activité professionnelle, la mesure de rétorsion américaine n'a pas empêché toute importation des produits en question aux États-Unis, elle ne l'a rendue que plus difficile. Il n'y avait donc pas de violation inacceptable du droit de la propriété.

Nous croyons qu'un débat plus approfondi aurait pu être engagé, si les parties avaient invoqué deux autres principes généraux du droit. D'une part, elles auraient pu s'appuyer sur le principe général de l'égalité⁷⁵, dont l'une des émanations est sans aucun doute le principe d'égalité devant les charges publiques. Ce dernier principe est, à n'en pas douter, reconnu dans l'ensemble des États membres. La question à poser serait alors, si le fait de laisser supporter par quelques-uns, les coûts d'une politique communautaire, censée profiter à l'ensemble de la collectivité, ne rompt pas le principe d'égalité devant les charges publiques. Dans le cas d'espèce, la rupture d'égalité nous paraît établie. FIAMM et FEDON n'étant pas actifs dans le domaine de la banane, elles ne sauraient donc tirer aucun profit particulier des

mesures communautaires en question. Pour tant, en vertu des règles de l'O.M.C., qui étaient violées par lesdites mesures communautaires, des entreprises dans des secteurs bien différents, subissaient les conséquences de cette illégalité. Elles se sont donc involontairement portées garant pour l'ensemble de la Communauté. Mais le citoyen de l'Union pourrait se demander si cela est bien juste et s'il ne devrait pas y avoir un moyen pour y remédier⁷⁶. L'un de ces moyens serait un rétablissement de cette égalité par une compensation de la part de la collectivité, voire de la Communauté. Et pour que l'égalité soit parfaite, pourquoi ne pas songer à l'établissement d'une taxe à supporter par le secteur économique, bénéficiaire de la mesure communautaire, déclarée illégale par l'O.R.D.?

D'autre part, l'utilisation par la Cour du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective aurait peut être aussi donné lieu à un résultat différent. En effet, la voie d'annulation des mesures communautaires, en vertu de l'article 230, alinéa 4, CE, qui était la cause déterminante des mesures de rétorsion des États-Unis, serait sans doute barrée, dans la mesure où le préjudice ne résulte pas directement de celles-ci et où FIAMM et FEDON ont certainement laissé couler le délai de forclusion de deux mois. Ces deux sociétés ne pouvaient pas savoir dans les deux mois suivant l'adoption des mesures communautaires, que lesdites mesures seraient contraires aux règles de l'O.M.C. et qui sera visé par les mesures de rétorsion éventuelles. De surcroît, les règles de l'O.M.C. ne sont pas directement invocables, comme cela a déjà été souligné. Par conséquent, en l'absence de toute possibilité de constater l'illégalité des actes communautaires, la réparation *ex post* pourrait assurer à FIAMM et FEDON un recours juridictionnel effectif pour rétablir l'égalité de tous les citoyens de l'Union devant les charges publiques.

Toutefois, dans le cadre des recours directs, que sont tant le recours en responsabilité extracontractuelle, que le pourvoi contre un arrêt du T.P.I. rendu dans ce domaine, la Cour ne dispose pas d'une liberté nécessaire pour soulever *ex officio* des moyens, qui ne sont pas d'ordre public⁷⁷.

B. — Les voies d'issue envisageables

À notre avis, et comme nous l'avons déjà souligné plus haut, il faut comprendre le principe de responsabilité sans faute comme visant non seulement les dommages qui ne proviennent d'aucune faute, mais également ceux ayant pour origine une faute mais qui, pour des raisons juridiques, n'est pas susceptible d'engager une responsabilité pour faute des pouvoirs publics. Dans la plupart des cas, la norme violée est le principe d'égalité sous toutes ses formes, dont l'égalité devant les charges publiques.

L'une des solutions à envisager pour le futur peut alors consister en la libéralisation des conditions de l'engagement de la responsabilité de la Communauté pour faute et passer notam-

ment du régime actuel de la faute lourde au régime de la faute simple⁷⁸. En parallèle, la Cour pourrait aligner sur ce nouveau critère la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire, puisque la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage⁷⁹. Cette solution profiterait, non seulement aux citoyens de l'Union, mais également à ses institutions et aux États membres, dans la mesure où l'obligation de respecter le droit communautaire en serait renforcée.

Une autre possibilité pourrait reposer sur l'enlèvement du caractère quasi délictuel de la responsabilité sans faute et sur l'adaptation suivie de l'adoption des conceptions, qui d'ailleurs existent en droit privé. Nous pensons aux « troubles de voisinage »⁸⁰, qui peuvent résulter d'une rupture d'égalité dans la jouissance des droits égaux, sans pour autant qu'une faute quelconque, sanctionnable en vertu de la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle⁸¹ puisse être attribuée à l'auteur des troubles. On passerait alors d'une réparation du dommage à une compensation de la rupture de l'égalité.

En tout cas, il faut avoir de la patience. La responsabilité sans faute est un principe de longue gestation. Qu'il suffise de rappeler à ce sujet, que même en France, pionnière en la matière, sa consécration a eu besoin d'un siècle entier⁸².



Conclusion

D'un point de vue juridique, les deux positions (*statu quo* et reconnaissance du principe) étaient défendables. La Cour s'est donc plus prononcée sur une question de « politique judiciaire » que sur une question pointue de droit communautaire. À cet égard, en considérant que l'Union européenne ne doit pas être affaiblie par une jurisprudence trop généreuse lors des négociations toujours difficiles qui se déroulent au sein de l'O.M.C., elle a choisi la voie du pragmatisme.

D'aucuns diraient, que ce choix de politique judiciaire paraîtrait à géométrie variable. Il pourrait sembler que la Cour soit plus encline à défendre les prérogatives des institutions de la Communauté que celles des citoyens euro-

(74) C.J.C.E., 27 février 1980, *Hans Just*, 68/79, *Rec.*, p. 501; C.J.C.E., 9 novembre 1983, *San Giorgio*, 199/82, *Rec.*, p. 3595; C.J.C.E., 14 janvier 1997, *Comateb e.a.*, C-192/95 à C-218/95, *Rec.*, p. I-165, points 27 et 28, et C.J.C.E., 10 avril 2008, *Marks & Spencer*, C-309/06, non encore publiée au *Recueil*.

(75) C.J.C.E., 22 juin 1972, *Frilli*, 1/72, *Rec.*, p. 457, point 19; C.J.C.E., 17 février 1976, *Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Grosshandels*, 45/75, *Rec.*, p. 181, point 24, et C.J.C.E., 19 octobre 1977, *Ruckdeschel e.a.*, 117/76 et 16/77, *Rec.*, p. 1753, point 19.

(76) *Cfr* D. Simon, *op. cit.*, note 46, p. 22.

(77) P. Pecho et F. Michel, « Commentaire de l'arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05 », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4/2007.

(78) Pour un exemple de cheminement de la responsabilité pour faute lourde vers une responsabilité pour faute simple, voy. : R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, Paris 2001, p. 1303.

(79) *Voy.*, à cet égard, C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c. Commission*, C-352/98, *Rec.*, p. 5291, points 40 et 41.

(80) Article 544 des Codes civils belges, français et luxembourgeois; *Cfr* J.-F. Romain, « La théorie des troubles de voisinage : un principe général du droit en équilibre, mais non en expansion, reconsidéré à la lumière de la théorie des principes généraux du droit », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 735 à 777.

(81) Article 1382 des Codes civils belges, français et luxembourgeois.

(82) En 1838, le Conseil d'État français concluait dans l'arrêt de principe du 11 janvier 1838, *Duchâtelet*, *Rec. Leb.*, p. 7, à l'irresponsabilité totale du législateur.

péens (nous pensons aux conditions très sévères d'engagement de la responsabilité extracontractuelle pour faute⁸³ et à l'arrêt commenté dans ces quelques lignes). De surcroît, la jurisprudence aurait construit un système de responsabilité extracontractuelle dans lequel de nombreuses illégalités ne peuvent être examinées par le juge communautaire faute d'accès. Outre les interrogations que ce système pose au regard du droit à un recours juridictionnel effectif et du principe de Communauté de droit, ce constat amène à une question importante dans le contexte politique difficile de crise de confiance que nous vivons aujourd'hui, c'est-à-dire, la relation que doit entretenir l'Union européenne avec ses citoyens.

En effet, pourquoi la Cour n'a-t-elle pas pu suivre les conclusions de son avocat général Poiares Maduro, et faire de l'Union une organisation politique encore plus responsable? Le système juridique communautaire est à bien des égards un modèle d'administration, de transparence et de non-discrimination. Une nouvelle étape aurait pu aujourd'hui être franchie afin de donner à ces principes fondamentaux, sur lesquels un large consensus existe, une portée nouvelle. En outre, fort de l'expérience acquise par certains États membres qui utilisent des principes similaires et n'en n'ont pas souffert, il ne paraîtrait pas déraisonnable de faire évoluer la jurisprudence dans le sens d'une meilleure protection des justiciables. Bien entendu les conditions d'indemnisation auraient dû rester sévères afin de ne pas ouvrir une boîte de Pandore et inonder la Cour d'innombrables recours de la part de justiciables en désaccord avec l'un ou l'autre acte normatif européen. Le préjudice aurait dû rester anormal et spécial mais il nous semble que dans des cas comme dans ceux que nous présentons dans cet article, les mesures de rétorsion doivent soit s'appliquer sur le secteur concerné soit être prises en charge par la Communauté elle-même et non pas sur des secteurs choisis discrétionnairement par nos partenaires de l'O.M.C. S'il est vrai, que ceux-ci ont le droit de le faire, il appartient à nos institutions de protéger ses justiciables contre les « faits du prince ». C'est également au moyen de ce type de décision qu'il sera possible de rétablir la confiance du citoyen en ses institutions car un ordre juridique qui prévoit des mécanismes de réparations équitables et accessibles au cœur même de son système, fait le choix de mettre le citoyen en tête de ses préoccupations.

Nous croyons que la Cour n'a pas encore dit son dernier mot. Les conditions n'étaient pas réunies pour faire de cette décision un arrêt de principe de portée générale. Fidèle à sa réputation d'institution audacieuse, et cela plus particulièrement dans les temps où la Communauté se trouve en période de stagnation, due aux difficultés politiques⁸⁴, la Cour ne manquera cer-

tainement pas l'occasion de donner au principe de Communauté de droit toute sa valeur en consacrant un système au sein duquel toute illégalité produisant un dommage aux citoyens de l'Union devra être réparée et que toute rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques devra être compensée.

Notons, comme un signe d'une future ouverture possible dans le domaine de la responsabilité sans faute, l'arrêt que la Cour vient de prononcer le 16 décembre dernier dans l'affaire C-47/07 P, *Masdar*. Celle-ci opposait la Commission à un sous-traitant (*Masdar*) de son cocontractant (*Helmico*) dans l'exécution du programme TACIS. Le sous-traitant, qui prétend avoir honoré ses obligations à l'égard du cocontractant, sans en obtenir le paiement complet, a estimé que la Commission, qui a bénéficié de ses services, s'est trouvée dans une situation d'enrichissement sans cause. Sans rentrer dans les détails du raisonnement de la Cour, qui mérite sans aucun doute un commentaire approfondi⁸⁵, nous pouvons, dès à présent, faire état de ses apports les plus importants.

Tout d'abord, l'arrêt *Masdar* constate que le droit à une restitution jusqu'à la concurrence de la perte est un principe général commun aux droits des États membres, qui s'impose, le cas échéant, même à l'égard de la Communauté⁸⁶. Dans la mesure où ce droit trouve sa source en dehors de tout contrat, il ne saurait être invoqué

qu'en vertu de l'article 288, § 2, CE. Ensuite, si l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté est soumis en principe à la satisfaction de trois conditions, dont l'une tient à l'illégalité du comportement des institutions, une interprétation des articles 235 et 288, § 2, CE, qui exclurait toute responsabilité sans faute, irait à l'encontre de la protection juridictionnelle effective.

Il en découle que la Cour a accepté l'existence du principe de la responsabilité sans faute des pouvoirs publics communautaires. Toutefois, cette consécration n'apparaît pas être systématique ou absolue. À première vue, il ressort du contexte de l'affaire, ainsi que de l'absence de tout revirement explicite par rapport à l'arrêt *FIAMM et FEDON*, qu'elle ne s'impose aux institutions communautaires que lorsqu'elles agissent sous leur casquette de pouvoir exécutif. En revanche, il est intéressant de remarquer que la Cour n'a pas pris soin de rappeler que le dommage dont l'indemnisation est demandée doit être anormal et spécial. À suivre de près...

Peter PECHO
et Arnaud VAN WAEYENBERGE^(*)

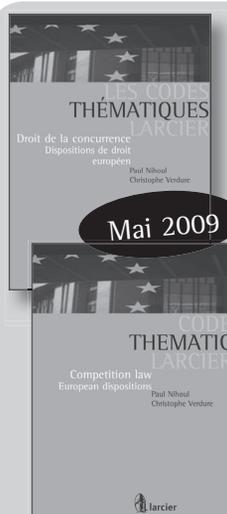
(85) Pour un premier commentaire, voy. V. MICHEL, « Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et action de *in rem verso et negotium gestae* », *Europe*, n° 2/2008, pp. 17 et s..

(86) *Masdar*, *op. cit.*, points 44 à 47.

(*) Les auteurs sont respectivement doctorant en droit à l'Université de Kosice, Slovaquie, et chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit, Université libre de Bruxelles, Belgique.

Les opinions exprimées dans cet article sont propres aux auteurs et n'engagent pas les institutions auxquelles ils appartiennent. Les auteurs tiennent à remercier le professeur Ján Klucka, juge à la C.J.C.E., pour ses conseils dans la réalisation de cette contribution.

À PARAÎTRE EN DROIT DE LA CONCURRENCE



DROIT DE LA CONCURRENCE

Dispositions de droit européen
Paul Nihoul, Christophe Verdure

Ce Code coordonne l'ensemble des dispositions européennes applicables en la matière. Par ses références bibliographiques, il guide le lecteur vers une première source d'articles ou d'ouvrages en relation avec les textes réglementaires présentés.

89,00 €

EUROPEAN COMPETITION LAW

Paul Nihoul, Christophe Verdure

The present code constitutes the second edition of the first coordinated code of the legislation applicable in the field of competition law.

89,00 €

► Collection Les Codes Thématiques Larcier



Informations et commandes :

Larcier c/o De Boeck Services sprl • Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve
0800/99 613 • 0800/99 614 • e.mail : commande@deboeckservices.com

Consultez et commandez en direct sur www.larcier.com

(83) Voy., en particulier, T.P.I., 9 septembre 2008, *My Travel Group c. Commission*, T-212/03, non encore publié au *Recueil*, dans lequel le Tribunal a dit en substance pour droit que le fait qu'il ait annulé la décision de la Commission interdisant l'acquisition de First Choice par MyTravel, n'entraîne pas automatiquement la responsabilité financière de la Communauté car la Commission n'a pas violé manifestement et gravement le droit communautaire.

(84) Nous pensons notamment à l'année « glorieuse » 1974, où la Cour a donné au droit communautaire des principes fondateurs, valables encore de nos jours. À cet égard, les difficultés que rencontre la Communauté dans le processus actuel de révision des traités de base est analogue au blocage institutionnel des années 1960 et 1970.