

# SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

## Section Droit de l'action publique

### Groupe de travail

#### FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITÉ

##### *Composition du groupe :*

Aurélien Antoine, Professeur à l'Université Jean-Monnet de Saint-Etienne  
Aline Bertolin, Professeur à l'UNA, Brésil  
Roberto Caranta, Professeur à l'Université de Turin  
Jean-Félix Delile, Maître de conférences, Université de Lorraine  
Charlotte Denizeau, Maître de conférences, Université Paris II Panthéon-Assas  
Charles-André Dubreuil, Professeur à l'Université d'Auvergne  
Duncan Faigrievie, Professeur associé à l'Université Paris-Dauphine  
Nicolas Gabayet, Maître de conférences à l'Université Paris-Est-Créteil  
Marie Gautier-Melleray, Maître des requêtes au Conseil d'État, Agrégée des Facultés de Droit  
Mathias Haentjens, Professeur à l'Université de Leiden  
Anne Jacquemet-Gauché, Professeur à l'Université d'Auvergne  
Patricia Jonason, Maître de conférences, Université Södertörn de Stockholm  
François Lichère, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille  
Gilles Pellissier, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Professeur associé à l'Université François-Rabelais de Tours  
Thomas Perroud, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille  
Didier Ribes, Maître des requêtes au Conseil d'État, Agrégé des Facultés de Droit  
Grenfieth de J. Sierra Cadena, Professeur de droit public à l'Université du Rosario à Bogota-Colombie

##### *États et systèmes traités :*

Allemagne  
Argentine, Colombie, Mexique, Système de la Convention interaméricaine des droits de l'homme  
Brésil  
Belgique  
Espagne  
États-Unis  
Italie  
Pays-Bas  
Royaume-Uni  
Russie  
Suède  
Système de la Convention européenne des droits de l'homme  
Union européenne

## RAPPORT DE SYNTHÈSE

Aurélien Antoine  
Rapporteur du Groupe de travail

La Section « Droit de l'action publique » a retenu la responsabilité de la puissance publique comme deuxième thème de ses travaux collectifs. Le premier groupe de recherche s'est concentré sur les fondements de cette responsabilité qui est exclusivement abordée dans sa dimension extracontractuelle. Le terme « fondement » est polysémique. Il n'est pas aisé à définir dans une perspective comparative, ce qui implique d'apporter quelques précisions quant à l'objet, au champ et la contextualisation de l'étude.

### *1. Objet et champ et de l'étude*

À titre liminaire, il convient de rappeler que l'expression « puissance publique » est réputée pour son indétermination. Elle sera envisagée comme synonyme de l'État *lato sensu*, et plus précisément dans l'exercice de ses fonctions constitutionnelles classiques : administrer, légiférer et juger. Si la fonction d'exécution des lois assumée par l'Administration a vocation à occuper le cœur des développements, l'extension de la responsabilité de la puissance publique aux activités législatives et juridictionnelles est une évolution majeure qui ne saurait être omise.

Quant à la notion de « fondement », elle suscite de nombreuses réflexions. De prime abord, elle désigne les faits, les actions et/ou les actes qui sont susceptibles de permettre d'engager la responsabilité de la puissance publique. Selon cette acception, le fondement s'identifie au fait générateur. Ce dernier peut être constitué par une faute plus ou moins grave et dont l'auteur peut varier, mais aussi par une action ou un acte de puissance publique qui, sans être fautif, cause un préjudice que l'État considère comme devant être indemnisé. Une difficulté demeure sur le point de savoir si la solidarité nationale est un fondement de la responsabilité. L'existence de mécanismes de socialisation des risques est révélatrice d'une mutation du droit de la responsabilité publique selon laquelle la puissance publique accepte de réparer des préjudices dont elle n'est pas directement ou pas toujours « responsable ». Pierre Delvolvé en conclut que la socialisation des risques (ou plutôt des indemnités) ne relève pas au « sens strict » de la responsabilité qui est « le sens exact » qu'il faut retenir<sup>1</sup>. Il importe alors d'exclure de l'étude ce pan du droit de la responsabilité.

Une autre acception qui n'exclut pas substantiellement la première consiste à envisager les fondements de la responsabilité de la puissance publique sous l'angle des sources : elle résulte de règles qui établissent les conditions d'engagement de la responsabilité. L'étude de ces textes revient à identifier les fondements précédemment évoqués. Elle permet toutefois d'en déduire plus aisément leur nature : subjective ou objective ; textuelle ou jurisprudentielle ; ancienne ou plus contemporaine.

Enfin, certains auteurs peuvent retenir comme approche des fondements de la responsabilité « les principes supérieurs qui expliquent l'obligation de réparer les dommages causés par la puissance publique, indépendamment des conditions d'engagement de cette responsabilité »<sup>2</sup>. Sont alors

---

<sup>1</sup> P. Delvolvé, La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, vue de l'étranger, in D. Renders (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIe journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2016, p. 103.

<sup>2</sup> M. Deguerge, Regards sur les transformations de la responsabilité administrative, *RFAP* 2013, n° 147, p. 582.

identifiables l'égalité devant les charges publiques, la sécurité de la victime ou un prolongement de la liberté qui implique de ne pas faire ce qui nuirait à autrui<sup>3</sup>.

La notion de fondement de la responsabilité ouvre donc de nombreux horizons qui s'étendent avec le champ comparatiste. Alors que les premiers travaux de la Section étaient principalement axés sur les États européens, le choix a été fait d'élargir l'aire géographique des recherches. Ce deuxième thème a permis notamment d'aborder les expériences de quelques pays d'Amérique du Sud. L'intérêt était double : apprécier la spécificité du droit d'États marqué par des influences multiples, à la fois américaine et européenne, d'une part ; et rendre compte des effets potentiels des règles d'une structure supranationale (l'Organisation des États américains), d'autre part. À l'échelon européen *lato sensu*, l'originalité de l'étude tient à l'intégration de la Suède et de la Russie.

Finalement, ce ne sont pas moins de dix États et trois organisations supranationales qui sont abordés. À notre connaissance, c'est la première fois qu'un travail collectif embrasse une telle diversité. Le revers de la médaille est qu'il est parfois fort difficile d'opérer des parallèles. Le présent volume doit en conséquence être appréhendé par les deux facettes du droit comparé : s'ouvrir à l'altérité juridique et produire des analyses insistant sur les points communs et les divergences entre les systèmes de droit.

Le rapport de synthèse a pour vocation de mettre l'accent sur des thèmes susceptibles de faire l'objet de rapprochements pour que le lecteur puisse s'interroger sur la pertinence de son propre régime de responsabilité. Pour atteindre l'objectif, la comparaison porte de façon privilégiée sur les États européens. En outre, afin de fixer un point de départ à la synthèse, il paraît indispensable de contextualiser l'étude par rapport aux caractéristiques contemporaines du droit de la responsabilité en France.

## ***2. Contextualisation de l'étude : évocation de quelques caractéristiques contemporaines du droit de la responsabilité en France***

Le droit de la responsabilité de la puissance publique en France se caractérise par un acquis jurisprudentiel et doctrinal désormais relativement ancien. Il naît avec l'arrêt *Blanco* de 1873 qui admet non seulement la responsabilité de l'État, mais aussi la nécessité d'établir un régime juridique exorbitant du droit commun. Depuis le début du XXe siècle, l'irresponsabilité publique est en recul. Si le principe de l'engagement de la responsabilité pour faute demeure, l'éclipse de la faute lourde ou encore l'identification de cas de responsabilités sans faute s'affirment (risque, rupture d'égalité devant les charges publiques et, plus récemment, garde). À ces cas classiques, s'ajoutent la socialisation des risques et la responsabilité de l'État du fait de sa fonction juridictionnelle et du fait des lois adoptées en méconnaissance des engagements internationaux. Dans ces configurations, il n'est pas toujours aisé d'admettre une action fautive de la puissance publique, ni de réunir les conditions de l'engagement de la responsabilité sans faute fondée sur le risque ou la rupture d'égalité devant les charges publiques<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Eisenmann fut l'un des premiers à s'interroger sur les fondements de la responsabilité pour distinguer les fondements médiats et immédiats (Ch. Eisenmann, Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, *JCP*, 1949, I-742 et 751. Voy. aussi P. Wachsmann, La définition par Charles Eisenmann de la notion de responsabilité des personnes publiques, *RDP* 2016, n° 2, p. 449).

<sup>4</sup> La question de savoir si la violation par la loi de textes supranationaux est constitutive d'une faute n'est pas tranchée (CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, *RFD-A* 2007, p. 361, concl. L. Derepas). Selon les conclusions du rapporteur public, il s'agit d'une troisième voie de responsabilité « *snis generis*, de nature objective, qui serait mise en œuvre chaque fois que trois éléments sont rassemblés : la méconnaissance d'une disposition internationale par une disposition législative, un préjudice et l'existence d'un lien direct de causalité entre les deux. Ce régime ne serait ni un régime de responsabilité pour faute, ni un régime de responsabilité sans faute, il serait fondé sur une cause juridique

L'extension des fondements de la responsabilité va donc « dans le sens d'une plus complète réparation des préjudices subis par les victimes »<sup>5</sup>, même si l'extension des fondements n'empêche pas nécessairement une indemnisation matériellement plus satisfaisante. Finalement, le droit de la responsabilité en France est assez bien structuré et aisément identifiable dans ses fondements. Il connaît, à certains égards, une réelle cohérence et une relative accessibilité. Toutefois, l'apparence est parfois trompeuse. Dans un article de 2013, Maryse Deguegue présente les principales transformations contemporaines du droit de la responsabilité en France qui pondèrent une telle perception. Le fondement politique de la responsabilité publique ne siège plus dans la solidarité ou l'interdépendance sociale chère à Duguit. Il peut aussi trouver ses racines dans la recherche de la sécurité. De surcroît, l'objectivation des fondements, qui facilite *a priori* l'indemnisation en évitant par exemple à la victime de prouver une faute, ne doit pas occulter une dimension subjective qui fait référence à la volonté des citoyens de faire prévaloir leurs droits individuels face à la collectivité. Tous ces phénomènes contribuent à brouiller la présentation des fondements de la responsabilité publique : le caractère *sui generis* de la responsabilité du fait des lois adoptées en méconnaissance des engagements internationaux et la multiplication des fonds d'indemnisation aux régimes juridiques divers en sont une illustration, de même que l'accroissement des régimes législatifs de responsabilité venant compléter ou contrecarrer certaines règles jurisprudentielles jusque là solidement établies. Si la problématique des fonds d'indemnisation est exclue pour les motifs mentionnés plus haut, il n'en demeure pas moins qu'elle participe à une espèce de dilution de la responsabilité et de ses fondements.

À partir de ce contexte, l'étude des fondements de la responsabilité publique permet d'envisager d'éventuelles convergences qui ne sauraient masquer la permanence d'une complexité propre à chacun des systèmes juridiques.

\*  
\*       \*  
\*

Jusqu'à une époque récente, la plupart des États rejetaient la responsabilité de la puissance publique ou la limitaient drastiquement en droit ou en fait. Quatre motifs principaux et non exclusifs les uns des autres peuvent l'expliquer : la supériorité et l'autorité de l'État ou du souverain (par ex. France, Belgique, Suède, Royaume-Uni, États-Unis), la séparation des pouvoirs (France, Belgique...), la nature d'intérêt général de l'activité de la puissance publique (France, Royaume-Uni), la prégnance du pouvoir discrétionnaire (France, Royaume-Uni, États-Unis, Union européenne) et/ou la jeunesse du cadre démocratique (Espagne, Portugal, Brésil et Amérique du Sud en général). Dans tous les cas, l'épanouissement d'un régime de responsabilité de la puissance publique est une évolution contemporaine qui date de l'après-Deuxième Guerre mondiale. Que ce soit en Europe, aux États-Unis ou en Amérique latine plus tardivement, les guerres totales et les régimes totalitaires ou autoritaires ont impliqué une profonde réflexion sur l'impunité de la puissance publique et les moyens de la remettre en cause. Le premier vecteur fut l'adoption de textes reconnaissant plus de droits subjectifs aux citoyens face à l'État. Le deuxième vecteur est la mise en place d'institutions supranationales dont le droit est susceptible d'être opposé aux États (droits de l'Union européenne et de la convention européenne des droits de l'homme, système de la convention interaméricaine des droits de l'homme). Le troisième et dernier vecteur qui résulte des précédents est bien évidemment les progrès de l'État de droit, du

---

distincte de ces deux autres régimes ». Plusieurs voix doctrinales se sont interrogées sur la pertinence de cet argument (not. F. Lénica et J. Boucher, *AJDA* 2007, p. 585 ; P. Cassia *AJDA* 2007, p. 1097).

<sup>5</sup> M. Deguegue, *op. cit.*

*rule of law*, du Rechtsstaat, ou encore de l'Estado de direito qui, dans leurs acceptions actuelles, intègrent la responsabilité de la puissance publique comme l'une de leurs composantes<sup>6</sup>.

La reconnaissance de cette responsabilité publique est passée par l'adoption de textes, mais c'est la jurisprudence qui a le plus souvent fixé les fondements de la responsabilité (1). Parmi eux, c'est la faute (2) qui occupe la place centrale par rapport à la responsabilité sans faute (3), tandis que l'influence des systèmes supranationaux a contribué à en favoriser l'apparition de nouveaux (4).

(1) L'identification des fondements : sources textuelles et jurisprudentielles

a. Les textes

Quel que soit l'État dans lequel nous nous situons, un ensemble de législations a été adopté pour établir une base textuelle à l'engagement de la responsabilité de la puissance publique. Son identification contribue non seulement à en rappeler l'économie sommaire, mais aussi à savoir si une responsabilité de la puissance publique autonome des droits civil et pénal, voire disciplinaire est discernable.

En Allemagne, depuis le début du XXe siècle, c'est le Code civil qui régit la responsabilité pour faute du fonctionnaire (§ 839 *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB). La Loi Fondamentale de 1949, en son article 34, pose le principe général de l'obligation pour la personne publique de réparer le dommage. Le fonctionnaire est protégé (le voisin polonais a également introduit une telle disposition dans sa Constitution). Il résulte de ces textes que le fondement de la responsabilité naît d'une relation subjective dont le contentieux relèvera le cas échéant de la compétence du juge civil.

En Espagne, la responsabilité des personnes publiques pour un manquement d'un agent à ses obligations est reconnue dès 1931. Une loi sur l'administration locale de 1950 disposait également que les fautes et les négligences graves dans l'exercice de certains pouvoirs pouvaient engager la responsabilité. Ces réglementations ont été peu appliquées et la source historique de la responsabilité contemporaine de la puissance publique est la loi du 16 décembre 1954 relative à l'expropriation. Elle établit un fondement objectif à la responsabilité dans la mesure où elle concerne l'indemnisation de tous les préjudices patrimoniaux subis par les particuliers par l'action normale ou anormale de l'administration, cette dernière jouissant d'une action récursoire contre l'agent. La Constitution de 1978 reprend le principe de la responsabilité publique (article 106.2), tandis que la loi 30/1992 consacre l'autonomie du droit de la responsabilité publique par rapport au droit civil (voy. également au Portugal la loi du 31 décembre 2007).

En Italie, le texte fondamental est l'article 2043 du Code civil qui a servi de base à l'engagement de la responsabilité des fonctionnaires, qui est aussi reconnue à l'article 28 de la Constitution.

En Belgique, l'État de droit a progressé depuis les années 1970 par l'adoption des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » permettant de condamner l'administration pour les dommages causés par son fait non fautif. Cette loi a été complétée en 2014 par un article 11 bis qui donne à la juridiction administrative la compétence d'indemniser les conséquences de l'illégalité d'un acte administratif dans le cadre d'un recours en annulation. Le régime de la faute relève principalement de la compétence du juge civil qui a élaboré le droit belge de la responsabilité pour action fautive de l'administration.

---

<sup>6</sup> D. Fairgrieve, État de droit et Rule of law : comparative concepts, in A. Antoine (dir.), *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, Société de Législation Comparée, coll. Colloques, vol. 27, 2015, p. 187.

En Suède, si les prémices de la responsabilité sont à trouver dans la législation pénale, une loi de 1972 modifiée en 1989 et en 1998 reconnaît le principe général de responsabilité publique fondé sur la faute. Le juge civil est compétent en principe, le Chancelier de la Justice ayant également la possibilité de se prononcer sur les questions de responsabilité de l'État.

Aux Pays-Bas, la responsabilité est une œuvre jurisprudentielle. Elle a pourtant connu un premier écho textuel en 2013 par la détermination législative des conditions procédurales de la mise en jeu de la responsabilité qui peut être présentée soit devant un juge civil, soit devant le juge administratif (loi sur les décisions illicites du 1<sup>er</sup> juillet 2013). À la même date a été adoptée la loi sur l'indemnisation des nuisances causées par l'action licite de l'administration, non entrée en vigueur à ce jour. Elle reconnaît un mécanisme de responsabilité objective sans faute par référence à la rupture d'égalité entre les citoyens.

Au Royaume-Uni, pays de *common law*, le juge a créé les régimes de responsabilité, qui ne diffèrent pas en fonction de la nature de la personne en cause (égalité que reflète l'organisation juridictionnelle du *Crown Proceedings Act* de 1947).

Au Mexique, en Argentine et en Colombie, l'influence des droits européens continentaux (français et allemand tout particulièrement), explique la construction originelle d'un droit de la responsabilité sur des textes civilistes (*Código Civil de Colombia*, art.1928 ; *Código Civil de México*, art. 1928 ; *Código Civil de Argentina*, art 1112). L'émancipation progressive des textes écrits et de l'inspiration européenne s'est faite par la jurisprudence. À l'époque contemporaine, des lois ont pour objet la consécration du lien consubstantiel entre le principe de responsabilité et l'État de droit (Mexique). En Argentine, la loi du 2 juillet 2014 affirme l'autonomie du droit public de la responsabilité de nature objective.

Enfin, aux États-Unis, le *Federal Tort Claims Act (FTCA)* de 1946 fixe les règles de responsabilité de l'État fédéral. Les États fédérés disposent quant à eux de la compétence pour établir leur propre régime de responsabilité. Le *FTCA* rappelle que seuls les tribunaux fédéraux sont compétents pour engager la responsabilité de l'État fédéral. S'il n'existe pas d'ordre juridictionnel dédié à l'activité administrative, des spécificités procédurales sont identifiables comme l'absence de jury ou l'obligation d'un recours préalable auprès de l'administration compétente.

Les dispositifs légaux évoqués sont ceux qui ont une portée générale. Ils sont complétés par des textes particuliers en raison de la nature de telle ou telle activité (Suède, Italie, Belgique) ou lorsque sont prévus des mécanismes de socialisation des risques (France, Royaume-Uni, Belgique par ex.).

**La mention de ces exemples permet de tirer cinq enseignements :**

- **une progression des sources textuelles de la responsabilité ;**
- **des fondements le plus souvent subjectifs, malgré une orientation manifeste vers l'objectivation ;**
- **des textes visant souvent à établir un régime procédural spécifique distinct du droit commun ;**
- **la constitutionnalisation possible de la responsabilité publique ;**
- **l'absence de régimes de responsabilité publique complètement autonomes des droits civil ou pénal (y compris en France pour certaines activités qui relèvent du juge civil en application, par exemple, du principe de bonne administration de la justice).**

## b. La jurisprudence

La responsabilité de la puissance publique apparaît principalement comme une œuvre jurisprudentielle, soit à partir des textes de droit civil ou de droit pénal (Italie, Belgique) soit *ex nihilo* à partir de la jurisprudence relative aux relations entre l'Administration et les particuliers (Royaume-Uni, France).

À partir d'illustrations issues de quatre États, l'importance de la jurisprudence peut-être relevée en mettant en lumière des dates contentieuses majeures qui sont systématiquement mentionnées par les auteurs pour expliquer les fondements et le régime de la responsabilité publique.

- En Italie, c'est la décision de la Cour de cassation de 1999 n° 500/1999 qui conduit à distinguer deux fondements de la responsabilité, l'un subjectif, l'autre objectif. En vertu de cet arrêt, le juge administratif est compétent pour tout acte qui lèse des intérêts légitimes de l'administré (*interressi legittimi*) et qui résulte d'une décision administrative illicite (refus d'octroi d'un permis, d'une licence, retard de l'action administrative, perte d'une chance par exemple). Toutefois, le juge administratif doit toujours établir son raisonnement sur l'article 2043 du Code civil. La reconnaissance de la compétence du juge administratif a favorisé l'émergence d'une jurisprudence de plus en plus originale du Conseil d'État par rapport à celle de la Cour de cassation, quand bien même l'article 2043 continue d'en être la base juridique.

L'autre fondement, subjectif, s'inscrit dans le cadre de la responsabilité classique : dès lors qu'il est porté atteinte à un droit subjectif, l'administration qui commet une faute doit la réparer au même titre que n'importe quel particulier dans des relations privées. Le juge judiciaire est alors compétent. Cette répartition des compétences s'est traduite par la loi de 2000 et a été confirmée par le Code du procès administratif de 2010.

- En Belgique, une série de grands arrêts ont émaillé l'histoire de la responsabilité de la puissance publique. Le premier, l'arrêt *La Flandria*, remonte à 1920 et fixe le fondement politique d'un régime de responsabilité applicable à l'administration. L'immunité dont elle bénéficiait sur le fondement de la théorie de la séparation des pouvoirs est écartée au profit de la compétence du juge judiciaire pour protéger tout droit civil violé, y compris par la puissance publique. La Cour de cassation retient l'article 1382 du Code civil pour engager la responsabilité. Malgré cette proposition de principe, la jurisprudence a eu des difficultés à se départir de l'ancien régime d'impunité. La confrontation entre la tradition historique et l'énoncé juridique nouveau a formé le régime de la responsabilité publique qui demeure plus restrictif que le droit commun. Les jurisprudences actuelles laissent désormais percevoir un net assouplissement en faveur d'un engagement de la responsabilité de la puissance publique plus aisé. Par ailleurs, par l'arrêt du 4 janvier 1973, la Cour de cassation a consacré, en l'absence d'une norme imposant un comportement déterminé, un devoir général de prudence de l'administration dont l'atteinte est constitutive d'une faute. Nous verrons que la reconnaissance de la responsabilité du législateur et des juridictions sont aussi l'œuvre du juge.

- Au Royaume-Uni, c'est naturellement le juge qui a étendu les fondements de la responsabilité de droit commun (par ex. *Rylands v Fletcher*, (1868) LR 3 HL 300) aux activités de la puissance publique. Il a ainsi retenu la possibilité de mobiliser un *tort* (ingérence dans le droit des particuliers) contre la puissance publique (*Smeaton v Ilford Corporation* [1954] Ch 450 ; *Pride of Derby v British Celanese* [1953] Ch 149 ; *R v Minister of Agriculture and Fisheries ex p. Padfield* [1968] UKHL 1) et développé des fondements applicables au seul contexte administratif (*breach of statutory duty* et *breach of a duty of care* ; *Bedfordshire County Council* de 1995 ([1995] 2 AC 633, 731D ; *misfeasance in public office*, *Watkins v Secretary of State for the Home Department* [2006] 2 All ER 353).

- Aux États-Unis, l'étendue de la responsabilité de la puissance publique dépend largement du pouvoir discrétionnaire dont les contours sont « imprécis »<sup>7</sup>. Le flou qui résulte de la loi de 1946 a permis à la Cour suprême de délimiter l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire. En 1988, après une période instable, l'arrêt *Berkovitz by Berkovitz v United States*<sup>8</sup> semble proposer un raisonnement en deux étapes pour en établir l'existence (détermination de la marge de manœuvre ; si elle est identifiable, vérifier la présence de motifs de politiques économiques, sociales ou stratégiques). Quelques années après, la Cour suprême étend l'exception de responsabilité fondée sur le pouvoir discrétionnaire par la jurisprudence *Gaubert*<sup>9</sup> en ajoutant les actions susceptibles de relever d'une analyse politique.

- En Argentine, la théorie de l'irresponsabilité de l'Etat est abandonnée en 1933 par l'arrêt « *Tomas Devoto y CIA* » de la Cour Suprême fédérale. Dès lors, un régime de responsabilité objective s'instaure en couvrant notamment la responsabilité pour erreur législative, judiciaire et administrative de l'Etat. L'œuvre de la doctrine, inspirée par le droit administratif français, doit en l'espèce être soulignée à côté de celle de la Cour Suprême fédérale pour construire les fondements de l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers en raison de l'activité licite ou illicite de l'Etat : l'enrichissement sans cause de l'Etat, la théorie *des droits acquis* qui limite le pouvoir de l'administration, *l'égalité face aux charges publiques*, l'Etat débiteur, *l'expropriation forcée* et *l'assurance générale de la société*. En Colombie, l'autonomisation du droit de la responsabilité administrative sur des fondements à la fois subjectif et objectif découle de l'arrêt du 2 novembre 1960 du Conseil d'Etat, *Responsabilidad por dano causados a propiedad en operaciones militares de orden publico* (à partir des articles 16, 30, 31, 36 de la Constitution de 1886) et plus tard des arrêts des 24 août 1992, 30 juillet 1992 et 14 février 1995 (article 90 de la Constitution de 1991). Là encore, l'influence du droit administratif français est remarquable.

**Les cas évoqués emportent deux remarques. En premier lieu, le caractère jurisprudentiel révèle une certaine difficulté à autonomiser les fondements de la responsabilité publique. En second lieu, une fois acquise, l'autonomisation souvent partielle passe par une élaboration au coup par coup du régime juridique sans volonté réelle de systématisation autour de principes clairs et sans possibilité de construire une véritable politique jurisprudentielle. La même incertitude s'impose pour l'approche de la faute.**

## (2) La faute

Malgré l'extension de régimes de responsabilité objective sans faute et leur place centrale dans certains systèmes juridiques (Espagne), l'un des points communs entre les différents États est la position dominante de la faute comme fondement de la responsabilité.

À travers les exemples italien, belge, allemand, hollandais, et suédois, il est possible d'identifier une grande variété d'approches de la faute.

- Pour le droit italien, la faute trouve son origine dans tout acte ou action illicite qui viole un droit subjectif ou un intérêt légitime (préjudice au « bien de la vie »<sup>10</sup>). Cette présentation en apparence simple est parfois ardue dans son application. À cela s'ajoute l'œuvre du Conseil d'Etat qui ne

<sup>7</sup> Ph. Pradal, La responsabilité extracontractuelle de l'administration fédérale aux États-Unis. Le *Federal Tort Claims Act* et le pouvoir discrétionnaire, *RFAP* 2013, n° 47, p. 710

<sup>8</sup> 486 U.S. 531, 108 S. Ct. 1954, 100 L.Ed.2d 531 (1988).

<sup>9</sup> *United States v Gaubert*, 499 U.S. 315, 111 S.Ct. 1267, 1274, 113 L.Ed.2d 335 (1991).

<sup>10</sup> Selon Aldo Travi, la Cour de cassation l'envisage ainsi en 1999 : « l'intérêt matériel que le citoyen cherche à acquérir en agissant en justice sur le fondement de son intérêt légitime : c'est la propriété de l'immeuble, dans le cas d'un décret d'expropriation ; la construction du bâtiment, en cas de refus d'un permis de construire, etc ».

retient pas la même conception de la faute que la Cour de cassation. La Haute juridiction judiciaire s'en tient à l'énoncé de l'article 2043 du Code civil qui fait référence aux agissements contre le droit (illicéité) résultant d'une faute ou d'un dol. Pour le Conseil d'État, le requérant qui argue de la violation d'un intérêt légitime n'a pas à prouver la faute. C'est à l'administration de démontrer qu'elle n'a pas commis de faute ou qu'elle a commis une faute excusable qui peut découler de l'imprécision du droit. Un tel positionnement fait l'objet de critiques, car il revient à inverser la logique du Code civil. Nous pourrions y voir une nouvelle étape d'un régime de responsabilité administrative de plus en plus autonome.

- Le droit belge suscite les mêmes débats. La Cour de cassation définit la faute ainsi dans un arrêt du 21 décembre 2007 : « la faute de l'autorité administrative, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager sa responsabilité, consiste en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée. » Les premières lignes renvoient clairement à une obligation de diligence ou à une forme de standard de comportement de l'administration dans l'exercice de ses activités, proche du bon père de famille. L'expression d'« erreur de conduite », par sa dimension assez floue, invoque une acception large de la faute. Il en découle un affrontement entre deux écoles quant aux fondements de la responsabilité : ceux qui considèrent qu'il existe une adéquation complète entre l'illicéité et la faute, et ceux qui soutiennent leur dissociation. Pour ces derniers, il faut distinguer deux cas : lorsque l'on est en présence d'une norme qui impose des obligations de résultat, l'illicéité est automatiquement constitutive d'une faute. En revanche, si la norme ne fixe à l'administration que des obligations de moyens, la violation constitutive d'une illicéité ne sera pas toujours susceptible d'engager la responsabilité (sauf si la faute relève, en dehors du cadre normatif, d'une erreur de conduite non excusable). Il peut donc en résulter des situations où un acte illégal, tout en créant un préjudice, n'est pas fautif, ce qui exclut la responsabilité. En particulier, lorsque la loi n'est pas précise, il faut prouver l'atteinte caractérisée au devoir de prudence. Ceci n'est pas sans rappeler le droit de l'Union européenne qui exige, dans le cadre de la responsabilité des institutions, une infraction suffisamment caractérisée au droit de l'Union (TPIU, 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepaban*, T-384/11).

- En Allemagne, la nature secondaire de l'action en responsabilité induit que la faute de l'administration n'est soumise au juge civil que si l'action primaire - c'est-à-dire celle qui vise à obtenir devant le juge l'annulation d'un acte ou son édicton - a échoué. L'action secondaire devant le juge civil est mise en œuvre sur le fondement du comportement fautif du fonctionnaire qui seul peut entraîner la réparation intégrale. Le droit allemand reconnaît également la remise en l'état d'un bien ou d'une situation qui découle d'une atteinte aux droits subjectifs de la victime par une action illicite ponctuelle ou durable

- Aux Pays-Bas, la responsabilité est en principe fondée sur un acte illicite. Il existe aussi une responsabilité sans faute résultant d'un acte licite (voy. *infra*). Dans le premier cas, qui conduit à retenir la compétence du juge civil, l'illicéité répond aux mêmes critères de la faute qu'en droit civil. Il s'agit d'une faute simple, mais la doctrine a pu identifier des régimes de responsabilité particulièrement drastiques comme pour des contrôles défectueux permettant le rapprochement avec la faute lourde.

- En Suède, la faute ou la négligence est envisagée dans trois contextes : la gestion privée (dont relève la faute des agents en dehors de l'activité d'autorité publique), la délivrance d'informations

ou de conseils erronés et « l'exercice des pouvoirs d'autorité dans le cadre d'activités dont l'État ou la commune répondent de l'accomplissement » (dommages rattachables à une décision administrative, faute de service dans l'exercice des pouvoirs d'autorité). Dans un premier temps, le législateur et le juge ont encadré assez restrictivement les conditions d'identification de la faute ou de la négligence, mais les réformes de 1989 et de 1998 les ont assouplies. Il est intéressant de constater que l'extension des fondements a été un moyen d'accroître la responsabilisation de la puissance publique dans une optique de bonne administration (information des citoyens, délais, efficacité des procédures, sécurité juridique etc.). La réforme sur la responsabilité de la puissance publique s'est d'ailleurs doublée d'une codification de la procédure administrative. Il en résulte que la faute est indifféremment retenue selon qu'elle découle d'une faute subjective d'un agent ou d'une organisation déficiente du service de nature plus objective. En dernier lieu, l'engagement de la responsabilité dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'autorité permet de saisir l'empirisme du juge qui va, en fonction des situations, être plus ou moins souple sans qu'il soit possible d'admettre plusieurs degrés de faute.

- Au Royaume-Uni, toute illégalité n'emporte pas de faute : encore faut-il que soit identifiée une négligence appréciée au regard des obligations et contraintes professionnelles de l'agent. Pour certaines activités, la faute doit en conséquence être qualifiée. Le *tort de misfeasance in public office* n'est envisageable qu'en présence d'une faute qualifiée, voire lourde. Ceci ne saurait conduire à exclure le constat selon lequel le domaine de la faute simple s'étend, comme en matière de police. Nous retrouvons la même tendance en Espagne où un acte administratif illégal peut ne pas engager la responsabilité, l'illégalité n'affectant pas le bien-fondé de la décision ou n'étant pas considérée comme excessive eu égard à la « marge de tolérance » qui peut être accordée à la puissance publique. Dans le même esprit, en Allemagne, la faute (dont la caractéristique essentielle est d'être injustifiable) n'est pas totalement assimilable à l'illicéité qui est un manquement à une obligation. L'illégalité n'est alors pas systématiquement analysée comme une faute.

- Pour les organisations supranationales, les conditions d'engagement de la responsabilité sont encore plus abscondes - lorsqu'elles existent. Tel est le cas de l'Union européenne qui peut voir sa responsabilité engagée dans le cadre de son activité normative notamment. L'originalité du régime juridique tient aux modalités de mise en œuvre du droit de l'Union qui mobilise les institutions supranationales, d'une part, et les États membres, d'autre part. Si le principe de responsabilité des autorités normatives étatiques ou communautaires a été consacré sans difficulté, l'analyse de la jurisprudence révèle que les dommages causés par les actes d'exécution sont le plus souvent imputés aux États membres. Le plus essentiel tient peut-être à ce que la Cour de Justice exige une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union pour engager la responsabilité des institutions étatiques ou de l'Union lorsqu'elles ne se trouvent pas en situation de compétence liée. L'admission d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit de l'Union implique en outre la reconnaissance d'une immunité juridictionnelle à leur profit. Des progrès sont envisageables. Les organisations supranationales n'ont pas encore complètement intégré le principe de responsabilité pour leur activité normative au sens large - qu'elle résulte de décisions de nature administrative ou juridictionnelle.

**Pour conclure sur ce point, malgré la place centrale de la faute qui trouve son siège dans le comportement illicite d'un agent, dans l'organisation défaillante d'un service ou dans une illégalité, les acceptions multiples retenues dans les divers systèmes juridiques empêchent d'en fournir une définition transversale. En outre, le pragmatisme qui prévaut dans l'engagement de la responsabilité de la puissance publique exclut l'impossibilité de catégoriser les différents degrés de faute. Si la faute simple domine, certaines activités impliquent la démonstration de fautes qualifiées. Inversement, la notion d'illicéité ou**

**d'illégalité admise par plusieurs États n'induit pas des approches similaires, notamment lorsqu'il s'agit d'en déduire automatiquement l'existence d'une faute. La difficulté d'établir une conception unique de la faute rejait logiquement sur les cas de responsabilité sans faute.**

(3) La responsabilité sans faute

En principe exceptionnelle, la responsabilité sans faute de la puissance publique occupe une place de plus en plus importante dans les différents systèmes juridiques étudiés, hormis aux États-Unis où le *Federal Tort Claims Act* l'exclut explicitement. Elle implique le plus souvent la réunion de conditions particulières.

- En Espagne, l'administration en charge du service public ou qui est le siège de l'activité ayant produit un dommage doit répondre directement des préjudices subis. La recherche de l'auteur et de sa responsabilité personnelle en raison d'une faute de service ou d'une négligence n'est pas indispensable. En revanche, si une faute personnelle est retenue, la responsabilité objective ne s'applique pas. Elle est engagée dès lors qu'est identifié un préjudice anormal et spécial. Le caractère objectif de la responsabilité de l'administration ne doit pas masquer une certaine forme de subjectivation dans les conditions de mise en œuvre. Lorsqu'est en cause un comportement d'une autorité publique, la jurisprudence établit un lien entre l'obligation juridique de supporter un dommage et les caractéristiques de l'action dommageable. Les particuliers ne sont ainsi tenus d'endurer les conséquences d'une activité administrative que si elles sont raisonnables, ne font courir qu'un risque normal et ne produisent le cas échéant que des dommages limités et proportionnés. Le préjudice doit donc être réparable au regard de ces standards. Cela implique une appréciation subjective qui conduit à écarter une automaticité entre la constatation du dommage et la réparation. Indirectement, ce cadre juridique aboutit aux mêmes effets que si la distinction entre responsabilités pour faute et sans faute s'imposait.

- En droit belge, rappelons que la faute ne résulte pas automatiquement de l'illégalité. La loi de 2014 a instauré au bénéfice des requérants un moyen d'obtenir une « indemnité réparatrice » en cas d'illégalité constitutive ou non d'une faute en tenant compte des intérêts publics et privés en présence. Le Conseil d'État belge est aussi compétent « pour statuer en équité sur le dommage exceptionnel causé non fautivement par une autorité administrative »<sup>11</sup>.

- Aux Pays-Bas : en matière de responsabilité du fait d'un acte licite, le critère admis est la rupture d'égalité devant les charges publiques. Le Conseil d'État en a énoncé le principe pour des décisions administratives d'autorités indépendantes dans sa décision *Van Vlodrop* du 6 mai 1997. La Cour de cassation a fait de même dans un arrêt *Staat/Lavrijsen* du 30 mars 2001. Le préjudice doit être anormal et spécial. Plusieurs textes régissent des régimes de responsabilité sans faute, tout particulièrement pour la planification urbanistique et environnementale.

- Le droit suédois est sur ce point assez proche des règles hollandaises, puisque la responsabilité objective est retenue dans les domaines de l'électricité, des chemins de fer, ou de l'énergie nucléaire. Ce régime est aussi applicable pour les préjudices patrimoniaux et moraux causés à la suite d'une détention injustifiée et pour les dommages aux personnes ou aux biens résultants d'actions policières et douanières (forme de responsabilité pour risque).

---

<sup>11</sup> L. Donnay, M. Pâques, L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables, in D. Renders (dir.), *op. cit.*, p. 134.

- Le droit allemand admet également qu'un acte licite ouvre droit à indemnisation dès lors qu'il est porté atteinte à des droits patrimoniaux au sens de l'article 14 de la Loi Fondamentale<sup>12</sup>. Un dédommagement est envisageable également pour le sacrifice particulier (i. e. le préjudice anormal) en cas d'atteinte à des droits extrapatrimoniaux entraînant un préjudice patrimonial. Enfin, l'indemnisation est prévue dans le cadre de la théorie de quasi-expropriation.

- Au Royaume-Uni, l'impossibilité d'engager la responsabilité pour illégalité sur le fondement de la faute d'un agent a favorisé la construction d'une forme de responsabilité sans faute. Le *tort* de *breach of statutory duty*, qui se rapproche en partie de la responsabilité pour violation d'une norme, n'a pas besoin d'une faute pour être reconnu (*X (Minors) v Bedfordshire County Council* préc.). La jurisprudence adopte cependant une conception restrictive de ce *tort*. En dehors du *common law*, la prise en compte par le législateur des risques liés aux nouvelles activités humaines a suscité l'instauration de régimes de responsabilité sans faute qui est notamment passée par la transposition de la directive européenne sur les produits défectueux.

**Il n'est pas utile de décupler les exemples pour apprécier la contribution des régimes fondés sur l'absence de faute au mouvement d'extension de la responsabilité de la puissance publique. En filigrane s'identifient le plus souvent les fondements classiques de la responsabilité sans faute : le risque et la rupture d'égalité. À ces cas s'ajoutent le recul des situations d'irresponsabilité (voy. la France, la Belgique et le Royaume-Uni) et la multiplication des mécanismes de solidarité qui ont permis, par exemple, d'indemniser les dommages relatifs aux contaminations par le virus du SIDA ou des vaccinations. Pour en revenir aux fondements *stricto sensu*, les systèmes supranationaux ont tout autant favorisé la responsabilisation de la puissance publique.**

(4) L'influence des systèmes supranationaux et l'extension des fondements de la responsabilité de la puissance publique : les responsabilités du fait de légiférer et de juger.

Le quatrième et dernier thème couvre deux aires géographiques : l'Europe et l'Amérique du Sud. Toutes deux disposent d'organisations supranationales qui ont eu une influence sur la responsabilité de la puissance publique.

Le droit de la Convention interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) admet un standard régional de responsabilité administrative à partir de la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement de la justice (articles 8 et 10 de la CIDH ; principes de responsabilité de l'État, de protection de la victime et de réparation intégrale du dommage). La prise en compte de la convention a favorisé une transition d'une responsabilité limitée, voire exclue, vers un modèle de responsabilité administrative constitutionnalisées. Cette évolution a suscité l'émergence d'un contrôle de conventionnalité qui a pour résultat le développement d'une justice équitable aux niveaux national et régional.

L'effet des droits supranationaux sur les régimes de responsabilité ne va pourtant pas toujours de soi. Le système de la Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaît ainsi aucun régime de responsabilité précis considéré comme étant un vecteur nécessaire à son respect par les États parties. En revanche, l'arrêt *Loizidou* pose le principe selon lequel « le principe de responsabilité est consubstantiel à l'appartenance de l'État membre à l'ordre public européen des droits de l'homme »<sup>13</sup>. La jurisprudence de la Cour, même si elle tolère quelques exceptions, a contribué à faire reculer les zones d'irresponsabilité comme pour les activités de police au Royaume-Uni (Cour eur. dr. h., 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*).

<sup>12</sup> En relève, par exemple, l'atteinte expropriante.

<sup>13</sup> CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/Turquie*, req. n° 15318/89.

À l'échelon européen, l'influence supranationale est double, car elle résulte des droits de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. À l'instar de l'Amérique du Sud, l'application des droits supranationaux a permis l'émergence de formes inédites de responsabilité de la puissance publique au-delà de l'administration. En effet, elle permet aux requérants d'engager la responsabilité de l'État dans l'exercice de ses fonctions législatives et juridictionnelles. Dépassant l'horizon du droit administratif, ces deux nouvelles manifestations de la responsabilité étatique sont ici traitées dans la seule mesure où elles impliquent l'intervention de juges administratif ou constitutionnel.

(a) La responsabilité du fait de juger

La responsabilité du fait de juger, envisagée ici sous deux angles - le dysfonctionnement de la justice (délais, déni) ou la faute que constitue un jugement rendu en violation d'un droit supranational - mêle souvent des dispositifs législatifs spéciaux et l'œuvre jurisprudentielle. Tel est d'abord le cas en Belgique où certaines insuffisances de la justice sont abordées par des lois, tandis que la responsabilité relevant d'un acte juridictionnel a été reconnue par l'arrêt *Anca* de la Cour de cassation du 19 décembre 1991.

L'Allemagne admet dès le début du XXe siècle une responsabilité du fait de juger découlant de l'attitude personnelle du magistrat. Cette action a toutefois connu peu de développements à l'époque. À partir des années 1980, la jurisprudence impose que l'accès à la justice soit garanti et que celle-ci soit rendue dans des délais raisonnables, et ce sans référence à la Convention européenne des droits de l'homme (BVerfGE 55, 349 (369), 16 décembre 1980). Deux fondements sont évoqués par la Cour constitutionnelle : l'article 20 III de la Loi Fondamentale (principe de l'État de droit) et l'article 19 IV (« quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel »). Malgré ce substrat *a priori* favorable à la responsabilité du fait de juger, l'Allemagne a souvent été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour non-respect du délai raisonnable du jugement. Pour plus d'efficacité, une loi a été adoptée le 24 novembre 2011 afin de prévoir explicitement une indemnisation en cas de retard<sup>14</sup>. Cette responsabilité n'est pas fondée sur la faute. Il s'agit d'une responsabilité *sui generis* selon le Gouvernement allemand. La doctrine envisage parfois la qualification de responsabilité pour illicéité ou, au contraire, de responsabilité du fait des activités licites, aucune illégalité ne devant être prouvée. Plus rares sont ceux qui considèrent que cette responsabilité est fondée sur le risque.

L'Italie disposait également d'une loi spéciale sur le service public de la justice : la loi n° 117 du 13 avril 1988 sur la réparation des dommages causés dans l'exercice des fonctions juridictionnelles et la responsabilité civile des magistrats. Elle s'appliquait « à tous les membres des magistratures de droit commun, administrative, financière, militaire et spéciale, qui exercent une activité juridictionnelle, indépendamment de la nature des fonctions, ainsi qu'aux autres personnes qui participent à l'exercice de la fonction juridictionnelle ». Pour engager la responsabilité, il fallait subir un dommage injustifié résultant d'un comportement, d'un acte ou d'une mesure judiciaire prise par un magistrat auteur d'un dol ou d'une faute grave dans l'exercice de ses fonctions, ou en raison d'un déni de justice. Tout comme en Allemagne, la mise en œuvre du texte n'a pas permis d'engager facilement la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement de la justice. L'influence des droits de la Convention et de l'Union européenne a provoqué en Italie les mêmes changements que pour le reste de l'Europe. En particulier, la loi n° 18 du 27

---

<sup>14</sup> La reconnaissance d'un régime spécifique de la faute pour dysfonctionnement du service de la justice n'est pas généralisée : voy. le cas de la Belgique (J. Van Compernelle, G. De Leval, La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats, *in* D. Renders (dir.), *op. cit.*, p. 191).

février 2015 prévoit que la violation manifeste de la loi ou du droit de l'Union européenne est constitutive d'une faute lourde qui peut entraîner la responsabilité de la justice italienne.

Malgré ces avancées, le fait de juger n'est pas une cause fréquente de la responsabilité de la puissance publique. Par exemple, le juge hollandais n'a pas encore fait application de la jurisprudence *Köbler* de la CJUE en vertu de laquelle la responsabilité de l'État pour le dommage découlant d'une « violation manifeste » du droit de l'Union européenne par un juge suprême national devrait être engagée. En Suède, il est pratiquement impossible de retenir la responsabilité des juridictions suprêmes, car on estime qu'aucune autorité n'est compétente pour se prononcer sur un tel recours. Une seule situation est envisageable : lorsque le jugement considéré comme préjudiciable a été abrogé ou modifié. Le requérant doit au préalable se pourvoir en révision ou faire usage d'une autre voie de recours extraordinaire afin de faire constater le caractère fautif de la décision. Un régime juridique similaire était identifiable en Belgique jusqu'en 2014 en dehors du cas d'une violation des droits européens. L'acte juridictionnel ne pouvait engager la responsabilité de l'État que si la décision litigieuse avait été retirée, réformée, annulée ou rétractée par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'était plus, dès lors, revêtue de l'autorité de la chose jugée (arrêt *Anca* préc.). Ces restrictions n'empêchaient toutefois pas de prévoir la réouverture d'un contentieux pénal, même tranché par la Cour de cassation, en cas de méconnaissance reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme comme en dispose le Code d'instruction criminelle belge. Bien que la jurisprudence *Anca* continue de s'appliquer, la Cour constitutionnelle belge, dans une décision du 30 juin 2014, la dépasse en considérant que « le juge de la responsabilité peut condamner l'État en raison d'une faute commise dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle lorsque la faute constitue une violation suffisamment caractérisée des règles de droit qui lui sont applicables et que cette faute ne permet pas, eu égard aux voies de recours limitées ouvertes à l'encontre de ladite décision, d'en obtenir l'anéantissement ». Avec cette décision majeure, le droit belge admet une responsabilité originale pour faute caractérisée de l'activité juridictionnelle, au-delà des cas de violation des droits européens.

Le caractère *sui generis* de la responsabilité du fait de juger n'est pas toujours identifiable. En Espagne, le service public de la justice est soumis aux mêmes règles d'engagement de la responsabilité que pour les autres activités publiques (que ce soit pour une durée excessive de la procédure ; des notifications défectueuses ; des pertes d'objets saisis ; de faute grave ou de dol imputables à un ou des magistrats).

**À titre conclusif, il convient de remarquer que la majorité des ordres juridiques ont des difficultés à trouver un fondement de la responsabilité du fait de juger. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme envisage ainsi l'obligation de réparation comme une conséquence directe de la violation conventionnelle sans exiger de faute, conformément à la propension du droit international de retenir une conception objective de la responsabilité de l'État.**

(b) La responsabilité du fait de légiférer

La reconnaissance des conséquences dommageables des activités du législateur par le juge est le dernier volet d'un triptyque de responsabilités qui couvre désormais les trois fonctions de la puissance publique. À l'instar de la responsabilité du fait de juger, celle de légiférer suscite des débats quant à ses fondements. Pour de nombreux auteurs, que ce soit en France ou en Belgique par exemple, une faute n'est pas forcément identifiable et, de surcroît, la non-conformité à une norme supérieure n'est pas toujours assimilable à une faute. C'est ainsi que la Cour de cassation belge a estimé que la violation de la Constitution constatée par la Cour constitutionnelle n'était

pas une faute *per se* (10 septembre 2010, n° F.09.0042.N.). Quel que soit le système dans lequel nous nous plaçons, et dès lors qu'est admise une telle responsabilité, plusieurs situations permettent de caractériser le fondement :

- lorsqu'aucune violation d'une norme supérieure (constitutionnelle, européenne ou internationale) n'est en cause, la responsabilité sans faute peut être retenue sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Tel est le cas de la France où un préjudice anormal et spécial est exigé. Le droit espagnol s'en rapproche puisque le dommage qui excède ce que les administrés sont tenus de supporter dans l'intérêt général dont la loi est porteuse implique une réparation<sup>15</sup> ;
- quand une violation est relevée, la responsabilité pour faute est admise. Aux Pays-Bas, la faute engageant la responsabilité n'est envisageable que lorsque la loi formelle enfreint les droits européens et internationaux. Ce fondement découle de l'article 94 de la Constitution qui reconnaît l'inapplication des normes qui ne sont pas compatibles avec les traités ou les décisions d'organisations de droit international public. La non-conformité éventuelle à la Constitution ne saurait aboutir à engager la responsabilité dans la mesure où il n'existe pas aux Pays-Bas de contrôle de constitutionnalité (l'article 120 de la Constitution le proscrit explicitement). En Suède, si le législateur est en principe irresponsable, le citoyen peut exceptionnellement agir si une abrogation ou une modification d'une législation irrégulière ou une violation du droit européen sont survenues. En Espagne, toute violation d'une norme supérieure forme un dommage illégitime<sup>16</sup>. La faute est parfois difficile à caractériser, hormis les contentieux mettant en cause une norme supranationale. La jurisprudence de la Cour de cassation belge de 2006, *Ferrara*, qui semble retenir l'automatisme du lien entre violation normative et faute, est moins catégorique dans son arrêt de 2010 précité. Une partie de la doctrine en a déduit que la faute devait être qualifiée. Pour d'autres auteurs, il faudrait s'en référer au « comportement que l'on peut attendre d'un législateur normalement prudent et diligent placé dans la même situation »<sup>17</sup>.
- des textes législatifs doivent prévoir explicitement des mécanismes de responsabilité relatifs à la réparation des préjudices qu'ils créent, comme en Espagne en vertu de la loi 30/1992 du 30 novembre 1992 (article 139.3 remplacé par l'article 32.3 de la loi 40/2015 du 1<sup>er</sup> octobre 2015).

Certains États ont pu varier sur les fondements à retenir pour mettre en cause la responsabilité du législateur. En Allemagne, elle a été un temps reconnue par le juge sur le fondement d'un régime de responsabilité pour illicéité<sup>18</sup> (la responsabilité sans faute a toujours été exclue). La Cour de justice fédérale a ensuite opéré un retour en arrière<sup>19</sup>. Le droit de l'Union européenne a toutefois favorisé l'émergence d'un fondement et d'un régime juridique spécifiques (*der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch*) en reprenant les conditions posées par la Cour de Justice dans les arrêts *Francovich* de 1991 et *Brasserie du Pêcheur* de 1996<sup>20</sup>. C'est donc une responsabilité de l'État pour illicéité à l'aune du droit de l'Union – mais uniquement pour ce droit – qui prévaut, comme pour la majeure partie des États membres au premier rang desquels figure le Royaume-Uni<sup>21</sup> ou l'Espagne<sup>22</sup>. En ce qui concerne le Royaume-Uni, les développements liés à

<sup>15</sup> STS, 16 décembre 2008, rec. 453/2006.

<sup>16</sup> STS, 13 juin 2000, rec. 567/1998 ; 17 juillet 2003, rec. 115/2002.

<sup>17</sup> P. Van Ommeslaghe, *APT* 2012, p. 12 ; La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014, in F. Tulkens, J. Sautois (dir.), *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruylant, 2014, p. 26.

<sup>18</sup> BGHZ 56, 40 (42), 29 mars 1971.

<sup>19</sup> BGHZ 100, 136 (145), 12 mars 1987 – *Kleingartenpacht*.

<sup>20</sup> BGHZ 134, 30 (33), 24 octobre 1996 – *Brasserie du Pêcheur*.

<sup>21</sup> La doctrine évoque un *Eurotort* relevant de la *breach of statutory duty* (P. Giliker, *English tort law and the challenge of Francovich liability : 20 years on*, *LQR* 2012, p. 562).

la prise en compte des droits européens ont provoqué une réflexion plus vaste quant à la reconnaissance plus large d'une responsabilité du législateur<sup>23</sup>.

La responsabilité du législateur suscite toujours de nombreuses incertitudes en raison de la position constitutionnelle particulière de la fonction d'élaboration et d'adoption des lois. Dans les sociétés démocratiques libérales, autoriser une réparation juridictionnelle des conséquences dommageables de l'application d'une loi est une évolution peut-être plus fondamentale que l'affirmation du contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, en reconnaissant la responsabilité du législateur, c'est l'ensemble de la communauté nationale qui est responsabilisée et mise en cause par une autorité non élue, le juge (qui plus est saisi par un particulier).

**Tous ces facteurs expliquent les fortes réticences de certains États à admettre une telle responsabilité, en particulier en Suède où les arguments tirés de l'atteinte à la séparation des pouvoirs et à la démocratie sont fréquemment invoqués et au Royaume-Uni où le principe de souveraineté du Parlement s'impose encore largement. Aux États-Unis, elle est même exclue : seule la mise en cause d'un fonctionnaire appliquant une loi qu'il savait inconstitutionnelle peut donner lieu à réparation<sup>24</sup>. Pour d'autres États, il est ardu d'établir le régime de la responsabilité du fait de légiférer sur le fondement de la faute en dehors des cas d'inconventionnalité. Il en résulte soit le rejet de la notion de faute (en France partiellement, ou en droit polonais qui fait référence à l'équité), et/ou des conditions strictes d'engagement de la responsabilité (comme en Allemagne ou au Royaume-Uni, y compris pour les violations du droit de l'Union). Cette acception *a minima* de la responsabilité se retrouve en droit de l'Union européenne. En effet, la Cour de justice estime que le large pouvoir d'appréciation dont disposent les institutions pour la mise en œuvre des politiques communautaires justifie que la responsabilité extracontractuelle de l'Union ne soit engagée que si l'institution a méconnu de manière manifeste et grave les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs<sup>25</sup>. Le pouvoir discrétionnaire apparaît en l'espèce comme un fait exonératoire. La contrainte budgétaire a aussi pu être évoquée aux États-Unis ou en Allemagne.**

\*  
\*      \*

L'évocation des fondements de la responsabilité de la puissance publique en droit comparé permet d'apprécier la relative jeunesse des différents régimes juridiques abordés. Il en résulte une absence de véritable stabilisation et une permanence de traditions juridiques difficilement conciliables. Dans bien des contextes, l'impossibilité de déceler aisément un seul et unique fondement à tel ou tel cas de responsabilité rend des plus périlleux la compréhension du droit positif et les rapprochements comparatistes.

La cohabitation entre des fondements civilistes classiques et des régimes exorbitants du droit commun dans de nombreux États (Allemagne, Italie, Pays-Bas ou Suède), l'incapacité de catégoriser clairement les divers types de faute (Belgique, Italie), le refus de toute systématisation des fondements au profit d'une approche purement pragmatique (Royaume-Uni), ou encore la complexité inhérente à certaines organisations étatiques (Brésil, États-Unis, Union européenne)

---

<sup>22</sup> STS 17 septembre 2010 rec. 53/2007.

<sup>23</sup> M.-P. F. Granger, National application of Francovich and the construction of a European administrative *ius commune*, *Eu. L. Rev.* 2007, p. 188.

<sup>24</sup> Il faut donc prouver la négligence du fonctionnaire, ce qui, en pratique est fort difficile. J. C. Jr Jeffries, The right-remedy gap in constitutional law, *Yale Law Journal* 1999, p. 91 ; F. L. Morrison, The liability of Government for legislative acts in the United-States of America, *The American Journal of Comparative Law* 1998, p. 533.

<sup>25</sup> Arrêt *Brasserie du Pêcheur* préc., §§ 44-46.

sont autant de signes de l'inachèvement d'une matière qui, néanmoins, se structure progressivement par des mutations favorisant les convergences.

La première est sans doute l'objectivation des fondements de la responsabilité publique, même si la faute simple reste un terrain subjectif privilégié par la majorité des systèmes étatiques. L'étude comparée permet de souligner l'indemnisation plus aisée des victimes d'un dommage produit par les pouvoirs publics en n'exigeant plus toujours la démonstration d'une faute.

Sur ce point comme pour l'ensemble des problématiques contemporaines du droit public, l'influence des droits supranationaux est déterminante, notamment en Europe. En effet, ils facilitent la contestation d'actions nationales considérées comme préjudiciables, car non conformes aux normes supérieures, et ce sans qu'une faute soit forcément prouvée. Cette deuxième évolution contribue à une forme d'harmonisation des droits internes. Cependant, le principe de subsidiarité qui gouverne les institutions supranationales implique l'absence d'uniformisation des fondements. Il en résulte un morcellement de la matière et une profusion des régimes juridiques.

En conséquence, tous les systèmes juridiques s'orientent vers une responsabilisation accrue de l'ensemble des organes étatiques, à l'exception notable des États-Unis. L'extension du domaine de la responsabilité n'est plus seulement appréciable d'un point de vue matériel (activités en cause), substantiel (conditions d'engagement de la responsabilité) ou finaliste (nécessité d'indemniser tout dommage), mais aussi sous l'angle temporel. Les contentieux relatifs aux « préjudices de l'histoire » se multiplient et donnent lieu à de nouvelles formes de réparation sur le fondement de fautes « à rebours » (voy. les cas de la France, de la Belgique ou des Pays-Bas à propos de la Shoah).

Toutes ces évolutions doivent être replacées dans le cadre de considérations plus générales sur le droit de la responsabilité publique, positives d'une part, et négatives d'autre part. La soumission des États au droit, la promotion de la « bonne administration » ou encore le renforcement de la solidarité nationale sont autant de progrès qui ont réduit l'irresponsabilité publique et assuré la réparation de plus en plus fréquente des préjudices causés par l'État aux citoyens, même sans faute. Pourtant, le droit contemporain de la responsabilité publique ne doit pas éclipser une appréciation plus nuancée. Il révèle une propension de sociétés rationnelles à vouloir identifier systématiquement un responsable. Si elles n'y parviennent pas, elles s'en remettent à l'État pour garantir la réparation. La judiciarisation des liens entre l'État et le citoyen en est une conséquence et dénote un changement de leur nature. À la relation politique caractéristique des démocraties représentatives libérales se sont partiellement substitués des rapports plus « juridictionnalisés ». Enfin, la valorisation de la réparation matérielle supportée par la collectivité au bénéfice du seul individu est difficilement contestable, au risque parfois de porter préjudice à l'action de l'État et à l'intérêt général<sup>26</sup>.

\*  
\*       \*  
\*

---

<sup>26</sup> À cet égard, il n'est pas anodin de remarquer qu'en cas de péril majeur pour la vie d'une nation, le réflexe législatif soit de limiter les conséquences de la responsabilité objective de l'État. C'est ainsi que le parlement mexicain a adopté une loi fédérale ayant pour but de conditionner l'exécution des arrêts à la situation économique du pays.

## Bibliographie générale sommaire

*Revue Française d'Administration Publique*, La responsabilité administrative : comparaison internationale (sous la dir. de H. Belrhali-Bernard), 2013, n° 147.

B. Delaunay, Droit de la responsabilité administrative et droit comparé », in *La responsabilité administrative*, Travaux de l'AFDA, Lexis Nexis, 2013, p. 45.

D. Fairgrieve, M. Andenas, Mads, J. Bell, John (ed.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, British Institute of International and Comparative Law, 2002.

D. Fairgrieve, *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, Oxford University Press, 2003.

M.-P. F. Granger, National application of Francovich and the construction of a European administrative *ius commune*, *Eu. L. Rev.* 2007, p. 188.

K. Oliphant (dir.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016.

D. Renders (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIe journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2015.

**Société de législation comparée – Section « Droit de l'action publique »**  
**Groupe « Fondements de la responsabilité »**

**Allemagne**

*Anne Jacquemet-Gauché*

*Professeur de droit public à l'université d'Auvergne*

---

***La responsabilité administrative allemande : un contre-modèle ?***

Autant le droit allemand fait figure de modèle s'agissant des pouvoirs reconnus au juge administratif et a pu inspirer la doctrine et le droit administratif français, autant le droit de la responsabilité administrative<sup>1</sup> est loin d'avoir acquis ses lettres de noblesse. Au moins trois raisons expliquent cette situation.

Tout d'abord, la responsabilité administrative relève de la protection dite secondaire en Allemagne et non de la protection primaire. Dans la protection primaire, sont rassemblées toutes les actions qui relèvent de la compétence du juge administratif et par lesquelles celui-ci est conduit à se prononcer sur la légalité d'un acte (*Anfechtungsklage*), peut enjoindre à l'administration d'édicter un acte administratif (*Verpflichtungsklage*) ou exiger une action matérielle de sa part (*Leistungsklage*). Ces recours mettent à la disposition du juge une large palette de pouvoirs et l'individu dont les droits ont été lésés bénéficie de nombreux leviers d'action et de contrainte à l'encontre de l'administration. Toutefois, lorsque ces moyens ne permettent pas d'éviter la survenance d'un dommage – que la protection primaire soit insuffisante ou ineffective –, un recours en responsabilité peut être intenté, dans le cadre de la protection secondaire. Le juge judiciaire (civil) est alors compétent. Et si le requérant pouvait éviter que le dommage se produise ou augmente en intentant un recours relevant de la protection primaire – par exemple, en obtenant l'annulation d'un acte administratif préjudiciable –, alors, son inaction lui est reprochée et le recours en responsabilité est fermé. Ainsi, le recours en responsabilité est secondaire aux deux sens du terme : il fait suite à la protection primaire et se révèle accessoire par rapport à celle-ci. Cette situation explique que le contentieux de la responsabilité ne soit pas très abondant en droit allemand et, dans tous les cas, moindre qu'en France.

---

<sup>1</sup> Pour une présentation détaillée de la responsabilité administrative en Allemagne, v. Anne Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Etude de droit comparé*, LGDJ, 2013, 594 p.

Ensuite, outre l'existence de grands codes, comme le Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), il existe en Allemagne une tradition de codification par de grandes lois, régissant chacun un pan entier du droit, par exemple la loi relative à la procédure administrative du 25 mai 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) ou celle relative à la juridiction administrative du 21 janvier 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*). Ces lois font, en outre, l'objet de volumineux commentaires de la part de praticiens et de la doctrine, article par article. Il s'agit des fameux « *Kommentare* », qui contribuent à l'explication de la matière et à sa diffusion. Or, le droit de la responsabilité administrative a connu deux échecs de synthétisation législative. Dans les années 1980, un projet de loi a été élaboré et voté<sup>2</sup>, mais il a été déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle fédérale en 1982 pour défaut de titre de compétence de l'État fédéral à agir en la matière<sup>3</sup>. Depuis une révision de la Loi fondamentale le 27 octobre 1994, un article 74 Nr 25 a été ajouté, lequel prévoit une compétence législative concurrence du *Bund* et des *Länder* s'agissant de la responsabilité administrative. Ainsi, dans les années 2000, une nouvelle tentative de codification a eu lieu, mais le projet est demeuré à l'état de friche et il ne semble pas qu'il fasse partie des priorités actuelles du gouvernement<sup>4</sup>.

En l'état actuel, le droit de la responsabilité administrative demeure principalement jurisprudentiel, ce qui suscite les foudres de la doctrine, prompt à pointer les incohérences et les lacunes des divers régimes ainsi que les difficultés d'articulation entre eux. Une telle codification serait appréciable à plus d'un titre pour supprimer certaines conditions qui freinent l'engagement de la responsabilité (au premier titre desquelles la faute) et permettre l'instauration d'une responsabilité pour illicéité à titre principal. D'autres îlots d'irresponsabilité pourraient être

---

<sup>2</sup> Loi du 26 juin 1981 relative à la responsabilité de la puissance publique (*Staatshaftungsgesetz*), *BGBI.*, I, p. 553.

<sup>3</sup> BVerfGE 61, 149 (190), 19 octobre 1982 – *Nichtigkeit des Staatshaftungsgesetzes*. A l'époque, l'État fédéral s'était arrogé la faculté de légiférer en se fondant sur l'article 74 Nr 1 de la Loi Fondamentale prévoyant sa compétence pour le droit civil. La Cour constitutionnelle fédérale a refusé de considérer que la responsabilité administrative relevait du droit civil et a donc déduit de l'incompétence du *Bund* l'inconstitutionnalité de la loi, seuls les *Länder* disposant à l'époque d'un titre pour agir.

A noter : « *BVerfGE* » est l'abréviation officielle de « *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* », c'est-à-dire le recueil officiel des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale. Les arrêts les plus importants sont publiés dans ce recueil et, en principe, seul le n° de volume est indiqué lorsqu'il s'agit de citer l'arrêt (ici : 61), accompagné du n° de la décision (ici : 149) et, parfois, de la page exacte de la citation entre parenthèses (ici : 190). Toutefois, par souci de pédagogie, la date de l'arrêt a été systématiquement ajoutée. Les décisions n'ont qu'exceptionnellement un intitulé qui leur est attaché. Lorsque tel est le cas, nous l'indiquons.

<sup>4</sup> Voir les initiatives de députés libéraux en 2004 (BT-Drs 15/3859) et 2008 (BT-Drs 16/3952), auxquelles le gouvernement de l'époque a opposé une fin de non-recevoir, considérant, en 2005 (BT-Drs 15/3952), puis 2009 (BT-Drs 16/11465), qu'aucune proposition ne serait faite sous la législature considérée... et rien n'indique que la législature actuelle soit plus propice à une codification, ne serait-ce que du fait de l'absence de chef du gouvernement depuis lors.

A noter : l'abréviation « *BT-Drs* » signifie « *Drucksachen des Deutschen Bundestages* ». Il s'agit de documents officiels du *Bundestag*, la chambre représentant le peuple au Parlement et qui sont disponibles en ligne à partir de leur numéro. L'usage n'est pas de citer la date précise de leur édicition, mais nous l'avons fait tout de même.

supprimés, notamment l'absence d'indemnisation en cas d'atteinte à la liberté de la profession ou l'irresponsabilité du fait des lois.

Enfin, la doctrine ne semble pas manifester un fort intérêt pour le droit de la responsabilité. Il est vrai que celui-ci cumule les « handicaps » en relevant de la compétence du juge judiciaire, n'étant pas codifié et résultant d'une jurisprudence qui évolue peu et demeure complexe, mais, pour le juriste français, ce désintérêt est surprenant. Les articles doctrinaux demeurent rares en comparaison avec les autres pans du droit administratif général ou spécialisé. Pourtant, la doctrine allemande constitue un puissant aiguillon qui contribue au perfectionnement du droit de la responsabilité administrative. Elle est prompte à pointer les lacunes de la matière et n'hésite pas à appeler à sa refonte, en particulier afin de permettre une meilleure protection des droits subjectifs<sup>5</sup>. Par le passé, sous son impulsion, un nouveau régime de « remise en l'état » (*Folgenbeseitigungsanspruch* – *FBA*) a été consacré par le juge administratif – qui est, à titre exceptionnel, compétent pour ce cas de responsabilité. La cour constitutionnelle fédérale s'est largement appuyée sur des propositions doctrinales pour offrir la possibilité au requérant de demander une réparation non pas pécuniaire, mais en nature, *a minima*, puisque l'administration peut être condamnée, sous conditions, au rétablissement de la situation qui existait antérieurement à la survenance du dommage<sup>6</sup>. Actuellement, consciente qu'une réforme d'envergure n'est plus à l'ordre du jour, la doctrine s'interroge ponctuellement, notamment sur le développement du « *e-government* » et sur les conditions dans lesquelles la responsabilité administrative pourrait être transférée dans ce cadre nouveau<sup>7</sup>.

Malgré toutes ses imperfections, le droit allemand de la responsabilité administrative est loin d'être inintéressant. Il donne à voir au juriste étranger la manière dont un droit peut se former au cours de l'histoire et en porter les stigmates. Justement parce qu'il résulte encore d'une construction progressive, par strates, il met en exergue les préoccupations des juristes et les attentes de la population depuis le XIXe siècle jusqu'à nos jours.

---

<sup>5</sup> Voir, en particulier, SCHOCH (F), « Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht », *VerwArch.* 79, 1998, pp. 1-67 et, du même auteur, « Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes », *Die Verwaltung*, n° 34, 2001, p. 264

<sup>6</sup> Voir, notamment, BVerwG, 25 août 1971, *NJW*, 1972, p. 269 ; BVerwGE 69, 336, 19 juillet 1984 ; BVerwGE 94, 100, 23 août 1993.

A noter : « *BVerwG* » est l'abréviation de « *Bundesverwaltungsgericht* », c'est-à-dire la cour administrative fédérale.

<sup>7</sup> Voir, par exemple, U. Stelkens, « Staatshaftung und E-Government : Verwaltungsorganisationsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten », in H. Hermann, U. Schliesky (Hrsg), *Auf dem Weg zum Digitalen Staat – auch ein besserer Staat ?*, Nomos, 2015, pp. 189-240.

## ***Présentation des principaux régimes de responsabilité***

Le droit de la responsabilité administrative trouve ses racines dans les §§ 74 et 75 de l'introduction de l'ancien code des États prussiens de 1794 (*Einleitung Allgemeines Landesrecht für die Preussigen Staaten*) qui prévoyait un dédommagement de l'individu dont les droits étaient lésés au nom du bien commun. La puissance publique en tant que telle n'était pas responsable, mais le *fiscus*, c'est-à-dire l'État dans son versant patrimonial. Puis, à partir de 1900, le Code civil allemand consacre un paragraphe spécial à la responsabilité fautive du fonctionnaire (§ 839 *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), disposition toujours en vigueur, mais couplée depuis 1949 à l'article 34 de la Loi Fondamentale lequel, à titre principal, impute l'obligation de réparer à la personne publique et non plus au fonctionnaire.

Le régime principal est ainsi fondé sur la faute. À l'heure actuelle, cinq régimes principaux de responsabilité coexistent. La responsabilité pour faute (*Amtsshaftung*) est ouverte dans l'hypothèse où un fonctionnaire a violé de manière fautive ses devoirs de fonction et atteint ainsi la personne victime dans ses droits subjectifs. La faute demeure celle du fonctionnaire, elle est de nature subjective et imputée à un agent (aucune fiction de faute de service ou de l'État n'ayant été consacrée), même si dans de rares hypothèses seule une faute d'organisation suffit. Elle peut être causée par intention ou par négligence et doit en revanche être caractérisée ou grossière dans certaines hypothèses, notamment lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité des juges ou que la personne publique souhaite intenter une action récursoire à l'encontre de son agent fautif. Le recours est porté devant le juge civil. La réparation incombe à la personne publique, le fonctionnaire n'étant plus mis en cause sur ses deniers personnels. Il s'agit du seul recours qui permette une réparation intégrale, le droit allemand adoptant une approche assez restrictive de l'indemnisation<sup>8</sup>. Ainsi, il existe bien un régime de responsabilité publique, exorbitant du droit commun, mais qui est apprécié à titre principal par les tribunaux civils et, à leur sommet, par la chambre civile de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof – BGH*).

Les autres régimes ne permettent qu'un dédommagement, c'est-à-dire une indemnisation partielle. Rarement mis en œuvre – 1 à 2 cas par an devant la juridiction fédérale suprême –, ces régimes de dédommagement peuvent être invoqués en cas d'atteinte licite (*enteignender Eingriff*) ou illicite (*enteignungsgleicher Eingriff*) à un droit patrimonial du requérant, tel qu'il est protégé par l'article 14 de la Loi Fondamentale. Un sacrifice particulier, proche du préjudice anormal et

---

<sup>8</sup> Voir la contribution de Caroline Grosholz à ce sujet, SLC, groupe sur l'évaluation du préjudice.

spécial français, doit dans ce cas être caractérisé. L'atteinte expropriante (*enteignender Eingriff*) sert par exemple pour l'indemnisation de troubles de jouissance et de voisinage, résultant de la proximité d'une station d'épuration ou d'un équipement sportif. Quant à la quasi-expropriation (*enteignungsgleicher Eingriff*), elle a pu être retenue en cas de refus injustifié de délivrance d'un permis de construire ou d'erreur de programmation des feux de signalisation. L'avantage de ce régime par rapport à celui de la responsabilité pour faute tient au fait qu'aucune faute d'un agent n'a à être démontrée. En revanche, le préjudice sera moins bien indemnisé.

Par ailleurs, il existe un autre régime, d'utilisation également marginale : le dédommagement pour sacrifice particulier (*Aufopferungsanspruch*), lequel est – comme les deux précédents – encore actuellement fondé sur le § 75 de l'introduction du Code général des Etats prussiens. Autant les deux régimes susmentionnés permettent l'indemnisation de l'atteinte à des droits patrimoniaux, autant celui-ci ne vaut que pour les droits extrapatrimoniaux, lorsqu'ils sont atteints par une action directe de la puissance publique au nom de l'intérêt général et engendrent un sacrifice particulier pour la victime. On recense des cas préjudices dus à des vaccinations obligatoires ou à des recherches biomédicales dans cette catégorie. Là encore, seul le préjudice patrimonial est indemnisé et non le préjudice extrapatrimonial. Le juriste français doit ainsi être vigilant pour ne pas confondre le niveau du droit et du préjudice : en l'occurrence seule l'atteinte à un droit extrapatrimonial est indemnisée, mais seul le préjudice patrimonial le sera.

Au risque de surprendre, aucun régime de responsabilité pour risque autonome comparable au droit français n'a été consacré en droit allemand. Les hypothèses que l'on inclut dans cette catégorie en France relèvent en Allemagne de dispositions législatives ou alors des régimes jurisprudentiels précédemment décrits. De même, les notions de travail et ouvrage publics n'étant pas reconnues, il n'existe nul équivalent conceptuel au régime de dommages de travaux publics, ce qui ne signifie pas qu'aucune indemnisation n'est prévue, mais seulement qu'elle trouve à s'appliquer dans un autre cadre.

Enfin, il faut rappeler l'existence d'un recours devant le juge administratif cette fois, à la frontière de la responsabilité, car proche de la réparation en nature et qui permet la remise en l'état du bien (*Folgenbeseitigungsanspruch – FBA*), c'est-à-dire dans l'état où il était avant que le dommage survienne. Il sert, par exemple, à ce qu'il soit ordonné à la personne publique de publier un démenti en cas de déclaration erronée de sa part ou de reconstruire le muret d'un propriétaire privé détruit à tort à l'occasion de travaux sur la chaussée. Entre autres conditions, il

est requis que l'action de la puissance publique ait causé une atteinte aux droits subjectifs de la victime, que cette action soit illicite et que l'illicéité perdure. Dès lors que la situation a été régularisée, autant recours n'est possible.

D'une manière générale, le juge civil, et accessoirement le juge administratif, se sont livrés jusque dans les années 1980-1990 à une forte création prétorienne en se fondant sur une réinterprétation audacieuse des textes. Ce mouvement a pris brutalement fin, les deux juridictions considérant qu'il appartenait au législateur d'intervenir s'il le souhaitait et qu'elles ne possédaient pas (plus ?) une « légitimation suffisante » (*hinreichende Legitimation*), pour intervenir en lieu et place de celui-ci.

À titre d'illustration, la responsabilité du fait de l'activité normative a été un temps reconnue par le juge (sur le fondement d'un régime de responsabilité pour illicéité<sup>9</sup>), puis la Cour de justice fédérale a fait marche arrière<sup>10</sup>, tandis que la responsabilité sans faute n'a jamais été envisagée. En revanche, la part croissante des normes communautaires a conduit le juge à reconnaître un nouveau régime : le régime communautaire de responsabilité (*der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch*) qui reprend exactement les conditions posées par la CJCE dans les arrêts *Franovich* (1991) et *Brasserie du Pêcheur* (1996)<sup>11</sup>. Ainsi, en Allemagne, le choix a été explicitement fait – contrairement à la France où cela reste implicite – d'une mise en conformité avec le droit de l'Union, mais sans toucher aux régimes nationaux traditionnels. Ainsi, dès que le litige fait appel à des normes communautaires, la responsabilité de l'État pour illicéité (pour violation du droit communautaire) peut être engagée.

À côté des régimes jurisprudentiels, il existe divers régimes législatifs faisant appel à la solidarité nationale, même si les fonds d'indemnisation restent beaucoup moins utilisés qu'en droit français. La loi prévoit aussi parfois une indemnisation en dehors de toute faute ou de tout engagement de la responsabilité.

---

<sup>9</sup> BGHZ 56, 40 (42), 29 mars 1971.

A noter : « BGHZ » est l'abréviation officielle de « *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* », c'est-à-dire le recueil officiel des décisions de la Cour fédérale de justice. Le mode de citation est le même que devant la Cour constitutionnelle fédérale (v. *supra*, NBP 3).

<sup>10</sup> BGHZ 100, 136 (145), 12 mars 1987 – *Kleingartenpacht*.

<sup>11</sup> BGHZ 134, 30 (33), 24 octobre 1996 – *Brasserie du Pêcheur*.

## ***Quelques particularités supplémentaires du droit allemand de la responsabilité***

On le sait, le droit allemand est un système dit subjectif, c'est-à-dire que les recours ne sont admis que si l'individu peut démontrer qu'un de ses droits subjectifs est violé. Or, il faut souligner l'effet réducteur d'une telle exigence. En particulier, dès lors qu'une mesure est prise uniquement dans l'intérêt général et ne protège pas un groupe restreint d'individus, suffisamment identifiés, ceux-ci ne sont pas considérés comme protégés et ne peuvent tenter un recours en responsabilité dans l'hypothèse où cette disposition leur causerait un préjudice par exemple.

D'autres raisons contribuent à ce que la responsabilité administrative ait un champ moins étendu en Allemagne qu'en France. Par exemple, la responsabilité médicale relève de la responsabilité délictuelle et les règles de droit commun s'appliquent, à de rares exceptions près, concernant notamment la responsabilité du médecin militaire. Un tel constat vaut aussi dans le cadre de ce qui correspondrait à la responsabilité du fait des travaux publics : les règles délictuelles sont applicables en cas de mauvais entretien des routes par exemple.

Par ailleurs, la responsabilité du fait des activités de police se heurte à la forme fédérale de l'État allemand. Autant les principaux régimes ont été formés par la jurisprudence de la Cour de justice fédérale et trouvent leurs fondements dans des textes fédéraux, autant le droit de la police relève de la compétence des *Länder* en Allemagne, qui peuvent librement déterminer le régime de responsabilité applicable. Une grande variété se retrouve donc, aussi bien au niveau du champ de la police administrative (incluant parfois seulement la prévention des délits et la lutte contre les dangers, d'autres fois ajoutant des compétences en matière d'urbanisme) qu'au niveau des conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité : une responsabilité sans faute est consacrée lorsque des individus mettent leur vie en danger pour sauver celle d'autrui dans la quasi-totalité des *Länder*. La responsabilité pour faute (telle qu'elle existe au niveau national) est admise dans certains *Länder*, mais pas dans tous, alors qu'elle a pour avantage principal de permettre une réparation intégrale du préjudice. En outre, les atteintes illicites non fautives peuvent être indemnisées (non intégralement) soit dans les mêmes conditions qu'au niveau national (application par analogie), soit à des conditions dérogatoires, explicitement listées dans des lois locales, comme c'est le cas en Bade-Wurtemberg<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> *Polizeigesetz Baden-Württemberg (PolG-BW)*, version initiale du 13 janvier 1992 (GBl. S. 1, ber. p. 596, 1993 p. 155), modifiée pour la dernière fois par une loi du 19 décembre 2000, spé §§ 55 et suiv.

## ***Focus sur la responsabilité du fait de l'activité juridictionnelle***

Dès 1900, le § 839 du Code civil envisageait la responsabilité du juge qui, dans le jugement d'une affaire, commettait une infraction pénale. Dès cette époque également, le cas du déni de justice ou du retard à juger est prévu : le juge qui viole ses devoirs de fonction peut aussi, d'une manière générale, être mis en cause et voir sa responsabilité engagée, bien que de telles hypothèses soient longtemps restées platoniques.

Récemment, la responsabilité du fait d'une durée excessive du procès a connu de forts développements en Allemagne. Il faut rappeler que la CEDH n'a que valeur de loi simple en droit allemand et qu'elle n'y trouve pas du tout le même écho qu'en France. Pourtant, il a bien fallu réagir aux multiples condamnations de l'Allemagne par la Cour EDH du fait de la violation de l'article 6 CEDH. Les juges nationaux ont dans un premier temps cherché à se réapproprier les conditions d'engagement de la responsabilité, en excluant la source première qu'est la CEDH et en posant des critères fondés sur le droit national. De longue date, la jurisprudence allemande a consacré un droit d'accès à la justice et a énoncé l'obligation de mettre fin aux procédures dans un délai approprié dans une décision du 16 décembre 1980<sup>13</sup>. La Cour se fonde traditionnellement sur l'article 20 III de la Loi Fondamentale qui proclame le principe de l'État de droit et sur l'article 19 IV qui énonce que « quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ». Pourtant, ces énonciations demeuraient insuffisantes et il faut croire que des lacunes persistaient dans l'application concrète de ces principes, puisque dans un arrêt pilote *Rumpf c/ Allemagne*<sup>14</sup>, la Cour impose à l'Allemagne dans un délai maximum d'un an d'instaurer un ou plusieurs recours contre la durée excessive du procès, rappelant que le problème avait déjà été pointé du doigt en 2006<sup>15</sup> et que l'Allemagne a été condamnée dans de nombreux arrêts du fait d'une durée excessive du procès. La Cour indique deux pistes de réforme : l'instauration d'une voie de droit soit destinée à remédier au retard soit permettant une indemnisation du fait du retard. La seconde a été retenue dans une loi de 2011. La Cour EDH a eu l'occasion de porter une appréciation sur cette nouvelle loi en 2015. Elle considère que depuis qu'elle est entrée en vigueur, le droit allemand ouvre la possibilité d'un recours en indemnisation. Cette loi est apte à offrir une réparation de circonstance en cas de violation du droit à un procès dans un délai raisonnable. Tout requérant qui souhaiterait intenter un recours sur ce même motif devant la Cour EDH doit désormais auparavant mettre en œuvre

---

<sup>13</sup> BVerfGE 55, 349 (369), 16 décembre 1980.

<sup>14</sup> CEDH, 2 septembre 2010, *Rumpf c/ Allemagne*, n° 46344/06.

<sup>15</sup> CEDH, 8 juin 2006, *Sürmeli c/ Allemagne*, n° 75529/01.

cette procédure, faute de quoi les voies de recours du droit interne ne seraient pas considérées comme épuisées<sup>16</sup>.

*Promulgation d'une loi offrant une indemnisation en cas de durée excessive du procès*

La loi relative à la protection des droits en cas de procédure juridictionnelle et d'enquête pénale trop longues du 24 novembre 2011 consacre la responsabilité du fait d'une durée excessive du procès<sup>17</sup>. Entrée en vigueur le 3 décembre 2011, elle s'applique aux instances en cours et à venir, ainsi qu'aux instances closes, mais pouvant encore être l'objet d'un recours devant la CEDH. Elle est invocable dans la plupart des procédures et devant toutes les juridictions. Cette loi a été intégrée aux §§ 198 et suivants de la loi portant organisation du système judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*)<sup>18</sup>. La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale a également été modifiée en conséquence<sup>19</sup>, de même que la loi relative à la juridiction administrative (§ 173 VwGO).

Le recours est ouvert aux parties aux procès et aux intéressés. La responsabilité ne peut pas être directement engagée. Au préalable, le requérant doit adresser à la juridiction une réprimande pour le retard (*Verzögerungsrüge*). Cette procédure peut être comparée avec le contredit, c'est-à-dire le recours administratif préalable qui doit être exercé avant un recours contentieux en matière administrative<sup>20</sup>. En effet, la réprimande doit permettre d'attirer l'attention du juge sur les lacunes de la procédure, afin que celui-ci procède à son accélération. Toutefois, cette voie de droit ne permet nullement de remédier au retard. Elle ne constitue qu'un rappel, aucune force contraignante ne lui étant attachée. Bien que le Gouvernement et le Parlement aient souligné l'effet préventif de cette formalité, le texte de la loi ne permet pas d'être aussi affirmatif et optimiste. Dans l'hypothèse où le retard est imputable à un manque de personnel, il est difficile d'imaginer que cette réprimande suffise à remédier au problème. En outre, la réprimande pour le retard n'a pas besoin de motivation particulière : il suffit que le requérant fasse part de son mécontentement vis-à-vis de la manière dont l'affaire est diligentée. Elle peut être déposée dès qu'il existe un motif de suspicion légitime selon lequel la procédure ne sera pas terminée dans un délai approprié ou raisonnable. Une difficulté surgit alors : déposée trop tôt, la réprimande est

---

<sup>16</sup> CEDH, 15 janvier 2015, *Kuppinger c/ Allemagne*, n° 62198/11.

<sup>17</sup> *Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren* (abrége ÜVerfBesG) : BGBl, I, p. 2302 ; voir, pour un article en français, Anne Jacquemet-Gauché (en collaboration avec Aurore Gaillet et Laura Jaillot), « Chronique de droit administratif allemand 2012 », *Dr. adm.*, 2013, n° 10, chron. 4.

<sup>18</sup> Voir, ci-dessous, en annexe, une traduction libre de cette disposition.

<sup>19</sup> Voir le § 97 a et suiv. de la loi relative à la cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG).

<sup>20</sup> BT-Drs 17/3802, p. 21.

inefficace ; déposée trop tard, elle devient inutile. À ceci s'ajoute un risque supplémentaire, puisqu'une autre réprimande ne peut, en principe, être déposée que six mois après la première. Six mois après avoir formulé la réprimande, un recours en responsabilité peut être envisagé, et ce, pendant six mois après que le jugement a obtenu autorité de chose jugée. La jurisprudence a, depuis l'entrée en vigueur de la loi, précisé que l'exercice préalable de cette formalité ne relevait pas des questions de recevabilité, mais du bien-fondé de la procédure du § 198 GVG<sup>21</sup>.

La responsabilité peut être engagée dès lors que la durée du procès est « inappropriée » ou excessive, sans que la loi précise ce qu'il faut entendre par cette notion. Les critères sont néanmoins ceux posés par la Cour EDH : le caractère raisonnable s'apprécie à la lumière des circonstances de la cause et eu égard à la complexité de l'affaire, au comportement du requérant, à celui des autorités compétentes et à l'enjeu du litige pour l'intéressé.

La classification de ce régime pose des difficultés. Il est clair qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité pour faute, aucune faute du juge n'ayant à être prouvée, ni le fait que, par son comportement, il ait violé un de ses devoirs de fonction. Le gouvernement considère qu'il s'agit d'une responsabilité *sui generis*<sup>22</sup>. Pour autant, cette déclaration n'a pas mis fin à tous les questionnements doctrinaux. Selon certains auteurs, cette action est à classer parmi la responsabilité pour illicéité<sup>23</sup>, dans la mesure où toute durée du procès excessive serait contraire aux exigences de l'Etat de droit et donc illégale. Pour d'autres, elle se rattache à la responsabilité du fait des activités licites, ne serait-ce que parce qu'aucune illicéité n'a à être prouvée. Argument supplémentaire, l'indemnisation n'est pas totale, mais ne constitue qu'une compensation équitable (*billigen Ausgleich*), notion que l'on retrouve aussi dans les régimes d'indemnisation en cas d'activité licite<sup>24</sup>, qui cause un préjudice au nom de l'intérêt général. Néanmoins, ces auteurs n'expliquent pas en quoi la durée excessive du procès est d'une manière ou d'une autre à relier à une manifestation de l'intérêt général. Enfin, d'aucuns imaginent un rapprochement avec la responsabilité pour risque<sup>25</sup> au sens où l'entendait Otto Mayer : toute activité comportant des risques, il en va de même de l'activité administrative. Transposée à la durée du procès, cette philosophie conduit à considérer que tout recours contentieux comporte un risque, celui d'une

---

<sup>21</sup> BGH, 17 juillet 2014, III ZR 228/13.

<sup>22</sup> Voir le communiqué du gouvernement : BT-Drs 17/3802, p. 19

<sup>23</sup> Voir F. Ossenbühl et M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, Beck 6<sup>e</sup> éd, 2013, p. 460 et suiv. (il s'agit de l'ouvrage de référence en droit de la responsabilité administrative).

<sup>24</sup> Voir R. Schenke, « Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren », *NVwZ*, 2012, p. 265.

<sup>25</sup> Voir H. Reiter : « Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer », *NJW*, 2015, p. 2554.

durée excessive et le requérant doit en être conscient. En aucun cas, un « droit à un déroulement optimal du procès »<sup>26</sup> (*kein Anspruch auf optimale Verfahrensförderung*) ne saurait être consacré.

L'un des points cruciaux de la loi tenait à l'indemnisation que celle-ci allait permettre. Situation rare en droit allemand, aussi bien les préjudices patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux sont indemnisés. En règle générale, seul le recours en responsabilité pour faute permet l'octroi de dommages-intérêts (*Schadenersatz*) et une réparation intégrale. On l'a dit, pour tous les autres régimes indemnitaires, seul un dédommagement (non intégral) est prévu et l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial exclu. Or, la loi n'utilise pas l'expression de dommages-intérêts, mais ne permet que l'octroi d'une compensation, d'une indemnisation (*Entschädigung*)<sup>27</sup>. Il faut en conclure que l'indemnisation est partielle et exclut notamment le manque à gagner. Pourtant, la loi consacre une avancée sur un point : elle permet une indemnisation du préjudice extrapatrimonial et pose même une présomption de préjudice en cas de durée excessive de la procédure. Ce chef de préjudice est évalué à 1200 euros par an, avec une faculté de modulation par le tribunal selon les circonstances (§ 198 al. 2 GVG). La loi précise également que le dommage extrapatrimonial est indemnisé uniquement si la réparation n'est pas suffisante par un autre moyen. Par cette dernière expression, le législateur entend notamment que, parfois, le simple constat par le tribunal selon lequel la durée de la procédure est excessive peut constituer une forme de réparation<sup>28</sup> et exclure par conséquent l'octroi d'une satisfaction pécuniaire. Le § 199 GVG précise également qu'une réparation suffisante peut découler du seul constat par la juridiction pénale ou par le bureau du procureur que la procédure est d'une durée excessive pour le prévenu en matière de procédure pénale. C'est dire à quel point le droit allemand est loin de considérer que la voie pécuniaire est destinée à réparer les préjudices ! Cette logique explique aussi pourquoi les victimes ont tant de mal à obtenir une réparation intégrale de leurs préjudices.

Au plan procédural, le recours est porté devant le tribunal supérieur (*Obergericht*) de chaque ordre de juridiction qui a été appelé à se prononcer sur le fond de l'affaire. Si le retard est imputable à une juridiction du *Land*, celui-ci est actionné et s'il l'est à une juridiction fédérale, c'est alors l'État fédéral qui doit répondre. Le retard devant l'une des juridictions suprêmes est jugé directement par elle-même, étant précisé que, la Cour constitutionnelle fédérale mise à part, le système juridictionnel allemand est scindé en cinq ordres de juridiction : juridiction ordinaire

---

<sup>26</sup> BVerfG, 14 décembre 2010, 1 BvR 404/10 ; BGHZ, 199, 190, 5 décembre 2013.

<sup>27</sup> La Cour administrative fédérale, prenant appui sur la loi, a abondé en ce sens (BVerwG, 11 juillet 2013, 5 C 27.12 D).

<sup>28</sup> Parfois, ce constat est couplé à une exemption des frais de procédure pour le requérant.

ou de droit commun (incluant le droit civil et le droit pénal), administrative, sociale, du travail et des finances.

*In fine*, on constate, du fait de l'eupéanisation du droit de la responsabilité administrative allemande, un morcellement supplémentaire de la matière, une certaine stratification de celle-ci : aussi bien concernant la responsabilité communautaire du fait des lois que la responsabilité du fait d'une durée excessive du procès, l'Allemagne accepte de se conformer aux exigences européennes, mais sans toutefois toucher aux régimes traditionnels de droit interne. De nouvelles conditions sont posées, par de nouveaux régimes, qui ne servent que dans des cas précis et somme toute assez limités. Si l'on compare avec la situation du droit français, on peut aussi en conclure que le fondement – législatif ou jurisprudentiel – de ces nouveaux régimes est finalement assez indifférent, l'essentiel étant les conditions requises pour engager la responsabilité et la nature de la satisfaction apportée à la victime.

Toujours vigilante quant à la protection des droits subjectifs des individus, la doctrine n'a pas manqué de critiquer cette loi de 2011 en ce qu'elle ne permet pas une protection réellement effective des droits<sup>29</sup>. En effet, une vision particulière de la responsabilité administrative est développée en Allemagne, en lien avec la conception des droits subjectifs : la survenance d'un préjudice est déjà un échec, puisque cela signifie que les droits de l'individu ont été lésés. La protection la plus satisfaisante est celle qui permet d'éviter le préjudice. Transposée à la responsabilité du fait d'une durée excessive du procès, cette logique conduit à une critique imparable de la loi. La seule compensation est insuffisante et un instrument qui permettrait d'intervenir sur le fait générateur même – conformément d'ailleurs aux préconisations de la Cour EDH – continue à faire défaut.

La jurisprudence a, évidemment, eu l'occasion d'intervenir à de nombreuses reprises pour apporter des précisions quant à l'application de la loi. En outre, le gouvernement a procédé à une première évaluation de la loi, qui est globalement positive.

---

<sup>29</sup> F. Ossenbühl, « Staatshaftung bei überlangen Gerichtsverfahren », *DVBZ*, 2012, p. 860

Malgré l'introduction de quatre articles assez détaillés au sein de la loi sur l'organisation judiciaire (§ 198-201 GVG), la loi n'a pas anticipé ni résolu tous les points de difficultés ou de crispation susceptibles de survenir. Le juge a donc pris le relais.

D'une manière générale, on constate que les juridictions s'appuient grandement sur la loi et sur l'intention du gouvernement dans l'argumentation qu'elles développent dans leurs jugements. La motivation et les explications sont d'ailleurs conséquentes, les jugements ou arrêts s'étendant fréquemment sur une vingtaine de pages. Toujours concernant la rédaction, les décisions détaillent chaque stade de la procédure et examine, pour chaque degré de juridiction, voire pour chaque acte de procédure, si le délai peut être considéré comme excessif, sachant qu'au final, c'est la durée totale de la procédure qui est appréciée et non chaque étape prise individuellement. Le style de rédaction et l'analyse explicite du délai excessif<sup>30</sup> contrastent ainsi fortement avec le laconisme du juge administratif français. Si l'on tente de synthétiser la jurisprudence, des précisions ont été apportées concernant certains termes de la loi, les caractéristiques de ce recours, l'objet du contrôle, ainsi que l'appréciation du délai excessif et du préjudice.

Plusieurs décisions explicitent ce qu'il faut entendre par « procédure », lesquelles sont indépendantes les unes les autres et font l'objet d'appréciations distinctes concernant leur durée et lesquelles doivent au contraire être considérées comme une seule et même procédure. La Cour administrative fédérale a aussi eu l'occasion d'énoncer que la durée du contredit, c'est-à-dire du recours administratif préalable, ne comptait pas pour apprécier un délai excessif de procédure, car seul le volet juridictionnel doit être pris en compte<sup>31</sup>.

Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si le recours en indemnisation tel qu'instauré par la loi constituait un recours indépendant. La Cour de justice fédérale considère que la loi n'a pas entendu reconnaître un droit direct au constat d'une durée excessive de la procédure. Le § 198 GVG n'aménagerait pas de droit subjectif au profit des individus, leur permettant d'intenter directement et de manière autonome un recours devant les tribunaux par le biais d'une action déclaratoire (*Feststellungsklage*) qui constaterait le caractère excessif de la durée de la procédure<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Voir, entre autres, BGH, 10 avril 2014, III ZR 335/13.

<sup>31</sup> BVerwG, 11 juillet 2013, 5 C 27.12 D.

<sup>32</sup> BGHZ, 199, 190, 5 décembre 2013.

Ceci peut paraître paradoxal : le seul constat du retard est prévu à titre de réparation d'un côté, mais d'un autre côté la procédure ne peut pas être initiée uniquement dans le but de constater ce retard, il n'existe pas de droit au constat d'une durée excessive. La loi ne consacre pas un tel droit subjectif, ce n'est qu'une faculté à destination du tribunal<sup>33</sup> et par conséquent, en l'absence de droit subjectif reconnu, aucune prétention du requérant ne saurait être accueillie. La seule voie ouverte au requérant est indemnitaire, par le biais d'une action en prestation, d'une action exigeant une action (ou une abstention) matérielle de la part de l'administration (*Leistungsklage*)<sup>34</sup>.

L'objet du contrôle n'est pas le même que dans le cadre de la responsabilité (classique) pour faute du magistrat, telle que régie par le § 839 alinéa 2 ligne 1 du Code civil<sup>35</sup>. Les deux régimes de responsabilité entrent d'ailleurs en concurrence, l'un pouvant être exercé en sus de l'autre et devant même être initiés dans des procédures différentes<sup>36</sup>. En effet, le contrôle ne porte pas sur les mêmes éléments dans les deux cas. Le recours en responsabilité pour faute conduit à évaluer la justesse (« *Richtigkeit* ») du comportement du juge, alors que, s'agissant du délai excessif, seul le caractère justifiable, défendable, acceptable (« *Vertretbarkeit* ») du retard compte<sup>37</sup>. Le retard n'est plus défendable lorsque le comportement du juge n'est plus compréhensible au terme d'une appréciation complète des intérêts de la juridiction en état de fonctionnement<sup>38</sup>. En tout état de cause, l'indépendance du juge, garantie par l'article 97 alinéa 1 de la Loi Fondamentale ne doit pas être remise en question. Cette frontière de principe s'agissant du contrôle de la conduite de la procédure par le juge est également applicable en cas de durée excessive qui ne tient pas à un retard reprochable au tribunal, mais à un problème structurel qui relève du domaine de responsabilité de l'État. Il a par ailleurs été précisé que L'État fédéral et les *Länder* doivent chacun dans leur champ de compétence œuvrer à un équipement matériel et une occupation humaine suffisante pour éviter une surcharge des tribunaux<sup>39</sup>. L'État ne peut pas invoquer de tels motifs pour échapper à sa responsabilité en cas de déficit structurel.

En outre, le juge prend bien le soin de préciser que la durée excessive ne peut pas être appréciée abstraitement, aucune durée excessive moyenne ne pouvant être déterminée, ni un

---

<sup>33</sup> BGHZ, 199, 190, 5 décembre 2013.

<sup>34</sup> BGHZ 200, 20, 23 janvier 2014.

<sup>35</sup> Cette disposition énonce que « si un fonctionnaire viole un de ses devoirs de fonction dans le jugement d'une affaire, il est responsable des dommages en résultant uniquement si cette violation constitue une infraction pénale ».

<sup>36</sup> BGH, 27 février 2014, III ZR 253/13.

<sup>37</sup> BGHZ, 199, 190, 5 décembre 2013.

<sup>38</sup> BGHZ, 199, 190, 5 décembre 2013 ; déjà auparavant, BGH, 4 novembre 2010, III ZR 32/10.

<sup>39</sup> BGH, 15 février 2015, III ZR 141/14.

critère d'évidence. Tout dépend des circonstances de l'espèce<sup>40</sup>. Il est fait dans les jugements une référence immuable aux critères posés par la loi<sup>41</sup> – et indirectement par la Cour EDH – et aux motivations du gouvernement, avec un renvoi fréquent à l'exposé des motifs de la loi par celui-ci<sup>42</sup>. Il est également précisé systématiquement que le délai n'est jamais raisonnable ou excessif jusqu'à ou à partir d'une certaine durée. Il est alors extrêmement difficile d'opérer une synthèse de la jurisprudence ou d'établir des standards. Le premier bilan gouvernemental d'application de la loi rapporte en effet que, selon les circonstances de l'affaire, le délai peut être déraisonnable à partir de 8 mois, mais qu'il a parfois été jugé que tel n'était pas le cas après l'écoulement d'un délai de 7 ans<sup>43</sup>. En outre, de légers retards dans la procédure, à un stade particulier, et qui n'ont pas de poids dans la durée globale de la procédure ne peuvent faire l'objet d'une indemnisation<sup>44</sup>.

Le préjudice extrapatrimonial est, on l'a dit, en principe indemnisé à hauteur de 1200 euros par année de retard. Cette estimation et peut être revue à la hausse ou à la baisse selon les circonstances. La question de savoir si la réparation par un autre moyen est suffisante doit être tranchée par une balance de tous les intérêts dans chaque cas individuel<sup>45</sup>. De même, le simple fait que la procédure soit liée à une question de filiation et à l'exercice du droit de visite ne constitue pas « automatiquement » une raison d'augmenter le montant du préjudice extrapatrimonial, tout est question d'espèce<sup>46</sup>. Pour citer un autre exemple récent, dans une affaire relative à un contentieux fiscal, il a été jugé que l'écoulement d'un délai de 38 mois entre l'introduction du recours en mars 2010 devant la juridiction fiscale et le jugement de l'affaire en avril 2013, malgré des relances infructueuses des requérants en avril 2011, constituait une durée excessive du procès. Les deux premières années de procédure sont acceptables, mais le délai est injustifiable pour la période mars 2012-avril 2013 et ouvre droit à une indemnisation de la partie lésée à hauteur de 1200 euros<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> BGHZ, 199, 190, 5 décembre 2013.

<sup>41</sup> Pour une affaire dans laquelle son comportement est reproché au requérant, voir BGH, 13 février 2014, III ZR 311/13. Il y est précisé que les retards engendrés par le comportement du requérant ne peuvent fonder une action en responsabilité du fait d'une durée excessive du procès.

<sup>42</sup> Voir, notamment, BGHZ, 199, 190, 5 décembre 2013 ; BGH, 23 janvier 2014 - III ZR 37/13 ; BGH, 10 avril 2014, III ZR 335/13.

<sup>43</sup> BT-Drs 18/2950 du 17 octobre 2014 : le rapport d'évaluation fait état de nombreuses données chiffrées concernant la durée excessive.

<sup>44</sup> BGH, 10 avril 2014, III ZR 335/13.

<sup>45</sup> BGHZ 200, 20, 23 janvier 2014.

<sup>46</sup> BGH, 13 mars 2014, III ZR 91/13.

<sup>47</sup> BFH, 2 décembre 2015, X K 7/14.

Le gouvernement a procédé à une première évaluation de la loi, sur une période allant du 3 décembre 2011 au 31 décembre 2013 et dont les conclusions ont été rendues publiques le 17 octobre 2014<sup>48</sup>.

L'évaluation touche à ses propres limites sur un point. La loi avait deux objectifs : préventivement, accélérer le déroulement de la procédure et, a posteriori, permettre la compensation des dommages patrimoniaux et extrapatrimoniaux causés. Or, comme le rapport d'évaluation le constate, l'effet préventif reste difficile à évaluer. La mesure de la compensation est beaucoup plus simple, le rapport relatant, pour chaque ordre de juridiction, le montant des condamnations. Il faut dire que celui-ci reste peu élevé. D'une part, après avoir déposé une réprimande, il est rare que le requérant intente dans un second temps un recours en responsabilité. Devant la juridiction civile, seuls 9,11 % des réprimandes sont suivies d'un tel recours et à peine plus de 5% devant la juridiction administrative. D'autre part, le rapport entre indemnisation en argent ou par d'autres voies varie d'une juridiction à l'autre. La Cour fédérale du contentieux social érige l'indemnisation pécuniaire en principe, tandis que la Cour de justice fédérale tend à la position inverse et que la Cour administrative fédérale laisse la question ouverte.

En revanche, au titre des satisfactions, il n'y a pas eu de vague de recours comme certains le craignaient, ni une surcharge financière pour l'État, ce qui prouve, selon le gouvernement qu'aucun problème structurel n'est à relever en Allemagne. Quand indemnisation il y a, celle du dommage extrapatrimonial est faible, d'ordre symbolique<sup>49</sup>, tandis que le dommage patrimonial n'est presque jamais indemnisé<sup>50</sup>. Le montant total des condamnations s'élève à 182 000 euros environ pour les *Länder*, pour 95 condamnations<sup>51</sup>. Quant à l'État fédéral, il n'a été mis à contribution qu'à hauteur de 1400 euros.

\*\*\*

---

<sup>48</sup> BT-Drs 18/2950 du 17 octobre 2014 ; également, sur le sujet, H. Reiter, « Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer », *NJW*, 2015, p. 2554 ; et pour une étude de la jurisprudence en 2013-2014, voir W. Schlick, « Die Rechtsprechung des BGH zur öffentlich-rechtlichen Entschädigung », *NJW*, 2014, p. 2686.

<sup>49</sup> Voir aussi F. Ossenbühl et M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, Beck 6<sup>e</sup> éd, 2013, p. 460 et suiv.

<sup>50</sup> BT-Drs 18/2950 du 17 octobre 2014.

<sup>51</sup> Sur la période évaluée, la juridiction civile a octroyé une compensation dans 20 affaires, la juridiction administrative 18, la juridiction pénale 12, la juridiction du contentieux social 43, la juridiction financière 2 et aucune pour la juridiction du travail.

En définitive, si, dans son ensemble, la responsabilité administrative allemande est source de complexité et pourrait conforter le juriste français dans son appréciation positive, voire laudative, de son propre système, l'évolution de la matière et la consécration législative de la responsabilité du fait d'une durée excessive du procès permettent de dépasser le simple jugement de valeur – qui plus est souvent erroné, car biaisé. Cette nouvelle loi constitue une illustration supplémentaire de l'influence croissante du droit européen, même dans des domaines a priori rétifs à une telle pénétration. Surtout, elle conduit à s'interroger une fois encore sur la notion de réparation, elle-même intimement liée à une conception spécifique de la responsabilité et de ses fondements, tant juridiques qu'idéologiques.

**Annexe : traduction libre du § 198 de la loi relative à l'organisation judiciaire (Gerichtsverfassungsgesetz - GVG )**

(1) Toute personne qui en tant que partie à la procédure subit un préjudice du fait d'une durée excessive d'une procédure juridictionnelle, a droit à une compensation adéquate. Le caractère raisonnable du délai est déterminé par les circonstances de l'espèce, notamment en fonction de la difficulté et l'importance de l'affaire et du comportement des parties et des tiers.

(2) Un préjudice, qui n'est pas d'ordre patrimonial, est présumé lorsqu'une procédure juridictionnelle a une durée excessive. La compensation ne peut être réclamée que pour autant que, au regard des circonstances de l'affaire, la réparation n'est pas suffisante d'une autre manière selon l'alinéa 4. La compensation en vertu de l'alinéa 2 est de 1 200 euros pour chaque année de retard. Si le montant indiqué à la ligne 3 est inéquitable au regard des circonstances de l'affaire, le tribunal peut fixer un montant supérieur ou inférieur.

(3) Une partie à la procédure reçoit une compensation seulement si elle a effectué une réprimande concernant la durée de la procédure à la Cour chargée de l'affaire (= réprimande du fait du retard). La réprimande peut être formulée seulement s'il est à craindre que la procédure ne soit pas achevée dans un délai raisonnable. Une répétition de la réprimande est possible au plus tôt après six mois, sauf si une période plus courte est exceptionnellement nécessaire. Si l'appréciation de la durée de la procédure est liée à des circonstances, qui n'ont pas encore été introduites dans la procédure, la réprimande doit l'indiquer. À défaut, elles ne seront pas prises en compte dans la détermination du caractère raisonnable de la procédure par le tribunal qui doit décider de l'indemnisation (...). Si la procédure prend de nouveau du retard devant un autre tribunal, une nouvelle réprimande doit être effectuée.

(4) La réparation de toute autre manière est possible notamment par le constat par le tribunal chargé de l'indemnisation que la durée de la procédure était excessive. Ce constat ne suppose aucun dépôt de requête. Il peut être formulé dans des cas graves en plus de l'indemnisation ; de même, il peut être formulé lorsqu'une ou plusieurs conditions de l'alinéa 3 ne sont pas remplies.

(5) Une action en vue d'intenter un recours tel que prévu à l'alinéa 1 peut être intentée au plus tôt six mois après l'introduction de la réprimande. L'action doit être intentée au plus tard six mois après que la décision, qui met fin à la procédure, a obtenu autorité de chose jugée ou après tout autre issue de la procédure. (...)

(6) [Définition de la procédure juridictionnelle et de la partie à la procédure]

SLC

Groupe « Fondements de la responsabilité »

## **Les fondements de la responsabilité de l'Etat en Amérique Latine : Un regard comparé sur l'Argentine, la Colombie et le Mexique**

*Grenfeth de J. SIERRA CADENA*

Docteur en Droit

Ecole de droit de la Sorbonne (Université Panthéon- Sorbonne, Paris 1)

Professeur de Droit Public, Directeur du département de Théorie juridique  
Université du Rosario, (Bogotá, Colombie)

### **PLAN**

Introduction

- I. Les caractéristiques de la responsabilité
  - A. De l'irresponsabilité à la responsabilité de l'Etat
  - B. Les responsabilités subjective et objective
  
- II. La caractérisation de la responsabilité
  - A. Par le juge
  - B. Par le législateur
  
- III. Le caractère régional de la responsabilité
  - A. La responsabilité solidaire ou le cumul de responsabilités
  - B. La constitutionnalisation ou la dogmatique de la responsabilité

Conclusion

## Introduction

En Amérique Latine, la construction du droit administratif a été marquée par le métissage juridique du droit de l'administration de l'ancien régime de la Couronne espagnole, de la modernité de la jurisprudence du droit administratif français et des « avant-gardes » de la doctrine du droit public subjectif allemand. Par conséquent, les notions de service public et d'acte administratif occupent de manière générale une place toute particulière dans la culture juridique latino-américaine. S'agissant plus précisément du droit de la responsabilité administrative, notamment de la responsabilité de l'Etat à l'égard des citoyens, certaines divergences entre Etats de la région peuvent cependant être relevées : quelques-uns ont adopté un modèle de responsabilité administrative objectif ; d'autres un modèle de responsabilité subjective déterminée par la faute ; certains enfin prévoient un régime qui n'est pas loin de concéder l'irresponsabilité de l'Etat. On peut néanmoins relever que la responsabilité de l'administration a principalement d'abord été envisagée à la lumière du droit civil (*art.1928, Código Civil de Colombia ; art. 1928, Código Civil de México ; art 1112, Código Civil de Argentina*) dans lequel la responsabilité pour faute occupe une place privilégiée. En Amérique Latine cette influence s'est peu à peu estompée sous l'effet de travaux doctrinaux qui ont élaboré une réflexion spécifique à la responsabilité administrative se détachant désormais substantiellement du droit commun.

Trois pays en particulier méritent attention en la matière : l'Argentine, la Colombie et le Mexique constituent des exemples représentatifs de cette diversité de régimes en Amérique Latine ; des laboratoires juridiques de la région. Le Mexique tout d'abord figure parmi les Etats qui ont récemment développé une théorie de la responsabilité de l'administration sous-tendue par un renforcement de la théorie de « l'Etat social de droit » alors qu'il avait jusqu'alors consacré l'irresponsabilité de la puissance publique. Une loi fédérale relative à la responsabilité de l'Etat a ainsi été votée. La Colombie est quant à elle le seul Etat de la région latino-américaine disposant d'un Conseil d'Etat qui a ainsi développé un système de justice administrative propre à l'origine d'une théorie jurisprudentielle de la responsabilité de l'Etat fondée sur une transplantation et une acclimatation de la jurisprudence du Conseil d'Etat français qui fait figure de modèle<sup>1</sup>. Le Conseil d'Etat colombien a toutefois été influencé ces dernières années par les droits de responsabilité administrative à caractère subjectif italien et espagnol et par la doctrine de la constitutionnalisation de la responsabilité de l'Etat. L'Argentine enfin est caractérisée par une

---

<sup>1</sup>Marcel POCHARD, William ZAMBRANO CETINA, *Le Conseil d'Etat en Colombie et en France. La protection de l'Etat de droit*, Paris, L'Harmattan, 2009.

organisation juridictionnelle chapeauté par une Cour Suprême de Justice fédérale dont la jurisprudence administrative a aussi été influencée par les arrêts du Conseil d'Etat français relatifs à la responsabilité objective. Néanmoins, l'exécution des arrêts portant sur la responsabilité de l'Etat reste de fait conditionnée à la situation économique du pays et à l'instar du Mexique, une loi fédérale a été votée pour encadrer la responsabilité objective de l'Etat. Le législateur argentin a ainsi encadré l'héritage de la jurisprudence de la Cour Suprême.

Une telle diversité d'approches pose des questions au droit public comparé latino-américain : comment l'aborder ? Quelle problématique commune adopter ? Comment étudier toute la palette des responsabilités existantes : responsabilité du fait d'une irrégularité de nature normative (non-respect de la Constitution, des traités, de la loi) ; responsabilité du fait du fonctionnement de la justice ; responsabilité du fait de l'activité de police, responsabilité pour omission administrative ; responsabilité du fait de l'atteinte au droit de propriété pour travaux publics ; responsabilité hospitalière ?

Au-delà de ces différences de conceptions juridiques, le droit international public et le droit constitutionnel nous donnent des outils intéressants pour envisager une comparaison. La Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) a ainsi développé un standard régional de responsabilité administrative à partir de la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la justice (*art. 8 et 10, CIDH*). Une telle grille d'analyse commune peut nous permettre de réaliser une étude comparée pratique des jurisprudences nationales. Il s'agira plus spécifiquement d'élaborer un panorama régional des fondements de la responsabilité administrative grâce à une analyse des pluralismes jurisprudentiels nationaux<sup>2</sup> qui mettra en évidence une transition d'un modèle de responsabilité purement administrative ou d'irresponsabilité administrative de l'Etat vers un modèle de responsabilité administrative constitutionalisée de l'Etat laissant place à un contrôle de conventionnalité de la CIDH et garantissant une justice équitable aux niveaux national et régional. D'autre part, on notera que la responsabilité « solidaire » (cumul de responsabilités) et la réparation intégrale du dommage à la victime ont été reconnues par le droit constitutionnel traduisant l'influence de la dogmatique du constitutionnalisme latino-américain qui s'est emparé de la question de la responsabilité de l'Etat (*art. 90, Constitution Colombienne<sup>3</sup> ; art. 16, 17, 18, Constitution argentine<sup>4</sup> ; art 113, Constitution*

---

<sup>2</sup> Grenfieth de Jesús SIERRA CADENA, *L'internationalisation pluraliste du droit public de l'intégration régionale*, Thèse, Paris, LGDJ- Fondation Varenne, 2015.

<sup>3</sup> Felipe NAVIA ARROYO, « La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política », *Revista de derecho privado*, n° 6, 2000, pp. 211 -231.

<sup>4</sup> « Dentro de la línea garantista formada por los principios que componen el Estado de Derecho el eje del fundamento constitucional se halla, a nuestro juicio, en el principio de igualdad ante las cargas pública reconocido en

*mexicaine*<sup>5</sup>). La concrétisation de principes et de valeurs constitutionnels de protection de la victime accompagne une pratique du droit administratif visant la réparation du dommage causé par la puissance publique en garantissant un « Etat social de droit »; en tant que valeur constitutionnelle en construction dans les Etats latino-américains<sup>6</sup>.

Ces deux grilles d'analyses du droit de la responsabilité de l'Etat en Amérique Latine nous conduira à réfléchir à une théorie de la justice administrative à l'échelle régionale à la lumière du droit administratif comparé. La problématique de la comparaison sera abordée à partir de trois niveaux d'analyse. Le premier présentera les caractéristiques de la responsabilité en s'intéressant dans un premier temps au passage de l'irresponsabilité à la responsabilité de l'Etat avant de décrire les régimes de responsabilité subjective et objective. Le deuxième portera sur la caractérisation de la responsabilité par le juge et par le législateur. Le troisième enfin traitera du caractère régional de la responsabilité à travers la notion de cumul de responsabilités (ou solidarité) et de la constitutionnalisation de la responsabilité.

## **I. Les caractéristiques de la responsabilité**

Les particularismes de la responsabilité de l'Etat en Amérique latine peuvent être abordés selon deux éclairages différents. Le premier repose sur la question récurrente de l'irresponsabilité de l'Etat en tant que manifestation suprême de concrétisation de la « souveraineté nationale »; une idée défendue durant la longue période de construction de l'Etat-nation sur le continent à partir du XIX<sup>e</sup> siècle et jusqu'aux dernières dictatures qui sont tombées à la fin des années 1980. Le second envisage la responsabilité de l'Etat en tant que valeur fondatrice d'une dogmatique du droit administratif français importée par les juges en Amérique latine au début de XX<sup>e</sup> siècle. Les jurisprudences nationales argentine et colombienne témoignent à cet égard d'un débat riche et fortement enraciné dans la culture juridique et administrative latino-américaine depuis près d'un

---

el art. 16 de la C.N. (5) lo que no es óbice para reconocer otros fundamentos concurrentes o complementarios como los que surgen del artículo 19 de la C.N. ("alterum non ledere") o de la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 C.P.) por causa de utilidad pública. La obligación de reparar tiene, un fundamento en la justicia que, en definitiva, es una relación de igualdad. Cuando se genera un daño por la actividad estatal se opera un desequilibrio, que no es justo que sea soportado. La Ley 1 en forma desigual por los habitantes. La retribución o compensación se rige, en principio, por las reglas de la justicia conmutativa (en proporción a la cosa) aun cuando puede haber también aplicación de los criterios de justicia legal (que impongan el deber de soportar una carga o daño en tanto ello sea razonable y no implique un sacrificio especial) o de justicia distributiva (que retribuyan a las personas los daños según criterios de mérito o de circunstancias especiales). (Juan Carlos, CASSAGNE, « El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas », *in* Sup. Const. 2014 (mayo), 29/05/2014, 3 - LA LEY2014-C, 885, Cita Online: AR/DOC/1303/2014

<sup>5</sup> Álvaro CASTRO ESTRADA, « La responsabilidad patrimonial del Estado en México, Fundamento constitucional y legislativo ». Source : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/28.pdf>.

<sup>6</sup> Voir : Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, « Carta de México sobre la responsabilidad patrimonial del Estado », 13 y 14 de Octubre de 2014. Source: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/09/Carta-de-Mexico-Responsabilidad-patrimonial-del-Estado.pdf>.

siècle<sup>7</sup>. Cette double conception a façonné l'architecture et la physionomie de la responsabilité de l'Etat sur le continent ainsi que le rôle et la place du droit administratif dans la construction du droit public à l'échelle régionale. La question de l'irresponsabilité de l'Etat, les dimensions objective et subjective de la responsabilité et la judiciarisation administrative de la responsabilité de l'Etat sont autant de questions traitées par ces deux courants d'analyse. Leurs enjeux en termes de droit comparé qui permet de souligner les particularismes de la responsabilité de l'Etat en Amérique latine sont d'une grande importance. Il s'agit de dessiner un modèle régional de responsabilité de l'Etat au-delà de la grande diversité juridico-historique qui caractérisent les pays latino-américains tendant finalement vers une standardisation tant en matière de droit constitutionnel que de droit international public.

### A. De l'irresponsabilité à la responsabilité de l'Etat

Suite aux guerres d'indépendance et civiles qui ont touché le continent latino-américain durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, la reconnaissance d'une indemnisation pour fait de guerre marque la genèse de la responsabilité de l'Etat au Mexique, en Colombie et en Argentine. Cette évolution juridique n'a pas été sans contestation, notamment de la part des partisans de la thèse selon laquelle le principe de souveraineté de l'Etat est incompatible avec une responsabilité objective de l'Etat.

Au Mexique, dans le contexte de la Révolution qui a duré de 1810 à 1820, une loi a été publiée le 30 août 1919. Il s'agit d'un important texte juridique qui aborde la question de la responsabilité de l'Etat à l'égard des nationaux et étrangers pour des dommages subis pendant cette période ; qu'ils soient le résultat d'action d'agents de l'Etat ou de révolutionnaires<sup>8</sup>. Cette responsabilité restait cependant conditionnée à la preuve que le dommage ait été causé par la faute de l'Etat qui aurait ainsi manqué à son devoir de protection<sup>9</sup>. De plus, cette loi n'assurait pas forcément une reconnaissance de la responsabilité de l'Etat au-delà de la période révolutionnaire. Selon la doctrine mexicaine, la responsabilité extracontractuelle de l'Etat trouvait son fondement dans l'article 1928 du Code civil, seul texte juridique à reconnaître une responsabilité de l'Etat au Mexique. Après cette loi de 1919, le Mexique est resté dans un état d'inaction juridique alors que

---

<sup>7</sup> Hugo Andres ARENAS MENDOZA, *Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual*, Ibáñez, 2015.

<sup>8</sup> Antonio CARRILLO FLOREZ, « La responsabilidad el Estado en México », *Revista de investigación jurídica, Mexico*, n° 1, 1977.

<sup>9</sup>« Artículo 2. IV. Por forajidos o rebeldes, siempre que se compruebe que el daño causado se consumó a consecuencia de algún acto, lenidad u omisión imputables a las autoridades legítimas encargadas de dar garantías. No habrá lugar a indemnización en el caso a que se refiere este inciso, si el paciente del daño hubiere ejecutado actos voluntarios, significativos de un reconocimiento expreso de la autoridad de los rebeldes o forajidos o de la intención de ayudarlos contra las autoridades legítimas encargadas de dar garantías ». Relaciones Internacionales en la Revolución 1913-1919. 245. Decreto expedido por Carranza, reformando la Ley de Reclamaciones de fecha 24 de noviembre de 1917. México, 30 de agosto de 1919.

grandissait la nécessité de construire une notion objective de responsabilité de l'Etat. Quelques travaux doctrinaux de l'époque ont critiqué cette inaction normative ; tant législative que jurisprudentielle<sup>10</sup>.

En Colombie la jurisprudence de la Cour fédérale au XIX<sup>e</sup> siècle puis celle de la Cour Suprême au XIX<sup>e</sup> siècle ont développé la notion de responsabilité de l'Etat dans le cadre de la guerre d'indépendance contre l'Espagne et des guerres civiles<sup>11</sup> qui ont suivies dont la finalité était l'indemnisation des dommages causés aux particuliers<sup>12</sup>. A la différence du Mexique, la dynamique jurisprudentielle a fini par établir des bases et des précédents reconnaissant une obligation de réparation du dommage provoqué par l'Etat en raison de son activité militaire. Le juge a ainsi élaboré l'un des principes au cœur du droit public colombien selon lequel l'Etat est toujours responsable pour son activité à tout moment et plus particulièrement durant la guerre. La jurisprudence de la Cour Suprême a trouvé les sources normatives de cette responsabilité de l'Etat colombien dans les articles 2341 et 2347 du Code civil. Puis, l'influence de la jurisprudence française relative à la responsabilité extracontractuelle de l'Etat sur la doctrine sur la jurisprudence a consolidé la justification d'une double responsabilité objective/subjective de l'Etat en Colombie<sup>13</sup>.

En Argentine, comme au Mexique et en Colombie, les guerres d'indépendance et civiles ont fait naître la notion juridique de responsabilité de l'Etat pour les dommages causés, en l'espèce aux étrangers. Ainsi, entre 1815 et 1860, près de mille recours en indemnisation ont été formés contre l'Etat. Ces réclamations ont stimulé un développement constitutionnel (Constitution de 1853), légal (loi 224 de 1859 dite « loi générale de responsabilité de l'Etat ») et jurisprudentiel (affaires : *Atkins, Ruscheweyh y Cia, White*) du régime de la responsabilité de l'Etat. A l'instar de la Colombie, l'Argentine a ainsi très tôt reconnu la responsabilité de l'Etat en tant qu'élément fondateur du droit public. Elle sera aussi influencée par la doctrine et la jurisprudence françaises qui ont été inspirées des idées de l'Ecole du service public et ont reconnu la notion de responsabilité pour faute de service<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Voir notamment : Venustiano GUERRA GARCIA et Pedro F QUINTANILLA COFFIN dont les thèses doctorales portent sur la responsabilité de l'Etat durant 1941. Voir aussi : Antonio CARRILLO FLOREZ, «La responsabilidad el Estado en México », *Revista de investigación jurídica*, México, n° 1, 1977.

<sup>11</sup> Hugo Andrés ARENAS MENDOZA, *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado luego de la guerra civil de 1876-1877*, Editorial Universidad del Rosario, 2009.

<sup>12</sup> Voir : Carlos MOLINA BENTANCUR, « Antecedentes y Fundamentos Constitucionales y legislativos de la responsabilidad patrimonial del Estado », *Opinión Jurídica*, Vol. 4, n°7, 2005, pp. 43-66.

<sup>13</sup> Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho Administrativo*, 10<sup>e</sup> ed., Bogotá, Legis, 2008, pp. 482-487.

<sup>14</sup> Isaac Augusto DAMSKY, « En busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado por actuación ilícita en Argentina ». Source : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/12.pdf>.

La réparation des dommages causés par les guerres d'indépendance et les guerres civiles a donc représenté une première étape de la théorie de la responsabilité de l'Etat en Amérique latine qui se développera à la lumière de la pensée libérale de l'Etat constitutionnel. Peu à peu s'ancrera l'idée selon laquelle l'Etat latino-américain ne peut causer des dommages injustifiés aux citoyens. Le principe de limitation des pouvoirs publics se renforcera durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle en devenant une base juridique de légitimation de l'Etat en Amérique latine qui s'émancipe ainsi de l'ancien régime juridique imposé par l'empire espagnol.

Les travaux de la doctrine et la jurisprudence confirmeront cette évolution, tant en Colombie qu'en Argentine. Au Mexique, le pouvoir législatif révolutionnaire consacrera une loi d'indemnisation afin de réparer les dommages affligés à des particuliers par des armes durant la période révolutionnaire de 1910 à 1920 mais sans toutefois reconnaître (jusqu'en 1994), d'une manière générale, une responsabilité de l'Etat et du fonctionnaire.

La moitié du XIX<sup>e</sup> siècle est ainsi caractérisée comme étant une période de construction d'une théorie de la responsabilité de l'Etat en Amérique latine qui n'est pas encore tout à fait séparée de la responsabilité extra contractuelle prévue par les codes civils. Il faudra attendre les développements doctrinaux et jurisprudentiels du XX<sup>e</sup> siècle, plus particulièrement en Colombie et en Argentine influencées par la jurisprudence française et l'Ecole du service public, pour que le droit administratif latino-américain commence à construire une identité juridique propre en matière de responsabilité objective et subjective de l'Etat qui sera consolidée par des lois, la jurisprudence, la doctrine et finalement la Constitution<sup>15</sup>.

## **B. Les responsabilités subjective et objective**

Le passage d'une irresponsabilité à une responsabilité objective, pleine et directe de l'Etat soutenue par des principes du droit public a été une caractéristique majeure de l'évolution du droit administratif en Amérique latine, en particulier en Argentine, au Mexique et en Colombie également marqué par un développement jurisprudentiel de la responsabilité subjective et de la notion de défaillance du service public. Notons qu'au Costa Rica<sup>16</sup>, au Pérou<sup>17</sup>, en Uruguay<sup>18</sup> et au

---

<sup>15</sup> Agustín GORDILLO, « La responsabilidad del Estado », in *Tratado de derecho administrativo*, même auteur, pp. 537-539.

<sup>16</sup> Aldo MILANO S, « Derecho administrativo costarricense », in Santiago González VARAS IBÁÑEZ (dir.), *El Derecho administrativo iberoamericano*, Granada, INAP-UIM, 2005, pp. 309 et s. L'auteur rappelle qu'en 2004, le Tribunal constitutionnel a considéré que le principe de responsabilité de l'Etat avait un fondement constitutionnel qui « *puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales* » (peut se déduire d'une interprétation systématique et contextuelle de préceptes, principes et valeurs constitutionnelles variés) (p. 309).

<sup>17</sup> Jorge DANÓS ORDONÓEZ, « Panorama general del Derecho administrativo en el Perú », in Santiago González

Brésil<sup>19</sup> la responsabilité objective de l'Etat s'est aussi ancrée en tant que doctrine dominante. En revanche, dans d'autres pays comme le Venezuela<sup>20</sup>, la responsabilité reste encore encadrée par des règles du droit civil en cas de faute du fonctionnaire mais réglementée avec des règles de droit administratif lorsqu'elle résulte d'actions illicites de l'Etat.

En 1933, l'Argentine abandonne la théorie de l'irresponsabilité de l'Etat à l'occasion de l'arrêt « *Tomas Devoto y CIA* » rendu par la Cour Suprême fédérale. A partir de ce moment débute un processus d'élaboration d'un régime de responsabilité objective. La jurisprudence va s'étoffer et la doctrine multiplier les travaux qui progressivement bâtissent une théorie de la responsabilité extracontractuelle de l'Etat associée à la responsabilité pour erreur législative, judiciaire et administrative de l'Etat. La doctrine comme la Cour Suprême fédérale ont ainsi institutionnalisé l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers en raison de l'activité licite ou illicite de l'Etat, précisément pour faute dans le cadre du service public et en cas d'expropriation forcée (Arrêts : « *Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aires*»; *Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (9 de mayo de 1989)*). Les travaux doctrinaux et la jurisprudence ont ainsi comblé le vide normatif résultant de l'inexistence d'un régime légal de responsabilité de l'Etat en Argentine<sup>21</sup>.

On constate une mutation de la notion de responsabilité de l'Etat qui dans un premier temps trouve ses fondements dans le droit civil avant d'évoluer vers une spécification propre au droit public s'inspirant du droit administratif français et notamment de l'arrêt *Blanco* de 1873 du Tribunal des conflits qui reconnaît en droit administratif français la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés aux particuliers par des personnes qu'il emploie dans le cadre du service public et la spécificité de cette responsabilité qui ne peut être régie par le droit civil et par conséquent relève de la compétence du juge administratif<sup>22</sup>.

Plus précisément, s'agissant de l'Argentine, dans l'affaire « *Ferrocarril Oeste Provincia de Buenos Aires* »

---

VARAS IBÁÑEZ (dir.), *El Derecho administrativo iberoamericano, Ibidem*, pp. 623 et s.

<sup>18</sup> Carlos DELPIAZZO, « Panorama general del Derecho administrativo uruguayo », in Santiago González VARAS IBÁÑEZ (dir.), *El Derecho administrativo iberoamericano, Ibid.*, pp. 727 et s.

<sup>19</sup> Voir : Hely LOPES MEIRELLES, « Direito Administrativo Brasileiro », *Revista dos Tribunais*, 16<sup>o</sup> edición, 1991, pp. 549 et s. ; Lúcia VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 7<sup>o</sup> ed., Sao Paulo, Malheiros, 2003, p.267 ; Carlos COELHO MOTTA, *Curso prático de Direito Administrativo*, 2<sup>o</sup> ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 215 et s. ; Celso Antônio BANDEIRA DE MELO, *Curso de Direito Administrativo*, 20<sup>o</sup> ed., Sao Paulo, Malheiros, 2006, p. 952 ; Flavio DE ARAÚJO WILLEMANN, Fernando BARBALHO MARTINS, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 189 et s.

<sup>20</sup> Allan BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo*, Tome , Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 125.

<sup>21</sup> Analía ELIADES, « *La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas* ». Source : [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id SAIJ: DACF13008.

<sup>22</sup> Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2013, p.704.

la Cour Suprême fédérale abandonne la jurisprudence selon laquelle les personnes juridiques travaillant pour l'Etat n'étaient pas responsables pour les faits commis dans le cadre de leur emploi. Les juges rappellent l'obligation d'une prestation continue et régulière du service public en précisant que l'agent public qui méconnaîtrait cette obligation engagerait la responsabilité de l'Etat dont il représente la volonté.

Progressivement, la jurisprudence argentine va élargir les cas de mise en cause de la responsabilité de l'Etat en reconnaissant la théorie de l'enrichissement sans cause de l'Etat, la théorie des droits acquis qui limite le pouvoir de l'administration, ou encore de la théorie constitutionnelle de l'égalité devant les charges publiques (*art 16, C.N.*). L'idée qui sous-tend ces régimes étant que l'Etat ne peut demander un sacrifice sans compensation. La doctrine et la jurisprudence argentines ont fait leur la théorie de « l'Etat débiteur » ; qui implique que le droit à indemnisation porte sur le dommage causé par une action illégale mais aussi en cas d'omission si le comportement légitime attendu de l'Etat en considération du principe d'égalité face aux charges publiques est absent. Enfin, le droit administratif argentin a reconnu la théorie de l'expropriation forcée et la théorie de l'assurance générale de la société comme fondements de la responsabilité de l'Etat. L'idée sous-tendue ici étant que l'Etat doit concourir à la protection de l'intérêt général éventuellement en limitant la propriété privée mais à la condition qu'il y ait indemnisation et que le principe de sécurité juridique ne soit pas mis en cause. L'Argentine a ainsi construit un cadre jurisprudentiel solide de la responsabilité objective de l'Etat consolidée par une consécration dans la Constitution avec la protection des droits fondamentaux comme l'égalité et la propriété. Il semble en effet que le passage de la responsabilité extracontractuelle prévue par le code civil à une responsabilité administrative extra contractuelle de l'Etat a été caractérisé en Argentine par une forte constitutionnalisation de l'interprétation tant du droit civil que du droit administratif par les juges de la Cour Suprême.

En Colombie, la Cour Suprême s'est aussi progressivement détachée du droit civil pour fonder une théorie de la responsabilité de l'Etat qui s'est construite en deux temps. Dans un premier moment, de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et jusque dans les années 1960, la Cour Suprême a consacré des principes propres pour créer une théorie de la réparation patrimoniale dans le cadre d'une responsabilité extracontractuelle de l'Etat. Pour y arriver, les juges ont repris la présomption objective de responsabilité pour culpa *in eligendo* et culpa *in vigilando* de l'article 2347<sup>23</sup> et 2349<sup>24</sup> du

---

<sup>23</sup> Código Civil de Colombia : « *ARTICULO 2347. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado* ».

<sup>24</sup> Código Civil de Colombia « *ARTICULO 2349. DAÑOS CAUSADOS POR LOS TRABAJADORES. Los*

code civil pour l'appliquer à l'Etat. L'agent public responsable étant placé dans l'impossibilité d'indemniser, la responsabilité est ainsi transférée au mandant, c'est-à-dire l'Etat. Dans un second moment, sous l'influence de l'Ecole française du service public, la Cour Suprême colombienne a commencé à appliquer des critères subjectifs de responsabilité directe et non subsidiaire de l'Etat. Ainsi, les juges ont reconnu que le dommage causé par l'administration dans le cadre du service public doit être réparé par la même administration car le dommage ne doit être réparé en raison de la faute personnelle de l'agent public mais de la défaillance du service public (Arrêt du 30 juin 1962). Cette solution s'inspire de la doctrine et du droit français mais s'en distingue par le fait que la Cour suprême demande à la victime de prouver la faute de service et le dommage subi. Ainsi, la responsabilité de l'agent ne disparaît pas mais est consacrée une responsabilité solidaire de l'Etat et de ses agents. La Cour Suprême continuera par la suite de consolider un modèle de responsabilité objective de l'Etat (à partir de l'article 2356 du Code civil) dans lequel par exemple l'agent public qui exerce des activités dangereuses doit prouver sa non responsabilité. Les juges vont aller plus loin en reconnaissant une responsabilité objective de l'Etat sans faute.

Jusque dans les années 1960, ces évolutions sont le fait de la Cour Suprême puis le Conseil d'Etat verra son rôle renforcé et deviendra la juridiction spécialisée pour connaître de la responsabilité de l'Etat après la grande réforme de l'administration publique de 1964<sup>25</sup>. Le Conseil d'Etat colombien, comme l'a fait la Cour suprême argentine, va définitivement se détacher des sources civiles de la responsabilité de l'Etat en trouvant dans les articles 16, 30, 31 36 de la Constitution de 1886 la raison juridique fondamentale pour fonder la responsabilité de l'Etat (Arrêt du 2 novembre 1960, *Responsabilidad por daño causados a propiedad en operaciones militares de orden publico*). Ce faisant, le juge administratif a constitutionalisé la responsabilité de l'Etat et l'a consolidée en récupérant l'héritage jurisprudentiel de la Cour Suprême afin de fonder un régime commun de la responsabilité de l'Etat en Colombie.

Le Conseil d'Etat va par la suite engager une évolution d'une responsabilité constitutionnelle de l'Etat à une responsabilité jurisprudentielle extracontractuelle de l'Etat en trois étapes. La première est caractérisée par la construction d'un régime commun de responsabilité extracontractuelle de l'Etat pour les dommages causés aux tiers sans se préoccuper de l'existence ou non d'une faute de l'agent public. Cette jurisprudence s'est inspiré des arrêts de la Cour Suprême qui ont précisé la notion de défaillance du service public (Arrêt du 26 octobre 1976, *Sec.*

---

*empleadores amos responderán del daño causado por sus trabajadores criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los empleadores amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores criados o sirvientes ».*

3a , Exp 1489, Banco Ganadero del Magdalena). La deuxième étape est marquée par l'influence du droit administratif français post-deuxième guerre mondiale. Précisément, dès 1989, le Conseil d'Etat colombien a commencé à développer un modèle de responsabilité de l'Etat à partir de la faute présumée de l'Etat pour ses activités de haut risque comme la conduite de voitures officielles ou l'utilisation d'armes à feu (Voir Arrêts : CE, *Sentencia del 30 de Junio de 1992, Exp 6897* ; CE, *sala de lo contencioso administrativo, seccion tercera, Sentencia del 31 de Julio 1989, Expediente 2852*; CE. *Sala de lo contencioso administrativo, Seccion tercera, setencia del 19 de diciembre de 1989, Expediente 5290*; CE. *Setencia del 28 de abril de 1989, expediente 3852*; CE. *Sala de los contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 30 de Julio de 1992, Expediente 10774*). Finalement, le Conseil d'Etat a reconnu un régime de responsabilité de l'Etat encore plus favorable aux victimes qui ne se préoccupe pas de l'existence d'une faute présumée ou prouvée mais instaure un modèle responsabilité objective/solidaire fondé sur une présomption de responsabilité de l'Etat. L'article 90 de la Constitution de 1991 a servi de fondement à cette avancée jurisprudentielle (Voir Arrêts : CE. *Sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, Expediente S-123*; CE. *Sección tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, Expediente 6754*; CE, *sección tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6897*). Ainsi en Colombie, historiquement la responsabilité de l'Etat s'est d'abord fondée sur la faute, il s'agissait d'une responsabilité à caractère subjectif mais la jurisprudence du Conseil d'Etat a finalement développé un modèle à deux vitesses ; entre une responsabilité objective et une responsabilité subjective caractérisée par le type de faute<sup>26</sup>.

Par ailleurs, au Mexique, la responsabilité de l'Etat reconnue dans la loi de 1932 était subsidiaire : l'agent public devait être reconnu responsable et ne pas disposer du patrimoine nécessaire à l'indemnisation du dommage. Puis, en 1942, le Mexique a voté une loi dite de « *depuración de créditos* » (« épuration des crédits ») qui a représenté une avancée substantielle au regard de l'article 1928 du code civil. Cette loi a cependant été inefficace car la procédure qu'elle prévoyait s'est révélée très difficile à appliquer tant par le citoyen que par l'administration. Finalement, cette loi a été abrogée en 1988 et en 1994 ont été reformés les articles 1927 et 1928 du Code civil et ajouté un article 77 bis à la loi fédérale de responsabilité des fonctionnaires publics. Dans l'article 1927 du code civil a été inscrite la responsabilité directe de l'Etat en qualité solidaire à côté de celle des fonctionnaires publics. Mais si le dommage est causé par une action fautive du fonctionnaire la responsabilité de l'Etat reste toujours subsidiaire. Quant à l'article 77 bis de la loi fédérale de responsabilité des fonctionnaires publics, il trouve application seulement si la faute du fonctionnaire a été jugée illicite par un tribunal. L'avancée la plus importante au Mexique a été la

---

<sup>25</sup> Jaime VIDAL PERDOMO, *op. cit.*, pp. 482-487.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

réforme de l'article 113 de la Constitution en 2002. Depuis lors la responsabilité objective et directe de l'Etat pour activité administrative sans faute est inscrite dans la Constitution ; comme en Colombie (art 90 de la Constitution).

## **II. La caractérisation de la responsabilité**

La responsabilité de l'Etat en Amérique latine a avant tout été le produit de l'action des juges. La démocratie réelle et la division des pouvoirs a été une exception sur le continent pendant tout le XIXème siècle et une grande partie du XXème siècle. Dans un tel contexte, l'irresponsabilité de l'Etat était une réalité constante des régimes politiques autoritaires qui souhaitaient échapper à tout contrôle ; aussi bien politique que juridique. L'Argentine et la Colombie font toutefois exceptions. La Cour Suprême d'Argentine comme la Cour Suprême et le Conseil d'Etat Colombien ont en effet réussi à élaborer une jurisprudence sur la responsabilité de l'Etat que fait figure de contre-pouvoir face aux débordements de la puissance publique. Les fondements civils en matière de responsabilité extra contractuelle, les fondements constitutionnels du droit à l'égalité devant les charges publiques et la dogmatique de la théorie française du service public ont bâti leurs cadres juridiques sur la responsabilité de la puissance publique. En revanche, pendant une longue période, le Mexique a refusé toute notion de responsabilité de l'Etat, tant dans sa jurisprudence que dans sa législation. Finalement, l'influence de la théorie de « l'Etat social de droit » particulièrement forte durant les années 1990 a permis le vote d'une loi codifiant la notion de responsabilité de l'Etat et institutionnalisant un juge administratif pour la juger.

La responsabilité de l'Etat en Amérique latine est ainsi marquée par une double caractérisation : par le juge et par le législateur.

### **A. Par le juge**

La Cour Suprême de la Nation d'Argentine a développé une riche jurisprudence qui témoigne d'une évolution des fondements de la responsabilité de l'Etat dans un premier temps distinguée de celle de ses agents. Etait nécessaire un lien entre l'employé et la fonction, puis a été reconnue la faute de service, puis la théorie de l'organe et le dommage causé par une activité légitime<sup>27</sup>.

La responsabilité des faits des employés du service public se fonde sur une conception subjective car elle est engagée en cas de dommage provoqué par le comportement dolosif (avec faute de l'agent) ou fautif d'un agent public. La Cour Suprême fédérale argentine a pu affirmer que l'article

---

<sup>27</sup> Carlos BOTASSI, « Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino », *Derecho PUCP*, n° 67, 2011.

1112 du Code civil constituait une règle de droit public et fondait de façon adéquate la responsabilité de l'Etat sans besoin de faire appel au régime de la responsabilité directe par le fait de l'agent de l'article 1113 du Code civil. (Voir Arrêts : *S.A Tomas Devoto y Cia C/ Gobierno nacional*, 22 de sept de 1993, Fallos, t. 169 P 111 ; *Seru, Liliana c/ Prov de Buenos Aires*, 28 de junio de 1978, Fallos t. 3000 p 867). La responsabilité objective et directe se fonde quant à elle sur une défaillance du service public. On constate ainsi le passage à une responsabilité objective car il n'est plus indispensable de déterminer s'il existe un dol ou une faute de l'agent public<sup>28</sup>. De plus, la théorie de la responsabilité de l'Etat en Argentine va être de plus en plus influencée par la notion d'« Etat de droit » qui garantit la protection de droits aux particuliers comme un droit à la propriété ce qui justifie que toute expropriation forcée pour utilité publique doit être encadrée par l'obligation pour l'Etat de compenser les préjudices économiques soufferts par la personne obligée de céder sa propriété (Voir Arrêts : *Canton , Mario c/ Gobierno Nacional* 15 de mayo de 1979 fallos t. 301 , p . 403; *Motor Once S.A. C/ Municipalidad de Ciudad de Buenos Aires* 9 de mayo de 1989). Comme a pu le résumer Carlos Botassi : la responsabilité de l'Etat en Argentine a trouvé une base propre dans le droit public au-delà de ses fondements dans le Code civil (article 1112). Précisément, la responsabilité de l'Etat en raison du mauvais fonctionnement du service public trouve son origine dans le dol ou la faute de l'agent public mais la théorie de l'organe permet au juge de séparer la responsabilité civile personnelle de l'agent public et la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnaire. La difficulté juridique qu'éprouve le juge à individualiser la responsabilité des agents publics responsables du dommage a conduit une jurisprudence, influencée par la doctrine de la faute de service public et la théorie de l'organe, consolidant la responsabilité directe et objective de l'Etat considérée comme le moyen le plus juste, adéquat et efficace afin de réparer le dommage causé. Le devoir de réparation de l'Etat se fonde donc, tant en Argentine qu'en Colombie, sur un devoir constitutionnel de protection de la propriété privée et le principe de l'égalité devant les charges publiques. La doctrine argentine s'est trouvée dans l'impossibilité de déterminer un seul fondement de la responsabilité de l'Etat mais le soubassement commun de tout le droit de la responsabilité de l'Etat en Argentine –aussi bien pour ses activités licites qu'illicites- est en la notion « d'Etat de droit » qui implique aussi un « Etat de devoirs », notamment de protections des droits fondamentaux des citoyens qui ainsi ne doivent subir de préjudice du fait de l'action de l'Etat. On peut ainsi parler en Argentine d'une

---

<sup>28</sup> Voir : Argentina, Corte Suprema de Justicia : Arrêts : *Ferrocarril Oeste Provincia de Buenos Aires* ; *Vadell, Jorge F.c/ Provincia de Buenos Aires*, 18 de diciembre de 1984, fallos t. 306 p. 2030 ; *Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional*, 31 de agosto de 1999, fallos t. 322 p. 1888 ; *Izauralde, Roque R c./ Provincias de Buenos Aires*, 31 de agosto de 1999 , fallos t. 322 p 2002 ; *Bea, Hector y otros c/ Estado nacional*, 31 de agosto de 2010 jurisprudencia argentina, 2011-323.

théorie jurisprudentielle de la pleine responsabilité de l'Etat<sup>29</sup>.

En Colombie, en raison d'absence de mise en cause de la responsabilité de l'Etat, donc d'un manque de protection des citoyens, dans tous les cas où aucune faute ne pouvait être prouvée, la jurisprudence de la Cour Suprême puis la jurisprudence du Conseil d'Etat ont consolidé une responsabilité de l'Etat dans le cadre de l'exercice de ses activités, donc une responsabilité pour faute de service. Mais une telle notion s'est révélée inefficace dans de nombreux cas pour réparer les dommages causés aux particulier et de nouvelles formes spécifique de responsabilité de l'Etat se sont développées (dans la jurisprudence) telles que la responsabilité pour dommage spécial (*daño especial*) ou la responsabilité pour travaux publics. Ces régimes spéciaux relèvent d'une construction jurisprudentielle objective de la responsabilité. Par ailleurs, avec l'article 90 de la Constitution, la responsabilité en Colombie ont été constitutionalisée en lien avec la notion « d'Etat social de droit » et confirmé comme en Argentine le passage d'une responsabilité subjective à une responsabilité objective. Toutefois, comme l'affirme Juan Carlos Henao<sup>30</sup>, la doctrine colombienne a objectivé le concept de dommage mais subsiste le régime de la responsabilité subjective : « Dans la pensée du constituant le déplacement du centre de gravité de la responsabilité, vers une notion à caractère objectif, comme est la notion de dommage « *antijurídico* » (sans fondement juridique), n'a pas signifié la mort de la faute de service ni de toutes les autres théories que la jurisprudence a élaborées ». Ainsi, en Colombie, la notion de dommage « *antijurídico* » (sans fondement juridique) ne fonde pas un régime de responsabilité propre mais se retrouve dans le régime de responsabilité subjective et objective de l'Etat. Ce dommage requiert plusieurs titres d'imputation<sup>31</sup>, une spécificité de la responsabilité de l'Etat en Colombie<sup>32</sup>. La faute de service (faute prouvée ou présumée), le dommage spécial, la théorie du risque, et les régimes spéciaux comme la responsabilité de l'Etat par le fait de la loi, l'acte administratif unilatéral illégal constituent le cadre normativo-jurisprudentiel de la responsabilité de l'Etat en Colombie.

Des différents régimes que la jurisprudence colombienne a développé pour régler la responsabilité de l'Etat, celui basé sur la défaillance de service a été consacré en tant que régime commun du droit administratif colombien ; il s'agit d'un régime de responsabilité objective consolidé par Conseil d'Etat colombien. Les éléments constitutifs de la responsabilité résultent

---

<sup>29</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 9<sup>o</sup> ed., Tomo I. Buenos Aires, Perrot, 2008, p. 487.

<sup>30</sup> Juan Carlos HENAO, « Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado », *Revista de Derecho Privado*, n.° 28, janvier-juin 2015, pp. 277-366.

<sup>31</sup> Angelica María ARMENTA ARIZA, « El régimen de la responsabilidad del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación », *Revista Via Iuris*, 2009, p.90.

<sup>32</sup> David ARCE ROJAS, *Responsabilidad Extra contractual del Estado por danos ambientales*, Universidad Javeriana, 2003, p.

d'une action contraire à la norme juridique d'habilitation légale. Il y a défaillance de service lorsque la prestation de service public n'est pas complète ou de mauvaise qualité, ce qui constitue une « violation du contenu de l'obligation ». La victime au moment de saisir le juge doit prouver de façon claire, précise et détaillée la défaillance du service, l'existence d'un dommage qui touche son patrimoine juridique et un lien de causalité entre la défaillance et le dommage. Pour ne pas être reconnu responsable, l'Etat doit prouver l'inexistence d'un lien de causalité en arguant de la force majeure, du cas fortuit, d'une faute de la victime, ou du fait d'un tiers. La faute présumée de service est un régime intermédiaire qui se place entre celui de la faute prouvée et les régimes objectifs et qui continue à utiliser la notion de faute de service mais de façon inverse : l'administration doit prouver qu'elle n'est pas responsable. Ce régime est le résultat des difficultés que présente la victime à prouver la responsabilité de l'Etat. Le Conseil d'Etat a consacré la théorie de la faute présumée mais en l'encadrant : doivent être prouvés un dommage et un lien entre le dommage et l'action de l'administration. Pour échapper à une telle présomption, l'Etat doit prouver qu'il a agi avec prudence, responsabilité et précaution sans avoir eu l'intention de provoquer un dommage. Il peut aussi prouver que le dommage a été produit par des faits extérieurs à l'activité administrative comme le fait de la victime ou l'action d'un tiers. Ce régime a été appliqué par le Conseil d'Etat à l'égard d'actions de l'administration qui constituent des activités à haut risque comme l'usage d'armes à feu par les services de sécurité, aussi en cas de défaillance de services de santé. Par ailleurs, il existe des régimes objectifs dans lesquels la responsabilité de l'Etat est présumée sans besoin de l'existence de l'élément subjectif de la faute de la victime ou de la faute de service ; qu'elles soient présumées ou prouvées. Citons ainsi les notions de dommage spécial et d'expropriation et occupation d'immeubles en cas de guerre. Le préjudice est spécial et anormal lorsque l'action de l'Etat encadrée par la loi constitue une charge supérieure pour le citoyen à celle qu'il doit normalement supporter. Ce modèle de responsabilité est exceptionnel et s'applique lorsque les régimes communs ne peuvent l'être. La responsabilité en cas de guerre obéit au principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Le risque exceptionnel est quant à lui un type de responsabilité objective dont le contenu a été précisé de la façon suivante par le Conseil d'Etat colombien : « Selon cette théorie, l'Etat engage sa responsabilité quand dans le cadre de la construction d'un ouvrage ou la prestation d'un service, développés au bénéfice de la communauté, il emploie des moyens ou utilise des ressources qui mettent les administrés, aussi bien dans leur personne que dans leurs biens, en situation d'être exposés à un risque naturel exceptionnel qui, compte tenu de sa particulière gravité, excède manifestement les charges que doivent normalement supporter les administrés en contrepartie

des bénéfiques qui dérivent de l'exécution de l'ouvrage ou de la prestation du service » (Arrêt : *Consejo de Estado, Sección Tercera, Febrero 20 de 1989 Expediente No. 4655 MP. Antonio J. De Irisarri Restrepo.*). Le risque exceptionnel concerne les activités de l'Etat à haut risque qui peuvent faire reposer sur la communauté des charges qui excèdent ce qu'elle peut supporter. Il s'agit notamment des activités relatives aux réseaux à haute tension, l'administration d'explosifs, l'usage d'armes à feu et la conduite de véhicules officiels. Enfin, signalons que la notion d'erreur judiciaire en matière pénale reconnue notamment en cas de détention injuste est encadrée en tant que responsabilité objective de l'Etat tant par le droit positif (article 414 du Code de procédure pénale) que par la jurisprudence du Conseil d'Etat : «Il est confirmé qu'il s'agit d'un type de responsabilité objective dans la mesure où elle ne requiert pas l'existence d'une faute de service, raison pour laquelle n'a aucune incidence la détermination de l'existence ou non dans l'ordonnance qui ordonna la privation de la liberté d'une erreur judiciaire ; l'exonération de la responsabilité de l'administration n'est pas possible avec la seule preuve d'une diligence qui en l'espèce se traduirait par la démonstration que l'ordonnance était conforme à la loi »<sup>33</sup>.

## **B. Par le législateur**

En 2004, une loi fédérale de responsabilité patrimoniale de l'Etat a été votée pour préciser l'article 113 de la Constitution mexicaine<sup>34</sup>. La responsabilité objective et subsidiaire de l'Etat est explicitement inscrite dans cette loi (art. 1er) qui prévoit en outre que la demande de dédommagement ne sera pas formée auprès de l'administration sinon au moyen d'un recours de la victime devant un juge administratif spécialisé : le tribunal fédéral de la justice fiscale et administrative, une sorte de cour administrative suprême qui a été créée pour résoudre les conflits entre l'administration et les citoyens. Cette loi a représenté une grande innovation dans le droit public mexicain. La loi a par ailleurs créé un régime d'exonération (art. 3) de la responsabilité de l'Etat pour des faits résultant d'événements naturels, de l'activité licite de l'Etat, de faits qui ont été impossibles à prévoir malgré les études et la précaution de l'administration, et de faits qui se sont produits à cause du comportement de la victime. La loi dispose en outre que la nullité des actes administratif (art 20) reconnue par une procédure administrative ou une procédure conduite devant la juridiction administrative ne configure pas automatiquement un droit à réparation<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Voir : Arrêt du 15 septembre 1994, Exp. 9391 ; Actor: Alberto Uribe Oñate; MP. : Uribe Acosta; Sentencia, Exp. 10.229; Actor: José Angel Zabala Méndez, MP. : Betancur Jaramillo.

<sup>34</sup> Voir : <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>.

<sup>35</sup> Rebeca GARCÍA MARTÍNEZ, « Inconstitucionalidad del Artículo 30 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos ».

De plus, le principe de réparation intégrale du dommage est actée (art. 12) , qu'il soit physique ou morale, mais à la condition les conditions suivantes soient réunies (art. 21) : a) Dans le cas où la cause (ou causes) qui a (ont) produit le dommage est (sont) identifiable(s), le rapport cause-effet, entre le dommage supporté par le patrimoine et l'activité administrative irrégulière imputable à l'Etat doit être prouvé très clairement ; b) En d'autres cas, la seule cause ou la concurrence de faits et conditions de la cause, comme la participation des agents à la production du dommage objet de réclamation, doit être prouvée avec l'individualisation précise des faits qui ont produit le résultat final, en observant de façon rigoureuse les conditions ou circonstances originaires ou qui sont survenues afin de déterminer s'il existait des procédures pour réduire ou agrandir le dommage patrimonial demandé. La responsabilité de l'Etat doit être prouvée par la victime (art. 22) cependant l'Etat peut prouver la participation des particuliers ou de la victime elle-même à la production du dommage, que le dommage ne soit pas le résultat de l'activité irrégulière de l'administration, que le dommage est la conséquence de faits ou de circonstances imprévisibles ou inéluctables selon les connaissances techniques et scientifiques, ou bien d'un événement que l'Etat n'aurait pas pu contrôler ; dans tous ces cas, la responsabilité de l'Etat est écartée. Si l'action en réparation trouve son origine dans des faits ou des actes commis par un concessionnaire de services publics qui agit au nom de l'administration publique fédérale et dans l'exercice de la prestation du service, l'Etat sera reconnu directement responsable. La doctrine signale cependant que le Mexique est caractérisé par un manque de culture juridique et sociale au sujet de la possibilité de former des réclamations contre l'Etat. Cet état de fait représente une défi important de la loi<sup>36</sup>

En Argentine, la loi de responsabilité de l'Etat et des agents publics (Loi 26.944 du 2 juillet 2014)<sup>37</sup> acte du passage d'une responsabilité jurisprudentielle reconnue par la Cour Suprême fédérale à une responsabilité normative encadrée par le législateur. Cette loi constitue un changement très important dans l'histoire juridique du droit public argentin. Elle est en effet le premier texte juridique qui aborde de façon générale et organique la question de la responsabilité de l'Etat.<sup>38</sup> Tout d'abord, le législateur argentin a fait sienne la doctrine administrative qui affirme que la responsabilité de l'Etat est un dispositif du droit public qui se distingue clairement des règles du droit civil. En outre, l'article 2 de la loi reprend la jurisprudence de la Cour Suprême fondée à partir du fameux arrêt « *Vadell* » qui actera d'une responsabilité objective et directe de

---

Source : <http://www.tjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/inconstitucionalidaddelarticulo.pdf>.

<sup>36</sup> Luis Humberto DELGADILLO GUTIERREZ, « La responsabilidad patrimonial del Estado mexicano ». Source : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2301/11.pdf>.

<sup>37</sup> Voir : <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/233216/norma.htm>.

<sup>38</sup> Pablo Esteban PERRINO, « Lineamientos principales de la ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios

l'Etat. Elle est objective car elle écarte la faute ou le dol de l'agent public comme élément déterminant la responsabilité de l'Etat ; elle est directe car la responsabilité de l'Etat n'est pas reconnue en raison du dommage causé par le fait de ses agents mais en raison de son action administrative propre<sup>39</sup>.

La loi procède par ailleurs à un encadrement de la responsabilité de tous les organes de l'Etat (art. 1) tant par le fait d'un action légitime ou illégitime (art. 3, 4 et 5) ; la première à partir de la notion de défaillance du service et la seconde à partir de la notion de sacrifice spécial (*sacrificio especial*). La notion de défaillance du service (art. 3) régleme le comportement irrégulier de l'administration publique, mais aussi de tous les pouvoirs publics, y compris de la justice. Est reconnue la responsabilité de l'Etat en cas de dommages causés par des lois inconstitutionnelles, des erreurs judiciaires ou des défaillances dans l'administration de la justice. Cependant, la loi (art 6) exclue la responsabilité de l'Etat, directe ou subsidiaire, si les dommages sont causés par l'action ou l'omission de personnes chargées d'une fonction publique déléguée par l'Etat. La doctrine est très critique de cet article 6 qui écarte la responsabilité de l'Etat qui a délégué son action à des particuliers. Cette position n'est pas cohérente avec les fondements de la responsabilité de l'Etat en Argentine.

Le Mexique et l'Argentine sont révélateurs de cette nouvelle tendance de codification de la responsabilité de l'Etat en Amérique latine en tant que limite à l'activisme du juge. La responsabilité de l'Etat en Amérique latine a fait figure de réponse juridique de la jurisprudence à la tendance politique à accepter voire encourager un Etat irresponsable. Pour les trois pays étudiés, l'école française du service public marqua en ce sens un point d'inflexion ; de façon directe en Argentine et en Colombie à travers la jurisprudence des juges suprêmes et uniquement par la voie doctrinale au Mexique<sup>40</sup>. L'école du service public a en effet créé les fondements de la responsabilité objective de l'Etat en la détachant de la responsabilité subjective de l'agent public<sup>41</sup>. Le citoyen s'est ainsi vu reconnaître une garantie juridique pour attaquer un Etat défaillant cependant les gouvernements de la région comme en Argentine et en Mexique, ont tenté à l'aide de lois de limiter et de recadrer leurs responsabilités pour s'écarter d'un régime de de responsabilité objective et solidaire illimitée. La théorie de l'Etat social de droit et le contrôle de conventionnalité des traités internationaux comme la Convention IDH ont en outre ouvert de

---

y agentes públicos ». Source : <http://www.calp.org.ar>.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Allan R. BREWER-CARIAS, « El régimen constitucional de los servicios públicos », in *Exposición inaugural en las VI jornadas internacionales de derecho administrativo*, Caracas, 5-8 marzo 2002.

<sup>41</sup> Juan Carlos HENAO PEREZ, *Le dommage : analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'Etat en droit colombien et en droit français*, Thèse, Paris II, 2007.

nouveaux défis au regard de l'évolution de la nature de la responsabilité de l'Etat. L'objectivité de la responsabilité de l'Etat est devenue une manifestation concrète de l'Etat de droit en Amérique latine et constituera l'un des éléments fondamentaux du régime juridique de responsabilité qui se développera à partir de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

### **III. Le caractère régional de la responsabilité**

La responsabilité de l'Etat est une question traitée dans le cadre du Système interaméricain des droits de l'homme à travers le contrôle de conventionnalité des droits nationaux. Précisément, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a construit une dogmatique de protection de la personne face à l'action ou l'omission administrative de l'Etat qui sont ainsi considérées non seulement dans le cadre du droit public national mais aussi dans la sphère d'un droit public régional<sup>42</sup>. Cela a développé deux logiques de convergence : la première fait de la responsabilité solidaire ou cumul de responsabilités un élément d'un droit commun régional ; la seconde repose sur la constitutionnalisation régionale de la responsabilité dans la dogmatique de l'Etat de droit.

#### **A. La responsabilité solidaire ou le cumul de responsabilités**

En effet, la Cour IDH a développé une jurisprudence de garantie de droits passant notamment par la reconnaissance des principes de responsabilité de l'Etat, de protection de la victime et de réparation intégrale du dommage. Ce faisant, les juges régionaux cherchent à construire un standard régional de protection à partir d'une notion de « solidarité » de la responsabilité de l'Etat. La responsabilité solidaire acte une extension de la responsabilité de l'Etat au-delà des frontières de la fonction administrative classique<sup>43</sup>. En ce sens sont non seulement concernés les agents publics mais aussi toutes les personnes physiques ou morales qui exercent ou participent à une activité administrative avec délégation de personnes publiques comme l'a construit la jurisprudence du Conseil d'Etat français avec sa théorie de « la faute de service et du cumul de responsabilités ». Cette théorie a été adoptée par le Conseil d'Etat colombien, la Cour Suprême d'Argentine, le législateur mexicain et donc la Cour IDH.

La responsabilité solidaire n'implique pas une quantification juridique du montant de l'indemnisation qui revient à l'Etat et de celle qui revient au particulier en considération de leur

---

<sup>42</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

<sup>43</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN (coord.), Rosmerlin ESTUPIÑAN SILVA, Luis-Miguel GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Juana María IBÁÑEZ RIVAS, Martín Nicolás MONTOYA CÉSPEDES, Grenfieth de Jesús SIERRA CADENA, *Derechos Humanos en Contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los Estados partes*, Mexico, Tirant, 2015.

niveau de participation dans la production du dommage. Elle est en effet sous-tendue par le principe selon lequel les citoyens qui subissent des dommages soient garantis d'une sécurité juridique justifiant une réparation effective assurée par l'Etat qui doit in fine assumer la responsabilité. Ces standards régionaux ont aussi été intégrés dans les législations internes ; ainsi de la Colombie à l'article 16 de la loi 446 de 1998 et du Mexique dans les articles 29 et 30 de la loi fédérale de responsabilité de l'Etat de 2004.

En Argentine cependant, l'article 6 de la loi de responsabilité de l'Etat n° 26.944 de 2014 exclut la responsabilité solidaire de l'Etat. En Colombie, l'incise 4 de l'article 140 de la loi 1437 de 2011 (code administratif) prévoit des limites à la solidarité de l'Etat (dans le cadre d'un système de cumul de responsabilités). La Cour constitutionnelle colombienne (Sentencia C-055/16) a notamment déclaré en 2016 son incompetence pour trancher la constitutionnalité de l'article et a considéré qu'il revenait au Conseil d'Etat de l'interpréter et de poser des limites.

Dans toute sa jurisprudence, la Cour IDH a développé cette doctrine de deux manières. Les juges ont en premier lieu étendu la notion de victime qui a ainsi pris une double dimension. Tout d'abord, n'est pas seulement qualifiée de victime la personne qui a supporté directement le dommage mais aussi leur proches (Voir Arrêts : *masacre Ituango vs Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006*)<sup>44</sup> ; ensuite, la notion de réparation du dommage doit être intégrale tant dans sa dimension économique que morale (Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 227*). La réparation prend donc ici un contenu tant juridique (pécuniaire) que moral (vérité) et éthique (mémoire). A cet égard, relevons par exemple que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne (SU-254 de 2013) a adopté un standard construit par le droit international des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour IDH portant sur la dimension, la nature, les modèles et la classification des victimes qui ont droit à une réparation intégrale de la part de l'Etat. La réparation intégrale de l'Etat est seulement possible dans le cadre d'une réparation solidaire de la part de l'Etat ; il s'agit d'une condition *sine qua non* de l'effectivité de la protection reconnue au niveau international et plus spécifiquement dans le cadre du Système interaméricain des droits de l'homme. Un troisième élément est l'exécution *ex officio* de toutes les décisions obligatoires du Système interaméricain, et encore plus des arrêts de la Cour IDH. Il s'agit d'un instrument qui doit assurer l'effectivité de la responsabilité internationale de l'Etat en

---

<sup>44</sup> CIDH, « *El Tribunal considera inadecuado que haya sido necesario que los representantes de las víctimas debieran iniciar acciones (...) a nivel interno para procurar el cumplimiento de [la] medida de reparación... Sin perjuicio de lo anterior, la Corte valora positivamente lo resuelto por los tribunales internos* ».

droit interne.

De fait, le contrôle de conventionnalité permet toujours une marge nationale d'appréciation des droits international et régional des droits de l'homme par le juge national mais cette marge ne peut être comprise comme la possibilité d'une non-application des traités à partir d'une interprétation de leurs dispositions par les juges nationaux. La marge nationale d'appréciation est en effet un procédé qui invite ces derniers à prendre une certaine distance quant au droit supranational mais avec mesure et prudence pour ne pas casser la mécanique de coordination entre ordres normatifs et conduire à une anarchie des formes et des contenus juridiques.

Dès lors, le respect des standards régionaux ne peut être relativisé par le droit positif interne : le législateur et le juge national dispose de la latitude de les adapter aux circonstances concrètes de leur corpus et environnement juridiques mais sans dénaturer ni diminuer le droit régional. L'objectif de la marge nationale d'appréciation dans le SIDH est double : reconnaître la réalité de la diversité des systèmes juridiques nationaux mais aussi la nécessité de construire un ordre juridique régional à vocation universelle ; avec une responsabilité internationale de l'Etat qui ait une effectivité réelle en droit interne.

Ainsi, toute tentative législative ou jurisprudentielle qui prétendrait limiter la responsabilité solidaire de l'Etat met en jeu l'effectivité des standards régionaux développés dans le cadre du SIDH par la Cour IDH qui a consacré la doctrine de la réparation intégrale de la victime en cas de violation des droits de l'homme de la part de l'Etat ou de l'un de ses représentants.

Dans ce contexte, la doctrine et la jurisprudence des Etats latino-américains ont progressivement élaboré une interprétation des principes *pro civis, favor libertis ou pro homine* ne mettant pas en question le processus d'intégration régionale. La responsabilité de l'Etat reconnue au niveau du SIDH trouve une effectivité dans les droits internes ; elle est un exemple des relations juridiques qui se nouent entre le droit international des droits de l'homme et la Constitution nationale. A cet égard, la Cour IDH, qui a consolidé à travers sa jurisprudence un *corpus iure* propre des droits de l'homme, a pu indiquer en réponse à une question préjudicielle (OC-16/1999) que : « le *corpus iure* du droit international des droits de l'homme est composé d'un ensemble d'instruments internationaux au contenu, aux formes et aux effets pluriels ». Ainsi, la protection du SIDH est envisagée de manière systémique et intégrée entre le droit régional et les droits nationaux.

## **B. La constitutionnalisation ou la dogmatique de la responsabilité**

Ce qui a motivé cette reconnaissance de la responsabilité solidaire de l'Etat dans le Système

interaméricain des droits de l'homme n'est pas seulement la théorie de « l'Etat de droit », c'est également le fait juridique que la plupart des constitutions des Etats de la région intègrent la solidarité et l'existence d'une clause générale de responsabilité de l'Etat influe de façon décisive et dissuasive sur le fait que l'Etat ne doive pas agir au détriment de l'individu. Ainsi, le système régional de protection des droits de l'homme permet de garantir de façon effective les principes de responsabilité de l'Etat et de réparation intégrale à la victime.

En Colombie par exemple les jurisprudences de la Cour constitutionnelle<sup>45</sup> et du Conseil d'Etat ont interprété les articles 1,2,29, 93, 229 et 250 de la Constitution en harmonie avec les traités portant sur les droits de l'homme ratifiés par la Colombie comme la Convention interaméricaine des droits de l'homme et le Pacte interaméricain des droits civils et politiques. Sont ainsi intégrés au droit interne les standards régionaux de protection des victimes qui insistent sur le besoin de vérité, de justice et de réparation intégrale aussi bien économiquement, moralement, ou en nature.

La responsabilité solidaire et objective de l'Etat est devenue un mandat juridique qui s'appuie sur un double fondement : le premier est le SIDH avec la jurisprudence de la Cour IDH qui constitue une source juridique directe pour le droit administratif national ; le second est les constitutions nationales qui ont développé la notion « d'Etat social de droit ». Cette notion demande en effet une lecture de la loi fondamentale globale et finaliste qui prennent en considération à la fois la responsabilité de l'Etat et la réparation intégrale du dommage. Par conséquent, toute limitation apportée au corpus juridique du SIDH est aussi une violation des ordres constitutionnels nationaux. Finalement, le principe de proportionnalité est devenu un principe important au moment d'appliquer la marge nationale d'appréciation en permettant de pondérer l'application du droit supranational dans l'ordre interne. Ainsi, il permet de délimiter la responsabilité objective et subjective de l'Etat constitutionnel qui s'inscrit dans un cadre juridique régional.

---

<sup>45</sup> « El artículo 90 de la Constitución colombiana estipula que el Estado tiene la obligación de “responde[r] patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” y el artículo 93 de la Constitución indica claramente la integración de la Convención en el bloque de constitucionalidad. En este marco, los fallos de la Corte gozan de una recepción directa en el sistema interno y además de ellos, algunos actos jurídicos unilaterales y cuasi-contenciosos del sistema también gozan de efectos vinculantes en el derecho interno. Técnicamente, el Estado debe ejecutar ex officio las decisiones vinculantes del sistema interamericano, sin embargo, existen tres mecanismos expeditos para activar el cumplimiento de sus obligaciones ex parte: la acción de tutela, la conciliación de la Ley 288 de 1996 y el proceso ejecutivo. La Corte interamericana se ha pronunciado acerca de estas medidas de ejecución ex parte en Colombia afirmando que: el Tribunal considera inadecuado que haya sido necesario que los representantes de las víctimas debieran iniciar acciones (...) a nivel interno para procurar el cumplimiento de [la] medida de reparación... Sin perjuicio de lo anterior, la Corte valora positivamente lo resuelto por los tribunales internos » (Rosmerlín ESTUPIÑAN SILVA, « Colombia », in *Derechos Humanos en Contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los Estados partes*, op. cit., p.142.

## Conclusion

A la lumière de l'analyse de ces trois Etats latino-américains qui font figure de modèles, il semble que la responsabilité de l'Etat en Amérique latine ait été un signe distinctif de la construction de l'Etat de droit elle-même. A mesure que l'Etat de droit s'est consolidé, la responsabilité de l'Etat s'est en effet étendue comme conséquence d'un contrôle plus poussé de la puissance publique. Dans cette évolution, le rôle du juge, tant national que régional, au regard de la CIDH, a été déterminante. Son travail de droit comparé consistant en des transplantations et acclimations de notions venues du droit français puis des droits espagnol et italien a réussi à élaborer des notions propres et de solutions originales. L'office du Conseil d'Etat colombien et la Cour IDH notamment est un exemple d'une telle originalité dans laquelle la tradition du Code civil, l'étude de la pensée française du service public et la constitutionnalisation de la responsabilité venu du droit espagnol montre un système de responsabilité à deux vitesses : celle de la responsabilité objective comme niveau maximal de protection et celle de la responsabilité subjective ; sachant que la victime a toute la légitimité de requérir la constitutionnalisation de la responsabilité et son contrôle de conventionnalité.

Quant aux perspectives de recherche ouvertes par ce sujet, il est à noter que les Etats commencent peu à peu à avancer vers une codification de la responsabilité pour limiter le pouvoir du juge. Une telle codification reste néanmoins conditionnée au respect du cadre de valeurs de l'Etat social de droit et aux standards constitutionnels développés par la jurisprudence de la Cour IDH. Ainsi, la responsabilité de l'Etat a cessé d'être une notion exclusive du droit administratif et a intégré la dogmatique du droit constitutionnel et les valeurs d'effectivité juridique du droit international. Il faudra dès lors nous questionner en se demandant plus précisément si nous ne sommes pas au début de la constitutionnalisation de la responsabilité de l'Etat ou s'il serait préférable de penser à une administrativisation du droit constitutionnel dans le cadre de la responsabilité de l'Etat en Amérique latine.

## La responsabilité de l'État en droit brésilien

*Aline Bertolin, Professeur à l'UNA<sup>1</sup>*

**Plan du chapitre :** Introduction. La responsabilité administrative en droit brésilien, un institut juridique atypique ; Section I. Constructions doctrinales et insuffisance des concepts positifs en matière de responsabilité administrative ; § 1. Traitement systématique de la responsabilité de l'État ; A. La responsabilité administrative, une construction de la doctrine comparatiste ; B. La loi 8112 de 1990, une loi fédérale ou une loi nationale ? ; 1. Engagement de la responsabilité d'après les règles infra-constitutionnelles ; 2. Traitement de la responsabilité au niveau local, les services publics ; § 2. Responsabilité de l'administration et responsabilité de l'agent public ; A. Responsabilité civile ; B. Responsabilité pénale ; Section II. Construction nouvelle de la responsabilité administrative ; § 1. Responsabilité de l'État dans des domaines exceptionnels ; Section II. Construction nouvelle de la responsabilité administrative ; § 1. Responsabilité de l'État dans des domaines exceptionnels ; A. Responsabilité fiscale et son rôle majeur en droit brésilien de la responsabilité ; B. La responsabilité de l'État en matière environnementale, une responsabilité constitutionnelle § 2. Judiciarisation de la responsabilité fiscale de l'Administration ; A. Affaire du « maquillage » de l'exercice comptable de 2014 ; 1. Faits de l'affaire ; 2. Conséquences possibles de l'affaire ; B. Affaire de la raffinerie de Pasadena ; 1. Faits de l'affaire ; 2. Évolution de l'affaire ; Conclusion.

### **Introduction. La responsabilité administrative en droit brésilien, un institut juridique atypique**

Rarement étudiée par les comparatistes, et cependant élément déterminant du régime de responsabilité de l'État en droit brésilien, l'organisation politique fédérée joue un rôle central dans le domaine du droit administratif dans ce pays. Cette organisation singulière suppose des analyses intéressées par une approche transdisciplinaire des systèmes juridiques. Le système juridique brésilien se distingue, effectivement, par une fédération originale comportant de multiples niveaux de pouvoir, où l'organisation des activités administratives est caractérisée au plan matériel par un système mixte d'État unitaire et d'État fédéré. Ainsi, concernant les services régaliens, la fédération intervient de façon importante dans l'organisation de l'Administration publique, aussi bien au niveau central qu'au niveau local. À l'égard des services publics non régaliens, en revanche, l'organisation diffère selon les fonctions administratives et selon les compétences de chaque niveau fédéré définies par la Constitution.

En ce qui concerne la responsabilité en matière de services publics, il n'y a pas une administration territoriale organisée selon différents niveaux, mais des administrations autonomes, ce qui engendre des conséquences importantes dans le traitement des omissions ou des carences de l'État. Caractérisée par des régimes distincts aux niveaux fédéral et fédéré, la responsabilité de l'Administration et celle de l'agent public se caractérisent par des règles s'adaptant en fonction du niveau de gouvernement en cause et de la matière *sub judice*, malgré la volonté du législateur d'instaurer un seul régime unique, comme le montrent divers travaux parlementaires entrepris depuis l'adoption du code pénal en 1940.

Les organisations les plus importantes de ce système politique seraient, d'après certains auteurs, les municipalités, dont les pouvoirs exécutifs et législatifs sont indépendants<sup>2</sup>. En vertu de diverses dispositions constitutionnelles, le pouvoir de réglementer les services publics et de discipliner la responsabilité mise à œuvre du fait de ceux-ci est une compétence partagée entre différentes entités fédérées par le biais d'un système de compétences ordinaires, exclusives ou complémentaires définies par la Constitution, alors que d'autres domaines importants, comme les marchés publics, demeurent une compétence distinctive de l'Administration fédérale. Résultant

<sup>1</sup>L'auteur tient à remercier Edouard Lemoalle pour ses précieux commentaires et suggestions pour cet article.

<sup>2</sup> V. Magalhaes de, José Luiz Quadros. *Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997. D'autres auteurs critiquent fermement la qualification des municipalités en tant qu'autorités fédérales, cf. Menezes de Almeida, Fernando. "Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira" in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 68, p. 76-85, 2009.

de cette situation complexe, le rôle unificateur des régimes de responsabilité appartient en fait à celle-ci, jouissant de compétences importantes en matière fiscale en application de la Constitution.

En dépit des particularités issues des modifications constitutionnelles qui ne sont pas encore tout à fait mises au point, en ce qui concerne la régulation et la compétence partagée de l'État en matière de services publics, il est remarquable de noter que, sur certains points, la situation du Brésil est comparable à celle des États sud-américains voisins. Ayant, lors de leur ouverture démocratique, promulgué des constitutions nouvelles, les États du cône Sud partagent la même base réformatrice favorable à une plus large responsabilisation de l'Administration. Cette évidence donne au comparatiste une vision plus précise des raisons qui ont présidé l'adoption de certains traits constitutionnels en droit brésilien.

Comme les États voisins, le Brésil est aussi proche de la France que des États-Unis en matière administrative, instituant dans son ordre des principes d'origine diverse et portant sur une notion moderne de service public. En France, la responsabilité administrative, autrefois prétorienne et fondée sur la volonté du Roi et du bien de la Nation, est devenue au fil du temps une garantie sociale, au nom des principes de solidarité, de fraternité et d'égalité, comme le rappelle le rapport public de 2005 du Conseil d'État sur la « Responsabilité et socialisation des risques »<sup>3</sup>. La notion de services publics au Brésil étant caractérisée par des influences juridiques variées au fil du temps pressent de divers fondements, ce qui explique la diversité des régimes de responsabilité publique pouvant être reconnus par le juge. Les recours que les usagers peuvent intenter sont nombreux, tant au sein de l'Administration, qui dispose d'une « juridiction impropre » – nous reviendrons à ce point plus avant –, comme au plan juridictionnel proprement dit. Il existe, en outre, une jurisprudence fournie en la matière, dont il découle que « l'usager effectif ou potentiel du service public qui subirait un préjudice du fait de l'action ou de l'abstention de ce dernier est fondé à exercer un recours en indemnisation selon les règles de mise en jeu de la responsabilité »<sup>4</sup>. Pourtant, l'évolution en faveur de services d'intérêt général soumis à la concurrence du marché commun, suivi par une ouverture progressive au secteur privé pour la fourniture de tels services, a remis en cause la nature des responsabilités pouvant être engagées pour manquement ou carence de tels services<sup>5</sup>.

La responsabilité de l'État est dans ce système le résultat de vecteurs sociojuridiques instables. Il convient d'observer, ainsi, une doctrine partagée et une jurisprudence, bien que développée, encore vacillante en la matière, dans la mesure où elle contemple davantage des dispositions constitutionnelles que des règles administratives, notamment en ce qui concerne les services et les activités d'intérêt général. Ensemble, ces sources herméneutiques mettent en évidence un régime juridique hétéroclite justifié par des réformes économiques récentes favorables au contrôle fiscal. Loin de prétendre subsumer les nombreux aspects sociojuridiques de la responsabilité, nous examinerons les particularités du système de responsabilité de l'État en droit brésilien sur le plan formel, fondé notamment sur des constructions doctrinales, du fait de lacunes du droit positif, et qui font souvent appel à d'autres systèmes juridiques (section I) ; puis le développement au plan matériel du droit de la responsabilité de l'État dans le cadre du système fédératif brésilien, en mettant en évidence les aspects *sui generis* de ce système sur certaines questions, plus spécifiquement celle de la responsabilité fiscale (section II).

---

<sup>3</sup> V. Tasca, C. « Les services publics en Europe. Une directive cadre sur les services d'intérêt général » in Les Rapports du Sénat, N. 257, 2004-2005. 20p.

<sup>4</sup> V. Guglielmi, Gilles J. Koubi, Geneviève. *Droit du service public*. 2e éd. Paris : Montchrestien, 2007. p. 725

<sup>5</sup> V. Moderne, Frank. « Nouvelles difficultés pour la notion de 'rapports de droit privé' comme critère de compétence judiciaire » JDA, 1970. Moderne, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne, F. Moderne et G. Marcou, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2001. p. 9.

## **Section I. Constructions doctrinales et insuffisance des concepts positifs en matière de responsabilité administrative**

La quatrième Constitution républicaine (CR) brésilienne, entrée en vigueur le 5 octobre 1988, a conféré aux institutions politiques une autonomie différente en droit de la fonction publique conformément aux administrations concernées. Cette autonomie n'est toutefois pas illimitée. En dépit de l'organisation fédérale, la répartition des compétences au sein des administrations est atypique. Contrairement aux autorités autonomes d'un État fédéré, par exemple les États-Unis d'Amérique, l'autonomie des fonctions dans le système juridique brésilien est très limitée par d'autres dispositions constitutionnelles, notamment celles imposant des restrictions budgétaires et fiscales.

### **§ 1. Traitement systématique de la responsabilité de l'État**

Considérant que la CR de 1988 ne définit pas de façon précise le régime de responsabilité administrative en matière fiscale et politique, et que les dispositions constitutionnelles sur la responsabilité administrative sont peu nombreuses, les interprétations de ce régime par la Cour suprême sont diverses, parfois même contradictoires.

#### **A. La responsabilité administrative, une construction de la doctrine comparatiste**

Un point de départ pour une comparaison neutre est celui du régime de la responsabilité administrative en droit brésilien et dans les systèmes juridiques des États voisins du Brésil. Fondés sur une approche moderne de la responsabilité de l'État, tout en prenant en compte les contraintes sociales et politiques, imposées par les années vécues sous un régime politique autoritaire, ou bien encore les sources communes du droit administratif depuis l'époque coloniale, particulièrement influencés par la dichotomie entre les idées politiques centralistes et fédérales, ces systèmes sont caractérisés par une notion de responsabilité administrative située à mi-chemin entre le droit administratif euro-continentale et le droit constitutionnel nord-américain.

Seront analysés ici plus particulièrement les cas du Chili et de l'Argentine de manière très brève. Dans ce premier pays, à la suite de la promulgation de la Constitution de 1980, la notion de responsabilité objective, au sens strict, est prévue par la nouvelle charte, mais ne retrouve pas sa place au plan matériel du droit que récemment. La responsabilité objective de l'État devient une norme constitutionnelle dans les chartes avant les réformes démocratiques, étant prévue dans l'article 38, incise 2 de la Constitution actuelle. La directive constitutionnelle a été interprétée et appliquée, comme l'observe M. Huepe Artigas, promptement par les tribunaux chiliens, qui se sont manifestés en faveur d'une reconnaissance de la nature objective de la responsabilité de l'Administration. Selon cet auteur, cette reconnaissance débute notamment depuis l'affaire *Tirado v. Municipalidad de la Reina* jugée par la Cour suprême le 24 mars 1981.

Dans cette affaire, l'auteur relève deux facteurs importants pour l'herméneutique jurisprudentielle de la responsabilité administrative. La dispute concernait des indemnisations demandées par Madame Maria Eliana Tirado en 1977, en raison du fait qu'elle était tombée dans une excavation profonde causée par la municipalité de la Reina à deux mètres d'un arrêt de bus, excavation qui n'était ni protégée ni signalée. À la suite de différents recours judiciaires, l'affaire est portée devant la Cour suprême, qui n'a pas cherché à identifier le fonctionnaire responsable de ce fait, et ce, en contradiction avec la jurisprudence précédente chilienne. Cette considération juridique constitue le premier facteur souligné par le juriste.

Ensuite, selon ce même auteur, la Cour n'a pas cherché à caractériser les critères des faits dommageables prescrits par le Code civil. En revanche, elle s'est prévalu de la « *Ley Orgánica de Municipalidades* », le « *Decreto Ley n. 1.289* » de 1975, notamment son article 62 consacrant la responsabilité objective de l'Administration et l'établissement de dédommagements à hauteur du préjudice subi. Finalement, la Cour a reconnu que la Constitution de 1980 « recevait juridiquement »<sup>6</sup> certaines solutions législatives du régime précédent, tout en leur conférant une interprétation nouvelle favorable à une mise en cause de la responsabilité de l'État, conformément aux dispositions du décret. C'est ainsi qu'a été consacrée la responsabilité objective de l'État au Chili, même si les juristes chiliens demeurent divisés sur cette question<sup>7</sup>.

La tradition doctrinale argentine, en revanche, est bien plus nuancée en matière de responsabilité administrative à l'égard des usagers des services publics, notamment en raison des lacunes du droit positif. La doctrine, de ce fait, a pris soin d'accompagner l'évolution du droit comparé en la matière, contemplant plusieurs arguments – faute de service, responsabilité sans faute ou objective, théorie de l'enrichissement illicite, etc. – pour apporter aux juges des solutions d'indemnisation des usagers d'un dommage causé par l'Administration.

En effet, il n'existe pas en Argentine une systématisation de la responsabilité de l'État : ni les Constitutions (fédérale et provinciales) ni les lois ne disposent explicitement sur la question. Lorsqu'il existe des dispositions sur ce sujet, elles ne sont guère précises : soit elles n'expliquent ni les raisons ni le régime de la responsabilité à laquelle elles se réfèrent, soit elles font allusion tout bonnement à la négligence de l'Administration en cas de dédommagement à donner. Si d'un côté, depuis l'affaire *Tomás Devoto y Cía.* en 1933<sup>8</sup>, la question de la responsabilité administrative a gagné en visibilité dans la jurisprudence, à la suite de la privatisation et de l'établissement des divers régimes de prestation de services publics, désormais qualifiés de simples activités économiques ordinaires, d'un autre côté, les recours en responsabilité de l'État du fait de carences dans la prestation de services sont de plus en plus limités.

Cette situation, que certains auteurs argentins considèrent comme anachronique<sup>9</sup>, nuit aux intérêts des usagers alors même que le système de gestion des services publics est de plus en plus complexe. Selon M. Botassi, considérant que les régimes de services se multiplient plus que prévu, une consolidation des fondements de la responsabilité de l'État est alors indispensable en Argentine, afin de résoudre les nombreuses difficultés apparues en la matière. Une telle solution se justifie non seulement en raison de l'ineffectivité du droit de la responsabilité à l'heure actuelle, mais également du fait des défaillances des tribunaux, particulièrement en ce qui concerne les délais de jugement des litiges, et de l'Administration confrontée à des difficultés budgétaires dont

---

<sup>6</sup> Dans le sens énoncé par Klaus Gunther au sujet des règles infra-constitutionnelles dans l'hypothèse de l'adoption d'une nouvelle Constitution, sens qui est souvent évoqué dans les Etats ayant entrepris des réformes démocratiques en Amérique du Sud. V. Pedron, Flávio Quinaud. « A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional ». in *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.48, 2008. pp.187-201.

<sup>7</sup> V. Huepe Artigas, Fabian. « Derecho Administrativo : Responsabilidad objetiva del Estado en su actividad administrativa ». *Revista de Derecho de l'Universidad de Concepción*. N. 212, Vol. 2, Jul-Dic, 2002. pp. 491-508. Une explication sur l'institut de la réception juridique, depuis le droit allemand, en matière de responsabilité objective, dans le droit chilien et d'autres droits latino-américains, peut être trouvée dans Wacke, Andreas. « Las reformas más importantes del bgb desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones » in *Revista chilena de derecho*, Vol. 40, N. 2, 2013. pp. 699-710. V. aussi Tolosa, Regina Ingrid Díaz. « Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno » in *Revista de derecho*, N. 1, 2007. pp. 79-112.

<sup>8</sup> Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia. 22 de setiembre de 1933. (CSJN 1933) Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación.

<sup>9</sup> V. Botassi, Carlos. « Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino » in *Revista de Derecho Publico PUC*, n. 67. 2011. pp. 470-486

notamment l'absence de prévision quant au remboursement des dettes publiques déjà contractées<sup>10</sup>.

Au-delà de l'inclination aux mouvements réformistes récents, le Brésil partage avec ses États voisins les mêmes origines juridico-administratives : celles de la famille romano-germanique. Le droit brésilien, à l'instar de la majorité des systèmes de cette famille, a été influencé particulièrement par le droit administratif français<sup>11</sup>. Insister sur les origines de cette influence dans les pays latino-américains n'incombe pas à cette étude, mais un point important des discussions actuelles sur la responsabilité de l'État en droit comparé porte sur l'évolution de la notion d'intérêt général, qui a d'ailleurs justifiée les réformes juridiques récentes en droit français. Au Brésil, les modifications juridiques entreprises en France ont été analysées comme le relèvent les débats parlementaires sur les régimes de responsabilité du fait des services d'intérêt public, par exemple dans le secteur des communications électroniques<sup>12</sup>. Cette nouvelle gestion des services est prévue dans des dispositions spécifiques de la Constitution brésilienne, ce qui a permis à l'Administration de traiter des réalités socioéconomiques diverses après l'entrée en vigueur du texte constitutionnel. C'est dans le contexte d'analyse de ces nouvelles dispositions que des auteurs ont étudié l'évolution de notions en droit français.

La tradition du secret dans l'Administration française a été un obstacle de taille à la dissémination d'un modèle de gouvernance publique dit « ouvert ». En principe, comme le note aussi M. le Professeur Moderne, depuis l'arrêt *Sociétés des états Delannoy* de 1970, le Conseil d'État a établi clairement que les usagers des services publics dans un rapport de droit privé, comme dans le cas des SPIC, doivent s'adresser au juge judiciaire. De façon analogue, l'on remarque la problématique dans le droit brésilien, où la consultation publique a fait aussi l'engouement des juristes.

Sur le plan de l'opérationnalisation de l'institut juridique de la responsabilité de l'État, une influence majeure en droit brésilien est celle du droit administratif fédéral nord-américain. La comparaison porte davantage sur la multiplicité des régimes de responsabilités qui sont confiés aux États membres et aux municipalités, mais pour des raisons constitutionnelles différentes de celles du droit brésilien. Pour mieux comprendre ces bornes volontairement imposées à la responsabilité administrative, il faut analyser leurs origines historiques anciennes, associant à la fois l'héritage britannique de l'immunité du souverain et les premières interprétations jurisprudentielles de la Constitution. Ces dernières affirmaient une souveraineté républicaine exorbitante, prévue par la Constitution de ce pays, l'indépendance des pouvoirs politiques et l'autonomie administrative réciproque entre États membres et gouvernement central<sup>13</sup>.

Ainsi, en ce qui concerne des rapprochements entre les systèmes américain et brésilien sur ce point, la responsabilité de l'État dans la common law des États-Unis présente une singularité difficile à mettre en rapport avec d'autres systèmes juridiques. Une exception doit être faite : l'influence indubitable du droit américain sur le droit brésilien en matière de déconcentration et de décentralisation administratives, ainsi que de répartition des compétences politiques et de régime de prestation des services publics en guise de « *public utilities* ».

---

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>11</sup> Cf. la proposition d'une famille juridique autonome de Clovis Bevilacqua pour le droit de ces pays. V. *Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. 2ed. Bahia : Livraria Magalhães. 1897. Cette idée est issue d'une étude ayant été proposée par Savigny, ayant influencé les travaux du Professeur Bevilacqua. Savigny, Friedrich Carl von. *Le Droit des obligations*. Traduit de l'allemand par C. Gérardin et P. Jozon. Paris : Auguste Durand, Libraire Editeur, 1863. 439p. Cf. le débat à propos de cette autonomie sur le travail synthétique de Mariana Pargendler. « The Rise and Decline of Legal Families » in *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 60. 2012. pp. 1043-1074.

<sup>12</sup> Cf. Les travaux parlementaires de la loi sur les communications électroniques, Loi 9.472/1997, « Exposição de Motivos n. 231/MC, de 10/12/1996, que encaminhou o projeto da Lei Geral das Telecomunicações ».

<sup>13</sup> A propos des origines doctrinales et jurisprudentielles de l'immunité du souverain en « common law » américaine, consulter l'œuvre de Borchard « Government Liability in Tort » In *The Yale Law Journal*, 1924.

## B. La loi 8112 de 1990, une loi fédérale ou une loi nationale <sup>14</sup>?

La CR systématise dans son article 37 les principes de l'Administration publique. Loin d'être une simple référence relative à l'organisation administrative, les inférences possibles de ce dispositif constitutionnel détaillent un nombre important de conditions de l'action publique qui ont été précisées par une loi fédérale, la loi 8.112 du 11 décembre 1990. Celle-ci est alors devenue la référence positive majeure du droit administratif brésilien. En principe, loi exclusive de l'Union, portant sur la fonction publique fédérale, les concepts qui y sont définis ont pourtant été repris par la jurisprudence au moyen d'une interprétation analogique de ses règles avec les situations concrètes aux niveaux fédérés, de telle sorte que certains auteurs se demandent s'il ne s'agirait pas là d'une loi partiellement nationale, i.e. étendue à tous les niveaux de la fédération.

Nous distinguerons d'abord les principes constitutionnels de la responsabilité administrative systématisés par cette loi, pour ensuite analyser des concepts positifs qu'elle établit.

### 1. Engagement de la responsabilité d'après les règles infra-constitutionnelles

En ce qui concerne la responsabilité de l'Administration et de l'agent public, la CR, dans son article 37, § 6, dispose que :

« Les personnes morales de droit public et celles de droit privé assurant des services publics répondent des dommages que leurs agents ont causés ès qualités à des tiers ; le droit de se retourner contre le responsable en cas de dol ou de faute est garanti à la puissance publique »<sup>15</sup>.

L'analyse de cette disposition permet d'analyser aussi bien la relation entre responsabilité et service public, que d'autres aspects relatifs à la responsabilité administrative <sup>16</sup>:

- i) La responsabilité des personnes morales de droit public (aux trois niveaux de l'organisation politique : i. la fédération ; ii. les États membres et le District fédéral ; ainsi que iii. les municipalités) et celle des personnes morales de droit privé (concessionnaires ou permissionnaires de services publics<sup>17</sup>) assurant des services publics *lato sensu*, sont objectives. La responsabilité objective est celle qui est engagée sans lien de causalité entre la faute ou la négligence de la part d'un agent public et le dommage causé à la partie lésée.
- ii) La responsabilité des fonctionnaires publics est régressive et subjective. Elle est régressive parce que, premièrement, les personnes morales sont censées indemniser les dommages causés à des tiers indépendamment de l'existence d'une faute de l'agent, à la suite de quoi elles peuvent exercer un recours contre l'agent qui a effectivement causé des dommages. Elle est subjective pour autant que le fonctionnaire répare les dommages causés par sa faute, proportionnellement à son concours et aux effets produits.

---

<sup>14</sup> Ici nous prenons la distinction faite par la doctrine brésilienne entre loi de portée nationale, c.a.d., une loi qui s'impose sur tout le territoire, et loi de portée fédérale, c.a.d., une loi qui s'impose seulement sur l'Administration fédérale.

<sup>15</sup> Brasil, Constituição da Federação Republicana do Brasil. Cf. les observations à ce propos de Grau, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In *Direito constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros, 2001.

<sup>16</sup> V. Alvarenga Spindola, Magda. Carvalho, Celia Souza. *Curso em Responsabilidade do Gestor Público*. UNA, 2014/2015.

<sup>17</sup> La distinction de ces concepts en droit brésilien est définie par la loi 9472/1997.

iii) La responsabilité du fonctionnaire est engagée sous deux aspects juridictionnels : administrativement (aspect juridictionnel dit « impropre ») et civilement ou pénalement (aspects juridictionnels dits « propres »)<sup>18</sup>.

Au niveau de l'Administration centrale, le régime de la fonction publique ayant été systématisé par la loi 8.112 de 1990, notamment ses articles 121 et 126 relatifs à la responsabilité administrative, une interprétation systématique de ces dispositifs doit être effectuée au regard aussi des dispositifs constitutionnels, tels que le principe énoncé par la CR en son article 5, alinéa XXXV, imposant l'unité de juridiction, et d'autres dispositifs prévus dans divers textes légaux ou réglementaires.

Ainsi, si la notion de responsabilité est définie dans des dispositions positives spécifiques, il n'en reste pas moins que son régime est défini dans différentes matières. En l'absence de conformité avec un ensemble d'obligations précisées dans diverses lois, l'acte de l'agent de la fonction publique détermine la saisine du juge par l'intéressé. La preuve du préjudice n'est pas, nonobstant une disposition contraire de la CR, le seul critère indispensable pour justifier une action. L'engagement de la responsabilité de l'État est d'autant plus difficile à engager en matière fiscale, où les recours exercés sont pourtant nombreux en pratique.

D'inspiration réformiste, la loi de responsabilité fiscale (LRF) précise en effet les dispositions constitutionnelles relatives à l'ordre financier et fiscal, en favorisant la mise en cause de la responsabilité de l'Administration, prévue à l'article 37 de la CR (illicites administratifs), et de l'« administrateur » ou gestionnaire, prévue à l'article 85 de la CR (crimes de responsabilité), dans le cas du président de la République, étant les cas des gouverneurs et des maires disciplinés par des diplômes spécifiques. Cette loi définit les conditions essentielles de la gestion responsable des finances publiques, notamment la collecte de tous les impôts par chaque autorité membre de la fédération (art. 101) et leur affectation selon le budget approuvé en conformité avec le plan fiscal. Il convient de remarquer que la fonction planificatrice de l'État existe toujours en droit brésilien, étant prévue à l'article 174 de la nouvelle CR, contrairement à certains pays comme en France, où la tradition de planification a peu ou prou disparu<sup>19</sup>. Au Brésil, le non-respect du plan budgétaire et de ses procédures engage la responsabilité personnelle du chef du pouvoir exécutif concerné, pouvant être sanctionné par une peine d'emprisonnement. La responsabilité administrative, selon les termes imposés par la loi 8.112/1990, et la responsabilité civile peuvent être cumulées.

Selon certains constitutionnalistes, comme M. Silva, la LRF peut a priori sembler stricte, mais dans un pays en développement et de dimension continentale, où la corruption est une menace constante, la loi est devenue un dispositif efficace de contrôle public des administrations<sup>20</sup>. Imposant des comptes rendus détaillés de gestion des finances publiques, selon des règles claires et précises appliquées à tous les gestionnaires publics et à toutes les administrations, cette loi a été un pivot du droit de la responsabilité de l'État au Brésil. Elle complète ainsi les autres régimes de responsabilité, en fixant les fondements de cet institut sur des règles originales à l'égard d'autres concepts tels que les biens publics ou la gestion des finances publiques, notamment de la dette du secteur public.

Ces nouvelles règles expliquent, selon des auteurs, la réalisation de l'équilibre budgétaire au Brésil les dernières années, contrairement à d'autres pays aux conditions comparables, comme l'Argentine, étant donné que l'équilibre budgétaire réalisé par la nouvelle loi a permis à toutes les

---

<sup>18</sup> V. Menezes de Almeida, Fernando. "Responsabilidade civil do estado" in *Revista de direito administrativo contemporâneo* - ReDAC, v. 8, p. 147-173.

<sup>19</sup> V. Gaulle, Jean. *L'avenir du plan et la place de la planification dans la société française. Compte-rendu*. Rapport remis au Premier ministre, Paris, la Documentation française, 1994.

<sup>20</sup> V. Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

autorités fédérées d'assainir leurs finances publiques de façon collaborative<sup>21</sup>. La hausse des dépenses publiques est cependant une difficulté importante au Brésil à l'heure actuelle, étant à peine compensée par une augmentation des recettes ; cet équilibre est depuis longtemps une question récurrente des administrations dans divers pays en développement confrontés au choix cornélien entre faire les investissements socioéconomiques nécessaires, ce qui fut le cas du Brésil, ou maintenir l'équilibre fiscal préconisé par les institutions financières internationales. Ainsi, l'ajustement des finances publiques imposé par cette loi est une question souvent remise en cause, quand bien même cette loi aurait déjà fait ses preuves en faveur de la mise à disposition de ressources pour financer des actions de développement économique et social, dans la mesure où elle instaura les bases d'une croissance soutenue.

Une contribution importante de cette loi a été de résoudre une question liée à la fédération et aux services publics. L'organisation fédérale brésilienne définit les prérogatives et les obligations de la puissance publique en matière de gestion d'activités d'intérêt général de sorte que les compétences sont partagées entre différents niveaux fédéraux. Contrairement aux États-Unis, où les *public utilities* sont, en fonction de la « clause du commerce », de la compétence exclusive des États fédérés, pouvant être réglementés seulement par le gouvernement central si les besoins du commerce inter-Etats et du commerce international l'exigent<sup>22</sup>, au Brésil les compétences sont partagées selon la nature du service concerné. Par rapport à la régulation et la responsabilité de l'État du fait de ces services, il est impératif de noter que les dispositions constitutionnelles relatives à la régulation des services publics se justifient par une politique définie à la suite de modifications constitutionnelles dans les années 1980 et 1990, et qui est toujours d'actualité. Malgré les contestations idéologiques contre la privatisation de ces services, qui a été entreprise par les gouvernements successifs au pouvoir après l'adoption de la Constitution en 1998, l'objectif de cette politique a été atteint par la limitation du patrimoine public, tout en favorisant l'ajustement entre dépenses et recettes publiques, qui demeure un objectif de l'administration brésilienne.

Un autre aspect de cette problématique porte sur le régime constitutionnel de la régulation imposant la planification, y compris dans son sens budgétaire, comme une fonction de celle-là. Il y a de ce fait une « responsabilité administrative du fait de la planification », ce qui est au centre de la notion de responsabilité fiscale. Responsabilité pouvant être engagée par le manque de devoirs planificateurs, notamment envers certains services. Le Brésil dispose curieusement d'un ordre juridico-économique où le régime de régulation est défini dans la Constitution, de sorte que l'intervention de l'État sur les marchés régulés est délimitée très précisément et les moyens mis à sa disposition sont bien établis, tant en ce qui concerne les autorités de régulation, qu'en ce qui concerne le régime de régulation propre à chaque service selon le contrat administratif en cause. Hormis le régime strict, les dispositions portant sur la prestation des services publics sociaux, ainsi que sur la protection de l'individu en tant que consommateur – protection vue comme un droit fondamental – sont également définies au sein de l'ordre constitutionnel politique et administratif du pays<sup>23</sup>.

Des dispositions constitutionnelles détaillent la gestion des services publics, laquelle est confiée à des autorités de régulation, notamment dans les secteurs de l'énergie, des

---

<sup>21</sup> V. Motta, C. P. Coelho, Santana, J. Eduardo, Fernandes, J.U. Jacoby, Alves, L. da Silva. *Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>22</sup> V. Ackerman, Bruce, "Constitutional Politics/Constitutional Law" (1989). [Faculty Scholarship Series. Paper 140] in *The Yale Law Journal*, Volume 99, Number 3, December 1989. pp. 453-547. 500-502

<sup>23</sup> V. Barroso, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

télécommunications et du gaz et pétrole, sous la responsabilité de l'« État régulateur »<sup>24</sup>. La planification étant une notion désuète d'après certains auteurs français<sup>25</sup>, il convient d'établir dans quel contexte le droit positif brésilien se prévaut de cet outil de rationalisation de l'action publique. L'État a toujours eu un rôle déterminant dans la formation de l'économie brésilienne, fort dépendante des exportations des matières premières et des importations de produits industrialisés. Afin de remplacer ce régime d'importation et d'industrialiser l'économie, l'État brésilien a exercé, à différents moments de son histoire, la fonction de producteur de biens et services, notamment des produits de base et des produits stratégiques. Tout en encourageant certaines activités économiques industrialisées dont il veillait à l'implantation dans des zones faiblement peuplées, il a mis en place des politiques visant à assurer un développement économique équilibré et intégré sur tout le territoire<sup>26</sup>. Néanmoins, cette stratégie n'a été adoptée que par certains États, ce qui a engendré des contestations fiscales à plusieurs reprises<sup>27</sup>. *Grosso modo*, les Brésiliens ne connaissaient que la fourniture directe des services publics de base par l'État, jusqu'à leur privatisation dans les années 1990 ; l'histoire de l'industrialisation de ce pays étant ainsi étroitement liée à l'intervention de l'État<sup>28</sup>.

Quelques initiatives isolées de production de certains services, comme l'énergie électrique, ont été entreprises à la fin du XIXe siècle, mais elles correspondaient à des actions locales sans dimension nationale<sup>29</sup>. Au début du XXe siècle, un processus de déconcentration et de décentralisation administrative a été mis en œuvre, caractérisé par la création de plusieurs services

---

<sup>24</sup> « Article 174. En tant qu'agent normatif et régulateur de l'activité économique, l'Etat exerce, selon les formes de la loi, les fonctions de surveillance, de stimulation et de planification ; cette dernière est contraignante pour le secteur public et indicative pour le secteur privé.

Paragraphe premier. La loi établit les directives et les bases de la planification d'un développement national équilibré, qui comprend et harmonise les plans nationaux et régionaux de développement »Brasil. Constituição Federal. Art. 174. De l'original : « Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercera, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado ».

<sup>25</sup> V. Aschieri, G. et Le Pors, A. *La Fonction publique du XXIe siècle*, Editions de l'atelier, 2015

<sup>26</sup> V. Abreu, Marcelo Paiva (org.). *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana: 1889-1989*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1989. 456p.

<sup>27</sup> V. Dulci, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, v. 18, 2002. pp. 95-107

<sup>28</sup> V. Abreu. Op. cit.

<sup>29</sup> De l'original: « A segunda metade do século XIX foi marcada pela formação no Brasil de empresas de serviços públicos, contudo, seria nos primeiros anos do século XX que essas empresas ganhariam maior vigor na transformação da vida das principais cidades brasileiras e na produção do urbano e suas redes técnicas. Dentre essas empresas destacam-se aquelas voltadas para a produção e a distribuição de energia elétrica, quer para a iluminação de vias e transporte público, quer para a iluminação particular de residências e sua utilização em indústrias e serviços essenciais à urbanização em curso. (...) Desde muito cedo, a produção e distribuição de energia elétrica foi objeto de bastante concorrência no cenário brasileiro, em meio ao acirrado jogo de influências políticas e disputas territoriais, em suas diferentes escalas, a federal, a estadual e a municipal. O empreendimento exigia pesadas somas de investimentos em infra-estrutura e equipamentos técnicos, o que tendia a levar à formação de monopólios por grandes grupos econômicos estrangeiros, como a empresa canadense Light & Power, que iniciou suas atividades na cidade de São Paulo em 1899, e no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, em 1905. A Companhia Brasileira de Energia Elétrica (CBEE) foi uma iniciativa do Grupo Guinle & Cia, em 1909, de capital nacional, para fazer frente a outros grupos que atuavam no setor, sobretudo à Light & Power, e disputar o mercado na produção, distribuição e fornecimento de energia elétrica. O destaque nesse embate foi para a capital do país, a cidade do Rio de Janeiro, a mais populosa e de maior importância econômica. A cidade contava nessa época com uma população de quase 1 milhão de habitantes e passou, nessa primeira década do século XX, por uma forte cirurgia urbana de modernização do seu espaço, que ficou conhecida como Reforma Passos, numa alusão ao nome do seu realizador, o então Prefeito do Distrito Federal, Francisco Perreira Passos ». Oliveira. Márcio Piñon de. «A indústria elétrica no Brasil no início do século XX: A Companhia Brasileira de Energia Elétrica e a atuação do Grupo Guinle & Cia na produção do urbano esuas redes técnica » in Simposio Globalización, innovación y construcción de redes técnicas urbanas en América y Europa, 1890-1930. Universidad de Barcelona, Facultad de Geografía e Historia, 23-26 de enero 2012. [Accesible depuis le site institutionnel en ligne]

confiés à des autorités administratives chargées d'assumer non seulement des fonctions administratives pour répondre à des demandes locales, mais aussi d'intervenir directement ou indirectement sur des services de nature industrielle ou commerciale. La politique de développement industriel et le nationalisme extravagant issus de la Révolution de 1930<sup>30</sup> ont été petit à petit remplacés par des ventes d'entreprises publiques au secteur privé (national ou étranger), ce qui a été, selon certains spécialistes, un « facteur initial de la pénétration du développement économique » par le biais de la diversification du capital, jusque-là principalement public, et mettait d'autant plus en évidence ce système décentralisé<sup>31</sup>. Il y a eu une évolution en faveur de la déconcentration et de la décentralisation de l'État, suivant le modèle de pays européens de l'entre-deux-guerres et aussi d'après-guerre, notamment en France et en Italie. Cette tendance a d'ailleurs influencé aussi l'organisation administrative du Chili et de l'Argentine.

## 2. Traitement de la responsabilité au niveau local, les services publics

Au Brésil, l'aménagement politico-fédératif des services publics, caractérisé par une décentralisation et une déconcentration administratives progressives, a été victime d'abus des autorités publiques locales. Contre toute attente à la théorie répandue d'un « miracle brésilien », la période militaire n'a pas favorisé un développement centralisé de l'économie, mais, au contraire, a favorisé le népotisme, la corruption et le favoritisme, et ce, d'autant plus que l'intervention de l'État était incontournable dans la gestion des services publics industriels et commerciaux<sup>32</sup>. Si bien que l'ouverture politique et concurrentielle semblait être justifiée au début par des considérations de démocratie économique acceptées par la population.

Dans ce contexte, la Constitution de 1988 a établi en son article 175 et dans d'autres dispositions les principales règles en matière de concessions et d'autorisations des services publics, qui doivent être soumis aux règles du marché et donc à la concurrence<sup>33</sup>.

Pour adapter ces marchés aux exigences de la Constitution de 1988, diverses lois ont été adoptées pour soumettre ces services spécifiques (énergie, télécommunications, etc.) aux exigences des règles du marché. L'objectif de ces lois était d'harmoniser les régimes de concessions des services publics et de subventions dans toute la fédération (v. loi 8.987/1995). M. Grotti remarque que des constitutions fédérales antérieures (de 1934 à l'EC de 1969) avaient essayé d'instaurer un régime analogue, mais leurs textes législatifs d'application n'ont jamais été adoptés.

---

<sup>30</sup> V. Fleury, Jean-Gérard. *Getulio Vargas, président des États-Unis du Brésil*. Paris : Plon, 1940. 93p.

<sup>31</sup> Pour une présentation de ce mouvement, v. Flogaitis, Spyridon. *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

<sup>32</sup> Cf. Hammoud, Ricardo H. Nahra. "Crescimento, desenvolvimento e desigualdade de renda: análise dos clássicos, Furtado, Cardoso e o 'milagre' econômico" in *XI Encontro Regional de Economia – ANPEC-Sul* Curitiba, 2008.

<sup>33</sup> « Art. 175 – Il appartient à la puissance publique, selon les formes de la loi, d'assurer les services publics directement ou sous régime de concession ou d'autorisation, et ce, après une mise en concurrence.

Paragraphe unique. La loi dispose sur :

I - le régime des entreprises concessionnaires ou autorisées à gérer des services publics, le caractère spécial de leurs contrats et de leur prorogation, ainsi que sur les conditions de caducité, de surveillance et de révocation de la concession ou autorisation ;

II - les droits des usagers ;

III - la politique tarifaire ;

IV - l'obligation de fournir un service adéquat » Brasil. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Art. 175. De l'original : « Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado ».

Cette loi de 1995 a fait l'objet de plusieurs discussions, notamment en raison du fait qu'elle abrogeait tacitement des lois régionales et municipales. Considérant que l'application de la Constitution de 1988 est immédiate et que la loi de 1995 est un texte d'application de celle-ci, alors les lois régionales relatives à des concessions et à des travaux publics, par exemple celle de l'État de Rio de Janeiro (loi 1.481/89) ou celle de l'État de São Paulo (loi 7.835/92), ont été suspendues parce que contraires aux dispositions de la législation fédérale<sup>34</sup>.

La loi nationale, complétée par d'autres législations, fixait les principes suivants :

- a. l'élimination de l'exclusivité en matière de fourniture des services publics par l'Etat, afin de limiter les caractéristiques monopolistiques de ces services, sauf dans les cas où l'unicité de production, l'impossibilité matérielle ou la performance économique justifieraient le contraire ;
- b. l'établissement d'une politique tarifaire fondée sur le tarif proposé dans la réponse à l'appel d'offres et non sur la garantie d'une rémunération fixe, afin d'encourager l'efficacité des concessionnaires dans un système de « *price cap* » (prix maximum) et non de tarification « *cost plus* » (surplus sur les coûts)<sup>35</sup>;
- c. l'établissement d'un système de contrôle ouvert caractérisé, d'une part, par un contrôle technique limité des services publics où l'utilisateur est censé participer aux décisions administratives et être informé sur les particularités des marchés et, d'autre part, par des sanctions administratives des prestataires récidivistes plus importantes afin de favoriser la qualité des prestations de services publics.

Cette législation a été adoptée à la suite d'une réforme importante de l'Administration et d'un ajustement budgétaire strict, qui ont atteint leur apogée sous le gouvernement Cardoso. L'action du ministre Bresser Pereira et de son équipe, favorables à une synergie entre les pouvoirs exécutif et législatif en matière de services publics régaliens et commerciaux, a été essentielle pour la réussite de ces nouveaux systèmes de gestion au Brésil<sup>36</sup>. Plusieurs autorités locales ont entrepris des réformes administratives comparables, en faveur de la déconcentration de la gestion des services publics, suivant cet exemple influencé par l'expérience internationale qui incitait les pays en difficulté à instaurer de nouvelles formes de partenariat avec le secteur privé pour la gestion des affaires publiques. Cette tendance au niveau fédéré se justifie aussi beaucoup par la situation locale caractérisée par des déficits budgétaires et des infrastructures insuffisantes dans certains secteurs tels que les transports, l'assainissement des eaux et la santé. Des autorités de régulation indépendantes à tous les niveaux de l'organisation fédérale ont ainsi été mises en place au Brésil<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Lois au niveau du gouvernement central : Brasil, Presidência da República. Lei N. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. (vide lei n° 9.074, de 1995). Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências ; et Brasil, Presidência da República. Emenda Constitucional N. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 (donde é também conhecida como Constituição de 1969). Lois au niveau des états-membres : Rio de Janeiro, Governo do Estado. Lei n. 1481 de 21 de junho de 1989. Dispõe sobre o regime das concessões de serviços e obras públicas ; et São Paulo, Governo do Estado. Lei n. 7835 de 8 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas. V. Muniz Grotti. Op. cit.

<sup>35</sup> V Rigolon, Francisco. Piccinini, Maurício. « Mecanismos de Regulação Tarifária do Setor Elétrico: A Experiência Internacional e o Caso Brasileiro » in BNDES, Texto para Discussão n. 64. Publicado em julho de 1998. 57p.

<sup>36</sup> V. Pereira, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. [Cadernos MARE da Reforma do Estado v.1]

<sup>37</sup> Le droit brésilien instaure un équilibre de compétences entre les différentes administrations en matière de prestation des services essentiels sur des bases constitutionnelles. Cette prévision confère à certains services, selon les dispositions législatives et interprétations de la Cour suprême, une valeur de prestations fondamentales. V. Finger,

On distingue alors deux vecteurs simultanés représentés, d'une part, par une décentralisation fonctionnelle continue justifiée par la délégation de certains services à des autorités administratives et, d'autre part, par la déconcentration au sein de ces mêmes autorités aux niveaux régional et municipal, ce qui était la caractéristique du nouveau modèle de gestion de services publics.

Cette solution a été adoptée dans plusieurs États et municipalités, tels que Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Sergipe, Ceará, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Amapá, Piauí, Rio Grande do Norte, Maranhão, Rio de Janeiro, Paraíba, Alagoas, Amazonas, Espírito Santo et Tocantins ; et les villes de Vitória, Porto Alegre, Pelotas, Gravesend, New Hamburgo, Curitiba, São Paulo et Maua, entre autres<sup>38</sup>.

## § 2. Responsabilité de l'administration et responsabilité de l'agent public

La responsabilité de l'Administration publique au Brésil, en vertu de la Constitution, est toujours objective. Autrement dit, la seule condition exigée pour saisir un tribunal compétent (le système juridictionnel est unique) est la preuve du dommage.

La tierce victime n'a nul besoin d'identifier la personne de droit public ou l'autorité fédérale responsable du fait dommageable et il incombe aux pouvoirs publics de faire parvenir la demande à l'autorité publique responsable. En effet, à l'instar des États-Unis, en matière de responsabilité de l'État, l'intéressé doit d'abord notifier sa demande à l'Administration. Cependant, contrairement au régime procédural appliqué en matière de responsabilité de l'État américain, cela n'est pas une condition rédhitoire de la procédure adjudicative au Brésil. La confusion est imminente, dès lors plusieurs personnes publiques dans les trois niveaux de la fédération peuvent être mises au pôle passif du litige en même temps, mais la simplification et l'adoption d'un régime de saisine directe sont de toute évidence favorables au particulier.

En conséquence, indépendamment de la détermination ou même de l'existence d'une procédure visant à engager la responsabilité de l'Administration, l'intéressé peut demander au juge d'engager la responsabilité civile et pénale de la personne publique ou de l'agent public, même si le fait dommageable n'a pas de lien avec le service public en cause.

Il convient de spécifier, en suivant une classification intéressante proposée par M. Menezes, que les différentes constructions positives et doctrinales du droit brésilien permettent de distinguer, à des fins procédurales, une responsabilité judiciaire et une autre non judiciaire<sup>39</sup> ; ce qui justifie une juridiction propre et une juridiction impropre pour la détermination de la responsabilité administrative<sup>40</sup>.

### A. Responsabilité civile

La responsabilité patrimoniale de la personne publique et de la personne privée est engagée selon les conditions prévues par les articles 186 et 927 du Code civil brésilien, qui fixent

---

Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, abr. 2003

<sup>38</sup> V. Grotti. Op. cit.

<sup>39</sup> V. Menezes de Almeida, Fernando Dias. "Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos – ensaio em homenagem a Guido Soares", in *Direito internacional humanismo e globalidade – Guido Fernando Silva Soares amicorum discipulorum liber* (org.: Paulo Borba Casella, Umberto Celli Junior, Elizabeth de Almeida Meirelles e Fabrício Bertini Pasquot Polido). São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>40</sup> Idem, *ibidem*

la règle selon laquelle toute personne ayant infligé à une autre un dommage est tenue de le réparer.

Le système brésilien de responsabilité objective a, toutefois, ses limites en matière de responsabilité de l'État. Civilement responsable, l'agent doit réparer les dégâts seulement s'ils ont été causés directement par son fait ou son omission, intentionnellement ou par négligence, au détriment de l'Administration ou du particulier. Selon Mme Medauar, « afin que l'agent puisse être tenu comme responsable et dédommager n'importe quel dégât, il est nécessaire de prouver le dol – soit il avait la volonté de causer un préjudice (dol commun), soit il a pris le risque (dol éventuel) – ou la culpabilité (par imprudence, négligence ou incompétence) »<sup>41</sup>.

En ce qui concerne les dommages causés à l'Administration directement, la responsabilité de l'agent, avant toute procédure juridictionnelle, doit *a priori* être déterminée par la personne de droit public concernée, i.e. avec lequel il a un lien fonctionnel (juridiction administrative). Le particulier agit en tant que tiers intéressé pouvant dénoncer à tout moment la conduite présumée coupable au Parquet. L'enquête administrative doit se traduire par un procès administratif équitable, dans lequel sont prévues toutes les garanties de défense et du contradictoire, comme l'article 5, section LV de la CR l'impose.

Des lois spéciales, telles que la LRF, et des règlements définissent des procédures de réparation auto-exécutables, c'est-à-dire qui ne dépendent pas d'autorisation judiciaire. Subséquemment, l'autorité administrative déduit de la rémunération du fonctionnaire le montant nécessaire au remboursement des pertes subies, dans les limites mensuelles légales (voir principalement la loi 8112/90, qui, en ce qui concerne ce point précis, équivaut à une loi nationale<sup>42</sup>) fixées à un tiers du salaire correspondant à une prestation alimentaire.

Concernant les dommages causés à un particulier par un agent public, la règle de la responsabilité objective de l'État déduite de l'article 37, § 6 de la CR est interprétée au regard des conditions limitatives du Code civil, malgré l'antinomie que cela représente, la dernière étant remarquablement une règle hiérarchiquement inférieure à la première. La jurisprudence des cours supérieures tend à reconnaître cette responsabilité objective et à l'appliquer aux personnes de droit privé agissant au nom de l'Administration<sup>43</sup>. La jurisprudence des cours inférieures, en revanche, est peu encline à résoudre la question en dehors des dispositions du Code civil lorsque la question du montant de l'indemnisation est en jeu.

En ce qui concerne la faute personnelle non détachable du service, Mme Medauar souligne que la responsabilité est engagée également lorsqu'un agent public ou privé dans l'exercice d'une fonction ou d'un sous-mandat politique, même temporaire ou non rémunéré, et agissant sous le contrôle de la puissance publique, commet une faute administrative<sup>44</sup>. La loi 8429 du 2 juin 1992, dans ses articles 9 à 11, définit les sanctions administratives, civiles et pénales à l'encontre de l'agent public ou toute autre personne physique ou morale, publique ou privée<sup>45</sup>.

## B. Responsabilité pénale

---

<sup>41</sup> V. Medauar, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 15<sup>a</sup> edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 321.

<sup>42</sup> Cf. note 25.

<sup>43</sup> V. Menezes. Op. cit. p. 263. Cf. RE 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26-8-2009, Plenário, DJE de 18-12-2009, com repercussão geral. No mesmo sentido: ARE 675.793, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 15-3-2012, DJE de 26-3-2012; AI 831.327-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-2-2011, Primeira Turma, DJE de 24-3-2011

<sup>44</sup> V. Medauar. Op. cit. p. 321

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*.

L'agent répond également de ses actes en droit pénal, à la condition que le fait dommageable puisse être qualifié de crime, de délit<sup>46</sup> ou de contravention, selon la gravité de la faute et l'intention de l'agent public mis en cause, en application du code pénal brésilien. La responsabilité pénale est engagée du fait des actes de l'agent public, qui peuvent être liés à la position, à l'exercice, à la fonction ou emploi public, d'où la qualification d'infraction fonctionnelle.

Le concept de fonctionnaire est défini à l'article 327 du code pénal, qui est la seule définition connue en droit positif brésilien.

« Art. 327. On considère comme fonctionnaire, en matière criminelle, toute personne qui, bien que temporairement ou sans rémunération, occupe un poste, un emploi ou travaille dans une fonction publique quelconque.

§ 1 - Equivaut à un fonctionnaire celui qui occupe un poste, un emploi ou une fonction dans un organe paraétatique, aussi bien que celui qui travaille pour une société fournissant un service public ou ayant un contrat public lui permettant d'exercer une activité typique de l'administration.

§ 2 - La peine est augmentée d'un tiers lorsque les auteurs des crimes prévus dans le présent chapitre sont titulaires d'une fonction dans une commission ou d'une fonction de direction ou de consultation au sein de l'administration directe ou indirecte, soit dans une société, une entreprise publique ou une fondation créée par le gouvernement. »

En outre, d'autres lois fédérales ou nationales, selon la portée de leur application, prévoient des actes répréhensibles plus spécifiques, toujours en lien avec la condition d'agent public, en tant que crimes ou délits qualifiés. Il en est ainsi de la loi 4.898/1965, qui discipline l'abus de pouvoir ; de la loi 8.666/93, qui régit les contrats publics et les infractions pénales associées au non-respect de ces contrats ; de la LRF elle-même ; et de bien d'autres encore.

Dans un cas comme dans l'autre, que ce soit un acte défini par le code pénal ou par des lois pénales spéciales, la responsabilité pénale de l'agent public sera toujours déterminée par le système judiciaire, saisi à la suite du dépôt de plainte transmise au Parquet. La connaissance des faits est en principe réalisée par un « procès administratif » – nom générique remettant aux procédés de détermination de faute par l'organe public lui-même dont nous avons discuté auparavant –, et d'une enquête administrative – appelée « *sindicância* » - selon la tradition administrative brésilienne –, qui sera ultérieurement portée auprès du procureur du gouvernement en question, selon que la compétence adjudicatrice (tel qu'il arrive aux autorités dans le système nord-américain) relève d'une autorité fédérale ou fédérée. Les faits peuvent aussi être appréciés au cours d'une procédure judiciaire le plus souvent ordinaire.

La saisine du juge pénal suspend normalement les procès administratif et civil, étant donné que le jugement pénal, faisant autorité de chose jugée, évince la responsabilité administrative et civile de l'agent. Autrement dit, l'acquiescement ou le non-lieu prononcé par un juge pénal interdit tout engagement de la responsabilité civile ou administrative.

## **Section II. Construction nouvelle de la responsabilité administrative**

L'édition d'une nouvelle Constitution en 1988 a soulevé la question de savoir si certains textes infra-constitutionnels restaient valables, comme le code pénal. Par ailleurs, l'antinomie

---

<sup>46</sup> Il faut noter qu'en droit brésilien les notions de crime et de délit se confondent du fait, d'une part, du développement particulier de l'application de la partie générale du code pénal considérant le régime des peines privatives de liberté et, d'autre part, des nombreuses lois promulguées après la nouvelle Constitution et mélangeant ces deux types d'infraction pénale, ce qui a pour conséquence une absence de concepts positifs précis en la matière. V. Lopes, Jair Lenoardo. *Curso de Direito Penal*. Revista dos Tribunais: 2005. 286p.

expresse entre la CR et certaines dispositions législatives respectant le régime politique précédant a entraîné l'élaboration de divers textes spéciaux favorables à une harmonisation juridique de notions, dont celle de la responsabilité de l'État qui a été élargie par la nouvelle Constitution. Cela plus notamment à l'égard de certains domaines particuliers, dont les finances publiques.

## § 1. Responsabilité de l'État dans des domaines exceptionnels

La Constitution a reconnu la nouveauté de certains types de responsabilité de l'État qu'elle venait de fixer, imposant expressément l'adoption de textes complémentaires d'application dans des matières précises concernant cette responsabilité nouvelle, tel est le cas de son article 163 du chapitre II du titre VI déterminant la mise en œuvre d'une gestion financière « responsable ». La responsabilité sociale (ou le fait de coordonner l'action administrative avec le public) et la responsabilité environnementale ont été aussi des matières particulièrement modifiées par la CR. Toutefois, l'usage singulier qui a été fait de la responsabilité fiscale, comme instrument de contrôle de l'Administration, caractérise celle-ci de façon particulière en droit brésilien. La responsabilité fiscale est ainsi devenue quasiment un passe-partout de la responsabilité administrative au Brésil.

### A. Responsabilité fiscale et son rôle majeur en droit brésilien de la responsabilité

Certains affirment que la *gestion responsable* correspond à la volonté du constituant de « récupérer le budget comme un instrument de démocratie, de contrôle de l'État et de planification coordonnée avec la société »<sup>47</sup> des finances publiques, après une période où cette question était politiquement peu discutée sous la dictature militaire.

Ainsi, la responsabilité administrative, en dépit de nombreuses analyses développées en doctrine sur l'évolution du droit brésilien, a été consacrée en droit positif après 1988. Il est remarquable de noter qu'en matière fiscale, un procès en responsabilité doit être intenté au niveau judiciaire et non administratif, ce qui limite les difficultés liées au « procès administratif » impropre que nous avons déjà signalées.

Le régime de la responsabilité administrative *stricto sensu*, c'est-à-dire celle envisageable seulement au niveau administratif, est fort comparable à celui du droit français conformément à des concepts positifs définis dans différents textes législatifs et par la jurisprudence<sup>48</sup>, et fort comparable à celui du droit nord-américain en matière de procédures. Ainsi, le droit brésilien reconnaît la responsabilité de l'État pour faute ou sans faute, la première étant imputable à l'agent ayant causé le fait dommageable, soit par sa faute personnelle, soit en raison d'une faute de service ; les deux pouvant se cumuler et la seconde concernant l'Administration. C'est ainsi que

---

<sup>47</sup> V. Oliveira, Fabrício Augusto de. *Economia e Política das Finanças Públicas: um guia de leitura à luz do processo de globalização e da realidade brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 2009. 190p. pp.66

<sup>48</sup> V. la question jugée par la Cour suprême est une des premières affaires portant sur l'indépendance des instances civile, administrative et pénale depuis l'adoption de la nouvelle Constitution de 1988. Ementa: SERVIDOR - RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA CÍVEL E PENAL - DEMISSAO. ESTANDO O DECRETO DE DEMISSAO ALICERCADO EM TIPO PENAL, imprescindível e que haja provimento condenatório trânsito em julgado. Se de um lado e certo que a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal indica o caráter autonomo da responsabilidade administrativa, a não depender dos procedimentos cível e penal pertinentes, de outro não menos correto e que, alicercada a demissão na pratica de crime contra a administração pública, este há que estar revelado em pronunciamento do Judiciario coberto pelo manto de coisa julgada. [MANDADO DE SEGURANÇA MS 21310 DF (STF), Data de publicação: 11/03/1994]

les conditions pour agir dépendent de l'existence d'un préjudice dont la relation de causalité doit être démontrée<sup>49</sup>. La responsabilité de l'Administration est objective, mais elle n'est imputable que par sa démonstration au cours d'un procès judiciaire selon les règles du droit commun. La responsabilité de l'agent public, qu'elle soit personnelle, ou du fait d'une faute de service, n'est administrative que pour des raisons disciplinaires, pouvant aller de sanctions symboliques ou pécuniaires au licenciement. La décision de l'autorité administrative est toujours passible de recours devant les juridictions de droit commun et le procès administratif, comme nous l'avons souligné, doit observer toutes les mêmes garanties du procès de droit commun.

Considérant que les agents publics se conforment peu en pratique aux décisions administratives, les tribunaux judiciaires brésiliens de droit commun sont finalement les autorités qui tranchent de manière définitive les questions disciplinaires, d'où l'on ne voit des conflits abondants à propos de la responsabilité. De surcroît, l'on observe ce que M. Ari Sundfeld a nommé une certaine « timidité » de la loi sur le procès administratif, par rapport au procès de droit commun en la matière<sup>50</sup>. En effet, avant l'entrée en vigueur de cette loi sur les procédures au niveau fédéral (loi 9.784/1999) et de la loi correspondante dans l'État de São Paulo, adoptée à la fin des années 1990, au Brésil les procédures n'étaient pas systématisées<sup>51</sup>. Les pratiques administratives étaient influencées par le droit français et le droit italien, puis, à partir des années 1970, par le droit espagnol et des droits de pays latino-américains, notamment l'Argentine, qui comptait déjà sur une loi sur la procédure administrative. Cette dernière est très influencée par l'*Administrative Procedure Act* des États-Unis<sup>52</sup>, ce qui fut le cas aussi de la loi brésilienne.

La LRF s'applique à l'Administration, à tous les niveaux de la fédération, de l'Union, du District fédéral, des États membres et des municipalités. Caractérisé par la transparence et la planification afin de prévenir les risques de hausse des dépenses publiques et de corriger les déséquilibres des finances publiques, comme le révèlent les travaux parlementaires, l'article 1er de cette loi définit le concept de responsabilité en matière administrative et budgétaire dans les termes suivants :

« Art. 1<sup>o</sup>.

§ 1. La responsabilité de la gestion fiscale présuppose l'action planifiée et transparente de l'Administration, selon laquelle la prévention des risques et la correction des écarts qui peuvent affecter l'équilibre des finances publiques sont réalisées dans le respect des règles fixées pour les recettes et les dépenses, ainsi que conformément aux limites et conditions relatives à l'abandon de recettes, la génération des charges de personnel, la sécurité sociale, les dettes consolidées, la dette sur les valeurs mobilières, les opérations de crédit, y compris celles dérivées de l'avance des recettes, les garanties et l'inscription au solde dû. »

Dans un contexte de décentralisation financière, de charges fiscales élevées, de dépenses de personnel extraordinaires, de dette publique démesurée et d'hyperinflation, qui ont marqué des années 1980, le Brésil a connu une stabilisation monétaire appréciable depuis les premières années de la nouvelle République. Cependant, en l'absence de règles spécifiques et en raison de discussions fiscales et de privatisations nombreuses, les autorités fédérées n'avaient pas les moyens de limiter leurs déficits, comme leur imposaient pourtant les dispositions constitutionnelles relatives à l'ordre financier. La définition de limites et de conditions relatives à la protection des biens publics et de l'équilibre des finances publiques n'a pas été ainsi une

---

<sup>49</sup> V. Bandeira de Melo, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ed. São Paulo: Malheiros,

<sup>50</sup> V. Sundfeld, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 300

<sup>51</sup> Idem. P. 301.

<sup>52</sup> Cf. Muñoz, Guillermo Andrés. "O Procedimento Administrativo na Argentina" in *As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

mission facile à réaliser par le législateur, soumis à la CR. La loi sur la responsabilité fiscale s'applique à toutes les administrations, ce qui suppose la mise en œuvre de politiques publiques de fourniture de services publics *lato sensu*, ce qui n'est pas accepté en doctrine et par la jurisprudence, étant donné la spécialisation continue d'un droit technique de la régulation de ces services fondé en grande partie sur la CR<sup>53</sup>. Selon M. Harada, avec l'avènement de la loi sur la responsabilité financière, « le budget a cessé d'être un simple document de comptabilité, pour refléter toute la vie économique de la nation »<sup>54</sup>.

M. Sergio Jund, à son tour, affirme que le problème du contrôle budgétaire au Brésil existe depuis les premiers jours de son histoire coloniale, d'où, de nos jours, le niveau fédéré transférerait indûment au niveau fédéral le rôle de « métropole », souvent au mépris du respect de l'intérêt public et des politiques publiques intégrées. Le processus d'organisation des finances au Brésil se reproduirait alors dès l'arrivée du Roi Jean VI en 1808, où il y avait un flux de tributs requis par Portugal. Cette hyperbole retrouve pourtant un certain bien-fondé, si l'on observe la Constitution de 1824 et ses dispositions sur les premiers budgets, comparées à certaines normes de la nouvelle CR. L'article 172 de la première Constitution prévoyait à cette époque un plan pour contrôler les finances publiques : « Le ministre des Finances, après avoir reçu les budgets des autres ministres relatifs aux dépenses de leurs ministères respectifs, présente à la Chambre des députés chaque année, sa politique d'équilibre général des recettes et des charges au Trésor national pour l'année précédente, et aussi le budget général de toutes les charges publiques de l'année à venir, de même que le montant de toutes les contributions et recettes publiques ». Si, d'une part, l'avènement de la proclamation de la République et ses suites historiques ont promu les provinces en États fédérés, pouvant agir de manière autonome et selon leur propre constitution, d'autre part, l'histoire des règles d'élaboration du budget fédéral au Brésil est caractérisée effectivement par un pouvoir de plus en plus important du gouvernement central en matière de contrôle du budget et des finances publiques locales, depuis l'époque impériale<sup>55</sup>.

La Constitution de 1988 fixe la procédure budgétaire dans trois instruments légaux : le plan pluriannuel (PPA), adopté tous les quatre ans ; la loi de directives budgétaires (LDO), adoptée chaque année ; et la loi budgétaire annuelle (LOA)<sup>56</sup>. Il est impératif de noter qu'aux fins de notre étude comparative, au Brésil, la responsabilité de l'État a été systématisée progressivement grâce à l'utilisation de cet instrument normatif, l'objectif est destiné avant tout à renforcer la fonction de planification et notamment le lien entre la planification et l'exécution des dépenses publiques. Les outils utilisés pour l'élaboration et l'application du plan économique étant d'autres lois elles-mêmes, plusieurs actions de contrôle constitutionnel et législatif sont à la portée de l'État et de la société civile.

La loi fixant le plan budgétaire (PPA) est prévue à l'article 165 de la Constitution et a pour fonction d'établir les lignes et les objectifs généraux de gestion couvrant une période de quatre ans. Le délai est compté d'un gouvernement à l'autre, immobilisant pendant un an le récent élu, aux fins d'éviter des dépenses publiques à caractère électoral et d'autres qui en découlent. L'objectif de la loi concernant le PPA pour le gouvernement central est fixé par la CR, notamment en matière de lutte contre les inégalités entre les régions géographiques, en particulier en faveur du Nord et du Nord-Est, par rapport aux régions sud et sud-est. La LDO, à son tour, avait à l'origine la fonction d'orienter la préparation des budgets annuels et d'établir les priorités

---

<sup>53</sup> V. Jund, Sergio. *AFO, administração financeira e orçamentaria: teoria e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>54</sup> V. Harada, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

<sup>55</sup> V. Jund. Op. cit.

<sup>56</sup> « Art. 165. Des lois à l'initiative du pouvoir exécutif établissent :

I - le plan pluriannuel ;

II - les directives budgétaires ;

III - les budgets annuels ».

et les objectifs de l'administration dans l'exercice suivant. Il incombe également à la LDO de définir les paramètres nécessaires d'allocation des ressources dans le budget annuel et d'assurer la réalisation des buts et objectifs prévus dans la PPA. La LDO est partant présentée comme un instrument de mise en cohérence de la PPA avec les budgets annuels (ou les LOA), en alignant les lignes directrices du plan aux prévisions des ressources financières disponibles pour l'année en question. La loi sur le budget annuel est détaillée dans le cinquième paragraphe de l'article 165 de la Constitution et a pour objet principal de fixer les recettes et les dépenses publiques<sup>57</sup>.

Il est important de souligner qu'afin de garantir une planification efficace et la transparence évoquée dans la loi qui discipline cette matière (Lei n° 12.527, du 18 novembre 2011), la LRF prévoit une participation populaire obligatoire et un suivi du processus budgétaire par le biais d'audiences publiques (à l'instar du système administratif nord-américain), pouvant dénoncer le non-respect de tous les éléments budgétaires, ainsi que la nécessité de divulgation et de publication d'informations liées aux comptes nationaux, à la comptabilité publique, à la consolidation des comptes nationaux, et aux méthodes de contrôles externes ou internes réalisés par les procureurs.

Ainsi, contrôle et responsabilité sont des notions parfois confondues en droit brésilien. La LRF est devenue un instrument de contrôle des comptes et des finances publiques à la suite de l'adoption de règles de consolidation et de normalisation des comptes publics, des rapports et des déclarations de gestion financière, ainsi que d'harmonisation et de coordination fédérale. La loi dispose encore sur des dispositifs généraux limitant les pratiques malveillantes les plus diverses en matière de finances publiques, lesquelles sont à la base de la responsabilité de l'État pouvant être engagé en siège de litige.

## **B. La responsabilité de l'État en matière environnementale, une responsabilité constitutionnelle<sup>58</sup>**

Défini par la Constitution brésilienne d'une manière précise, contrairement à d'autres textes constitutionnels étrangers susmentionnés, le régime de la responsabilité de l'État en matière environnementale est défini tant au niveau fédéral qu'au niveau fédéré. La responsabilité environnementale de l'État est caractérisée par trois régimes de sanction (civile, administrative et pénale), à l'instar d'autres systèmes de la famille romano-germanique, comme la France à titre d'exemple. Dans le système brésilien où ces trois sanctions se sont bien caractérisées, aucune règle constitutionnelle ne le précise pour autant. En effet, le §3 de l'article 225 dispose que :

« § 3. Les actes et activités considérés comme nuisibles à l'environnement exposent les auteurs d'infractions, personnes physiques ou morales, à des sanctions pénales et administratives, sans préjudice de l'obligation de réparer les dommages causés. »

---

<sup>57</sup> « Paragraphe premier. La loi qui institue le plan pluriannuel établit régionalement les directives, les objectifs et les buts de l'administration fédérale en ce qui concerne les dépenses en capital et celles qui en découlent, ainsi que celles relatives aux programmes à long terme.

§ 2. La loi de directives budgétaires comprend les buts et les priorités de l'administration fédérale, y compris les dépenses en capital pour l'exercice suivant ; elle oriente l'élaboration de la loi de finances de l'année, dispose sur les modifications à apporter à la législation fiscale et établit la politique de placements des autorités financières officielles de développement.

§ 3. Le pouvoir exécutif publie, au plus tard 30 jours après la fin de chaque période bimestrielle, un rapport résumé sur l'exécution du Budget.

§ 4. Les plans et programmes nationaux, régionaux et sectoriels prévus par la présente Constitution sont élaborés en cohérence avec le plan pluriannuel et appréciés par le Congrès national. »

<sup>58</sup> Nos remerciements ici à Mme Priscila Costa Lima, dont les travaux ont contribué à la réalisation de cette recherche.

Ce dispositif constitutionnel attribue à l'Administration un pouvoir de sanction important en matière de nuisances et de dégâts environnementaux, dont le caractère exorbitant est consacré par la loi 9.605 de 1998. Au-delà des sanctions administratives, la loi impose au Parquet de présenter la demande de sanction pénale souhaitée par l'autorité administrative, dans l'hypothèse où celle-ci souhaite des sanctions restrictives de liberté. La responsabilité est ainsi caractérisée par des procédures spécifiques en fonction du type de sanction, qui peut être symbolique (avertissement), patrimoniale (dédommagement), ou privative de liberté. La décision de l'autorité administrative peut être contestée auprès d'une juridiction de droit commun, civile ou pénale, selon la nature de la sanction.

M. Silva note au sujet de la nature de la responsabilité de l'État en matière environnementale qu'elle est consacrée dans une disposition constitutionnelle qui définit trois régimes de responsabilité juridique, indépendants les uns des autres : administrative, pénale et civile. En matière environnementale, alors, tout dommage peut justifier l'engagement de ces trois responsabilités<sup>59</sup>. Cette observation met en évidence les enjeux de procédure dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'État en droit brésilien, et ce, d'autant plus que la Cour suprême considère que la responsabilité administrative environnementale n'est pas objective<sup>60</sup>.

Ce même auteur constitutionnaliste relève que la responsabilité environnementale demeure néanmoins une responsabilité administrative, car elle est fondée sur la compétence des personnes morales de droit public, afin d'imposer des mesures générales ou spéciales aux particuliers. La puissance publique étant inhérente à l'Administration et à toute autorité étatique conformément à leur statut institutionnel, elle justifie ainsi la légitimité matérielle de l'action administrative en matière environnementale<sup>61</sup>. Ce régime procédural a été contesté dans l'affaire de l'effondrement de barrages à Bento Rodrigues.

M. Silva donne des exemples de sanctions en matière environnementale, ayant pour cause une violation de règles administratives : l'avertissement, l'amende, l'interdiction d'exercer une activité ou de contracter avec l'Administration, la suspension de prestations pécuniaires, la suspension d'une licence ou d'une autorisation, etc. La responsabilité civile, en revanche, n'est pas fondée sur les distinctions traditionnelles du droit. Elle impose au contrevenant l'obligation d'indemniser les dommages causés par son fait et peut être contractuelle ou extracontractuelle, en fonction des prescriptions légales (responsabilité pour risque)<sup>62</sup>. Il n'existe pas en droit brésilien de principe de précaution, notion juridique relativement récente en droit français et en droit européen, consacré dans le code de l'environnement (loi 110-1 de 1995), ainsi que dans la Charte de l'environnement et dans différentes directives adoptées depuis l'entrée en vigueur de l'article 174-2 du Traité d'Amsterdam<sup>63</sup>. La Constitution brésilienne est néanmoins assez restrictive en matière de responsabilité environnementale à l'encontre des personnes publiques ou privées, n'autorisant qu'une liberté d'interprétation limitée aux autorités publiques dans l'appréciation des

---

<sup>59</sup> V. Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 253.

<sup>60</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ementa. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DANO AMBIENTAL. ACIDENTE NO TRANSPORTE DE ÓLEO DIESEL. IMPOSIÇÃO DE MULTA AO PROPRIETÁRIO DA CARGA. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. I – A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pela parte ora Agravante. Inexistência de omissão. II – A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador. III – Agravo regimental provido. [AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 62.584 - RJ (2011/0240437-3)]

<sup>61</sup> V. Silva. Op. cit. P. 301.

<sup>62</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>63</sup> V. Boutonnet, Mathilde. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Diss. Orléans, 2003.

faits dommageables. Cette caractéristique est considérée par des auteurs comme une qualité positive du dispositif constitutionnel<sup>64</sup>.

La complexité de la mise en œuvre des règles de responsabilité environnementale en cohérence avec les règles traditionnelles de responsabilité du droit commun a été analysée en doctrine<sup>65</sup>. Cette complexité a été mise en évidence précisément à suite de la grande catastrophe écologique causée par l'effondrement de deux barrages, *Fundão* et *Santarém*, appartenant à la société Samarco, une entreprise d'extraction minière autorisée dans la municipalité de Mariana. À cause de cet accident, des villages historiques, dont celui de *Bento Rodrigues*, ont été détruits, et le sol et des rivières locales ont été contaminés par des coulées de boue, des déchets de fer et des produits chimiques, et ce, jusqu'à l'océan Atlantique<sup>66</sup>.

Le *caput* de l'article 225 de la Constitution permet à tout citoyen d'assigner l'Administration en justice, pour engager la responsabilité de l'État pour défaut de gestion des ressources et de protection de l'environnement. Tandis que les obligations imposées à l'Administration, notamment en matière de responsabilité, sont définies au paragraphe unique de ce même article, les règles justifiant l'engagement de la responsabilité d'une personne privée agissant au nom de l'Administration en vertu d'une délégation de services publics, sont prévues dans les paragraphes suivants du même article 225. Il convient de relever dans ce cas les dispositions spécifiques relatives à l'extraction minière, considérée comme un service public sous monopole du gouvernement fédéral précisément réglementé par la CR<sup>67</sup>.

L'accident récent risque, cependant, de ne pas être le dernier, selon les autorités concernées, dans un pays où sur les 15 000 barrages existants répertoriés par l'Autorité nationale de l'eau (Agência Nacional de Aguas, ANA), 24 présenteraient des risques importants, conformément aux statistiques du Département national de la production minière (DNPM)<sup>68</sup>. En tant qu'établissement public administratif fédéral du ministère des Mines et de l'Énergie, en

---

<sup>64</sup> « Art. 225. Chacun a le droit à un environnement écologiquement équilibré, en tant que bien à l'usage commun du peuple et essentiel à une qualité saine de vie ; le devoir de le défendre et de le préserver au bénéfice des générations présentes et futures incombe à la puissance publique et à la collectivité.

Paragraphe premier. Pour assurer le caractère effectif de ce droit, il appartient à la puissance publique :

I - de préserver et de restaurer les processus écologiques essentiels et de pourvoir à une gestion écologique des espaces et des écosystèmes ;  
II - de préserver la diversité et l'intégrité du patrimoine génétique du pays et de surveiller les entités qui se consacrent à la recherche et à la manipulation du matériel génétique ;  
III - de définir, dans toutes les Unités de la Fédération, les espaces territoriaux et leurs éléments constitutifs qui doivent être spécialement protégés, leur modification ou suppression ne pouvant être autorisée que par la loi ; toute utilisation menaçant les caractéristiques en vertu desquelles ces espaces ont été déclarés zones protégées est interdite ;  
IV - d'exiger, selon les formes de la loi, avant toute réalisation de travaux ou d'une activité pouvant entraîner une détérioration significative de l'environnement, une étude préalable sur les incidences écologiques, qui est publiée ;  
V - de contrôler la production, la commercialisation et l'emploi de techniques, de méthodes ou de substances qui comportent un risque pour la vie, la qualité de la vie et l'environnement ;  
VI - de favoriser l'éducation écologique à tous les niveaux de l'enseignement et la prise de conscience du public en ce qui concerne la préservation de l'environnement ;  
VII - de protéger la faune et la flore ; sont interdites, selon les formes de la loi, les pratiques qui mettent en danger leur fonction écologique, provoquent l'extinction d'espèces ou soumettent les animaux à des traitements cruels. »

<sup>65</sup> Ce qui peut être observé même avant la CR de 1988, lors de l'accident de pollution radioactive qui a eu lieu à dans la ville de Goiânia en 1987. V. Paiva, Mario Antonio Lobato de. "Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos" in *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 20, 1999.

<sup>66</sup> V. Ferard, Émeline. « Brésil : une coulée de boue toxique cause la pire catastrophe écologique de l'histoire du pays » in *Revue électronique Maxisciences, Pollution*, 30 novembre 2015. Disponible dans le site institutionnel.

<sup>67</sup> « §2. Quiconque exploite des ressources minérales est tenu de protéger et de remettre en l'état l'environnement qui a été dégradé en recourant à la solution technique exigée par l'autorité publique compétente, conformément à la loi ».

<sup>68</sup> V. Italiani, Rafael, et Moreira, Rene. "ANA vê alto risco em 24 barragens do País; a de Minas era bem avaliada" in *Caderno Especial para o Estado, Jornal O Estado de S.Paulo*, 07 Novembro 2015. Disponible sur le site institutionnel.

charge du contrôle des mines, et dont les compétences sont partagées avec l'ANA et d'autres autorités compétentes, le DNPM identifie l'existence de risques et en fait état auprès d'autres autorités compétentes. Aux pouvoirs du DNPM, s'ajoutent ceux de l'État du Minas Gerais et des municipalités concernés, ce qui soulève des difficultés d'identification de l'autorité responsable d'une éventuelle faute.

Nonobstant ce partage de compétences entre pouvoirs de la fédération pouvant imposer des sanctions différentes au sein de chaque niveau de l'État et l'existence d'une législation précise, un rapport technique établi en 2013 à la demande du ministère public de l'État du Minas Gerais, informant l'entreprise Samarco des risques de rupture de barrages, en particulier du fait d'une érosion éventuelle, n'a pas été considéré par l'Administration<sup>69</sup>. L'affaire relève d'une problématique assez commune parmi les systèmes juridiques organisés en fédération, tel est le cas des États-Unis : la question du partage des pouvoirs de police en matière gouvernementale est un facteur d'« irresponsabilité » de l'État, en opposition avec l'intention du constituant, ce qui est particulièrement critiqué par des auteurs brésiliens<sup>70</sup>.

Dans cette même affaire, de nombreuses discussions ont porté sur l'article 24, alinéa VIII de la CR, notamment sur la responsabilité de l'État pour carence dans l'exécution de ses obligations constitutionnelles et le défaut de législation en matière de règles de responsabilité du fait des dommages environnementaux :

« Art. 24. Il appartient à l'Union, aux États et au District fédéral de légiférer de façon partagée sur :

VIII - la responsabilité du fait de préjudices causés à l'environnement, aux consommateurs, aux biens et droits de valeur artistique, esthétique, historique, touristique ou liée aux paysages ».

La responsabilisation de l'État du fait de cette carence est limitée par les prérogatives de la puissance publique, qui ne peut pas être contrainte de légiférer. En conséquence, la responsabilité de l'Administration du fait d'une carence législative, dans le cas d'espèce, est critiquée par certains auteurs. À cet égard, M. Edis Milaré considère que la puissance publique et la police administrative exercées dans le domaine environnemental, conformément à l'article 225 de la Constitution, ne se justifient que par leur objectif de protection de l'ordre environnemental, ce qui explique le fait que les sanctions ou les réparations dans ce domaine sont peu nombreuses, voire symboliques, et moins importantes que les mesures administratives de prévention<sup>71</sup>.

## § 2. Judicialisation de la responsabilité fiscale de l'Administration

Il convient de remarquer que la LRF n'est pas une originalité du droit brésilien. Au contraire, elle est le résultat des efforts législatifs un peu partout dans le monde de mitiger le modèle de l'État-providence, y compris aux États-Unis depuis l'entrée en vigueur du *Budget*

<sup>69</sup> V. Valor economico (ed.) « MP diz que Samarco sabia dos riscos em barragem ao menos desde 2013 », 17 de janeiro de 2016. Disponible sur le site institutionnel.

<sup>70</sup> Cf. les critiques dans ce sens dans l'ouvrage de Carneiro, Ricardo. *Responsabilidade Administrativa Ambiental: Sua Natureza Subjetiva e os Exatos Contornos do Princípio do Non Bis In Idem*. In: Werneck, Mario. et. al. (Coord.). *Direito Ambiental Visto por Nós Advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 ; ainsi que dans le travail de Silva, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004.

<sup>71</sup> V. Milaré, Edis. *Direito do Ambiente. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 260

*Enforcement Act* en 1990. Malgré les critiques valables contre cette influence de la pensée économique libérale sur le domaine juridique, certains auteurs notent que l'objectif politico-économique de la LRF, caractéristique du droit de la responsabilité, était destiné à instaurer la démocratie fiscale dans un pays surendetté, caractérisé par des crises politiques et de nombreux actes de corruption.

Comme il a été déjà indiqué, la définition d'un régime objectif de responsabilité fiscale au Brésil a eu pour effet de multiplier les hypothèses de mise en œuvre de la responsabilité administrative, en dérogation avec la justice de droit commun. En tant que responsabilité de droit public, elle n'est ni pénale ni civile, car sa mise en œuvre n'est substantiellement pas exclusive, mais au contraire elle autorise le cumul des responsabilités. Cette particularité peut être mise en évidence à la suite des affaires récentes susmentionnées, où des actes mettant en cause des fonctionnaires ont justifié la mise en œuvre de leurs responsabilités tant fiscale que pénale et civile, en vertu de lois spéciales mettant en place une procédure plus adaptée permettant d'identifier d'autres infractions telles que celles définies par la loi sur l'anticorruption. Il s'agit là d'un renversement de la procédure, initiée d'abord devant la justice de droit commun puis intentée ensuite au niveau administratif, alors que la CR prévoit *a priori* l'inverse.

## A. Affaire du « maquillage » de l'exercice comptable de 2014

L'affaire dénommée « *pedaladas fiscais* », relative à des pratiques de dissimulation (ou de « maquillage ») des comptes de l'année 2014 présentés par l'administration fédérale<sup>72</sup>, qui a justifié le dépôt auprès de la Chambre des députés d'une demande d'impeachment de la Présidente Rousseff<sup>73</sup>, est un exemple important de mise en œuvre de cette loi encore jeune, la LRF, en matière administrative. Il faut rappeler que la Cour des comptes n'est qu'une juridiction de l'ordre administratif.

### 1. Faits de l'affaire

Les pratiques en question consistaient en un retard délibéré du Trésor public national dans le transfert de paiements dus à des banques et à des fondations (publiques ou privées), y compris la Sécurité sociale. Le but du Trésor et du ministère des Finances publiques, également impliqué dans cette affaire, était de dissimuler irrégulièrement les comptes fédéraux et d'améliorer les résultats de l'excédent primaire. En vertu de ces retards et des omissions associées aux transferts dans les bilans mensuels, le gouvernement a dissimulé aux marchés financiers la réalité des comptes publics. Juridiquement, ces pratiques correspondent à des prêts irréguliers de la part de banques au profit de l'Administration, escomptés des titres de la dette publique, caractérisant ainsi une violation de la loi fiscale.

À cet égard, il faut noter, comme le signale d'ailleurs M. Marcus Abraham, qu'en ce qui concerne le contrôle des comptes du pouvoir exécutif par le pouvoir législatif central, la décision prononcée par la Cour des comptes (arrêt n° 1464/2015, affaire n° 005 TC 335/2015-9) n'est pas définitive, car il appartient au Parlement d'approuver ou de rejeter les comptes ; la décision de la Cour des comptes n'est qu'un avis permettant d'informer les parlementaires<sup>74</sup>, mais sans caractère contraignant<sup>75</sup>.

Ce même auteur expose les diverses infractions à LRF caractérisées par de telles pratiques, en soulignant treize irrégularités fiscales possibles ayant fait l'objet d'une demande de précision auprès du gouvernement. La manœuvre est une violation, d'une part, de l'article 36 de la loi interdisant les opérations de crédit d'une institution financière de l'État au profit d'une autorité fédérale ayant la qualité d'emprunteur et, d'autre part, de l'article 38 qui interdit :

- (i) des anticipations de recettes fiscales caractérisées par des paiements effectués par des institutions financières à des bénéficiaires d'allocations sociales (telles que les allocations chômage ou logement, parmi d'autres) sans que l'entité publique n'ait reçu au préalable les transferts correspondants ;
- (ii) la souscription de prêts ou de crédits inscrits dans un autre exercice comptable, ce qui affecte la comptabilité officielle de la dette primaire.

Les faits de l'affaire ont été appréciés par la Cour des comptes qui, conformément aux articles 70 et 71 de la CR, a décidé à l'unanimité en faveur de refuser d'approuver les comptes et

---

<sup>72</sup> La dénomination « *pedaladas fiscais* » a été donnée par le journal *O Estado de S. Paulo*, qui a révélé la pratique financière sur son site internet, en direct, après les conclusions du rapporteur M. Nardes de la Cour de comptes sur l'évaluation du budget fédéral de l'exercice 2014. Cf. <http://infograficos.estadao.com.br/public/economia/pedaladas-fiscais/>

<sup>73</sup> Cf. l'article de Claire Gatinois expliquant l'affaire dans la presse française « Brésil : Dilma Rousseff face à l'impeachment » in *Le Monde*, 12.10.2015 disponible en ligne.

<sup>74</sup> V. Abraham, Marcus. "Coluna Fiscal: Para entender as pedaladas fiscais" in *Jota.uol.com.br* (Edição Jurídica on line). Publicado 6 de Agosto, 2015

<sup>75</sup> Cf. dans différentes décisions de la Cour suprême à cette égard, dont MS 24.631, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJ de 1º-2-2008.

de sanctionner le gouvernement fédéral aux peines prévues pour les infractions à la LRF. Cette décision n'a pas l'autorité de la chose jugée, n'étant qu'un avis transmis au Congrès et joint aux pièces d'une procédure judiciaire. La Cour a également décidé que 17 représentants du gouvernement étaient personnellement responsables de l'anticipation de recettes fiscales et leur a ainsi demandé des justifications.

Ces dernières personnes mises en cause peuvent être coupables d'actes d'improbité administrative, infraction commune aux malversations diverses et définie par le décret-loi 8429/1990. Les poursuites devraient être engagées en conformité avec les dispositions de loi 8.112/1990 et pourraient déboucher sur leur licenciement pour cause légitime. En outre, les agents de la fonction publique concernés par cette affaire pourront être mis en examen pour infraction en matière de finances publiques en application de l'article 359 du code pénal et devoir répondre civilement des dommages causés au Trésor public. Les procureurs fédéraux ont initié dans ce contexte une enquête pour déterminer précisément la responsabilité pénale du chef de l'exécutif, considéré par la LRF comme personnellement responsable des malversations financières. Au niveau administratif, les députés de l'opposition ont déposé une plainte auprès du bureau du procureur général, concomitamment à une demande d'impeachment contre la Présidente de la République.

## *2. Conséquences possibles de l'affaire*

L'affaire en cause permet de mieux comprendre comment les différents régimes de responsabilité de l'État s'appliquent en droit brésilien. L'anticipation de recettes fiscales a été examinée par la Cour de comptes dans ce contexte, mettant en exergue l'équilibre encore incertain des institutions républicaines et de l'État de droit. En effet, sous le point de vue strict du droit, l'absence éventuelle de sanction du gouvernement central, alors qu'au niveau des collectivités territoriales des faits comparables ont justifié des peines d'emprisonnement de certains représentants de pouvoirs exécutifs locaux, témoigne d'un manque d'objectivité dans l'application de la norme.

Certains juristes soulignent que les faits de cette affaire sont compréhensibles : le contrôle des comptes de l'exercice 2014 met en évidence des financements bancaires irréguliers au-delà de la seule anticipation des recettes fiscales, réalisés, selon certains, par l'intermédiaire de versements directs d'une partie des actifs de certaines banques étatiques, caractérisant ainsi des subventions interdites par la LRF. La Cour des comptes, dans son rapport annuel, considère, en reprenant les conclusions du rapporteur, que la Présidente de la République a commis, de ce fait, des actes « portant atteinte aux principes objectifs prescrits par la loi, caractérisant une situation d'absence de gouvernance fiscale »<sup>76</sup>.

D'autres auteurs remarquent que, bien que cette pratique financière ait été déjà mise en œuvre par différents Présidents de la République dans un passé encore récent, elle n'avait jamais jusqu'alors mis en cause le capital de banques étatiques. La pratique était auparavant tolérée afin de valoriser l'excédent primaire et de générer des excédents budgétaires destinés au paiement des intérêts de la dette publique, ou bien afin de limiter un déficit public élevé pouvant nuire à la notation financière du pays. En tout état de cause, les retards de transferts aux banques ont toujours été présentés comme une solution exceptionnelle et non recommandée, car elle trompe les marchés financiers avec des indicateurs économiques plus favorables qu'ils ne le sont vraiment.

---

<sup>76</sup> V. Brasil, Tribunal de Contas da União. *Relatório de Atividades 2014*. Brasília, 2014. 241p.

Les faux bilans publics constituent alors une infraction au principe de légalité. Le principe de légalité appliqué à l'administration correspond en droit brésilien à l'inobservance de la loi au sens large, que ce soit en matière pénale, administrative ou civile. Au sens strict, ce principe à valeur constitutionnelle prévoit que l'Administration doit respecter strictement la loi, qu'elle ne peut faire que ce que la loi autorise et qu'elle ne peut pas agir en l'absence de dispositifs législatifs<sup>77</sup>. La légalité des actes administratifs doit être apprise *a priori* par l'action propre de tutelle de l'Administration. Le décret-loi n° 8429 de 1990 définit les cas d'improbité administrative. La loi fait mention expresse du principe de légalité et le définit positivement selon des termes généraux en matière de responsabilité des agents de la fonction publique<sup>78</sup>.

Outre les sanctions administratives possibles contre l'agent de la fonction publique coupable d'improbité administrative, il faut signaler que celui-ci peut également se voir infliger des sanctions pénales en tant que fonctionnaire et des sanctions fiscales en tant que gestionnaire. Parmi les trois notions associées à la faute personnelle ou à la faute de service, le régime appliqué au gestionnaire prévu à l'article 73 de la LRF est remarquable. En effet, toute sanction d'une violation de cette loi commise par un gestionnaire dépend de l'intervention du Parquet en matière pénale. Il convient de noter que les peines prévues au code pénal sont applicables uniquement aux fonctionnaires, à l'exception des agents politiques (dont le Président de la République, les gouverneurs et les parlementaires), mais sans pour autant exclure les représentants des autorités municipales<sup>79</sup>, sauf en cas de dispositions contraires au profit des pouvoirs législatifs locaux conformément aux statuts spécifiques à leurs fonctions.

En espèce, le chef du pouvoir exécutif fédéral ne répond pas de ces crimes *tant qu'il est encore en fonction* : s'il commet une infraction, l'interprétation conjointe de lois mentionnées et de la CR interdit qu'il soit jugé ordinairement *ab initio*, avant toute procédure de mise en accusation dite d'*impeachment*, jugée par le Sénat s'il s'agit d'une infraction prévue à l'article 85 de la CR ou bien par la Cour suprême s'il s'agit d'une infraction de droit commun. S'il est jugé coupable, son immunité est en principe levée et il peut être jugé pour l'ensemble de ses crimes par une juridiction de droit commun, selon l'article 52 de la CR. Cette hypothèse n'ayant jamais eu lieu, la doctrine est divisée sur cette question<sup>80</sup>. Dans le cas d'espèce, le parti politique d'opposition considère, en outre, que les manœuvres fiscales ont été réalisées pour financer la campagne électorale de 2014, ce qui pourrait caractériser une infraction à la loi électorale.

Cette affaire ne soulève pas beaucoup de discussions doctrinales. Les auteurs s'accordent sur le fait que le droit brésilien devrait suivre le modèle jurisprudentiel de ses origines juridiques principales, autorisant, d'une part, le cumul de la faute personnelle et de la faute de service, à l'instar de la règle du droit français de la responsabilité consacrée dans plusieurs arrêts, notamment l'arrêt *Lemmonier*<sup>81</sup>. L'exemple nord-américain est également pertinent, notamment en ce qui concerne l'APA consolidant le débat au niveau de la justice de droit commun, tout en complexifiant la mise en cause de la responsabilité des agents de la fonction publique et, de surcroît, celle des représentants politiques. La question actuelle est de savoir dans quelle mesure le chef du pouvoir exécutif fédéral répond de ses actes administratifs, notamment des

---

<sup>77</sup> V. Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17<sup>e</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>78</sup> « Art 11. Constitue un acte d'improbité administrative le fait de porter atteinte aux principes de l'administration, à la suite d'une action ou omission qui viole les devoirs d'honnêteté, d'impartialité, de légalité et de loyauté envers les institutions, et en particulier :

I – la pratique d'un acte visant un objectif interdit par la loi ou par un règlement ou par un autre acte administratif prévu dans la règle de compétence. »

<sup>79</sup> V. Brasil, Supremo Tribunal Federal. Inq 2036/PA, rel. Min. Carlos Britto, 23.6.2004. (Inq-2036)

<sup>80</sup> V. Brito, Ayres. "Definições de crimes de responsabilidade do presidente da República" in *Conjur. Boletim Jurídico, Opinião*. 1<sup>o</sup> de setembro de 2015. Disponible dans le site institutionnel.

<sup>81</sup> France. Conseil d'Etat, Arrêt du 26 juillet 1918, dit *arrêt Lemmonier*, n. 49595 55240, publié au recueil Lebon.

malversations, au plan matériel du droit de la responsabilité. Malgré l'adoption d'une loi spécifique régissant la procédure en question (loi 1.079/1950), il existe en droit brésilien de nombreux dispositifs permettant d'engager diverses responsabilités des agents publics à tous les niveaux (administratif, y compris fiscal, pénal et civil), et ce, de manière singulière. Tandis que les lois définissent les hypothèses possibles d'actes répréhensibles, elles soulèvent de plus en plus également de difficultés de qualification et de sanction des agents publics. Même si les définitions juridiques d'agent public, de fonctionnaire ou de gestionnaire ne sont pas incompatibles formellement, il n'en reste pas moins qu'au fond pour mettre en œuvre leur responsabilité, les procédures administratives ou judiciaires sont souvent associées et, en pratique, les coupables finissent souvent par ne pas être sanctionnés.

## **B. Affaire de la raffinerie de Pasadena**

Dans une autre affaire important dans le domaine de la responsabilité de l'Etat, concernant la gestion de services d'intérêt économique général, les règles de responsabilité fiscale ont également subsumé matériellement les autres régimes de responsabilité administrative. En l'espèce, la contestation d'une acquisition par l'entreprise publique brésilienne Petrobras, l'une des entreprises publiques brésiennes les plus importantes et jusqu'alors correspondant à un exemple de réussite du modèle d'intervention économique de l'État. Il s'agit de l'achat d'une raffinerie de pétrole à Pasadena, au Texas, aux États-Unis, à la suite de son approbation par la Présidente de la République du Brésil, en tant que membre du conseil d'administration de Petrobras, mais qui était alors soupçonnée à l'époque des faits de fraude fiscale et de malversations financières<sup>82</sup>.

### *1. Faits de l'affaire*

La société américaine Pasadena Oil détient une raffinerie de pétrole située dans l'une des zones d'exploitation pétrolière les plus importantes des États-Unis. Afin de développer la participation du Brésil sur le marché international d'exploitation et de distribution de carburant, l'entreprise publique Petrobras, qui détient le monopole matériel de l'exploitation des carburants au Brésil, a décidé d'acquérir une partie d'une raffinerie étrangère relativement peu coûteuse, car obsolète, pour ensuite améliorer ses installations et les adapter à la nature du pétrole produit au Brésil. Selon les services techniques du ministère des Mines et de l'Énergie, l'objectif était de distribuer des carburants dans les conditions adaptées au marché en question, le marché nord-américain, considéré à l'époque comme stratégique, et de pouvoir ainsi faire concurrence à des entreprises internationales installées sur le marché brésilien<sup>83</sup>.

Après un premier enthousiasme initial du public motivé par le développement international des affaires de l'entreprise brésilienne, l'achat s'est révélé captieux à la suite d'une enquête menée quelques années plus tard par les services de la police fédérale. Le prix payé par Petrobras était en fait bien supérieur au prix réellement payé un an auparavant par la société belge Astra Oil Company Inc., ayant cédé des actions de la société Pasadena Oil à Petrobras. Au final, l'acquisition s'est montrée particulièrement préjudiciable pour le Trésor public brésilien. Outre le

---

<sup>82</sup> V. Barbalho, Fernando Almeida, and Janann Joslin Medeiros. "Transparência e legitimação de objetivos institucionais em empresas estatais: um estudo de caso sobre a Petrobras/Transparency and legitimation of institutional objectives in state-owned companies: the case of Petrobras." *Cadernos EBAPE*. BR 12 (2014): 469.

<sup>83</sup> V. Pizzolato, Nélío Domingues. *Proposta de variáveis críticas para o modelo preliminar de apoio à decisão de aquisição de refinarias em novos mercados*. Dissertação de Mestrado PUC-Rio, 2009.

prix élevé, les enquêteurs ont relevé que le contrat d'achat comporte des clauses léonines au détriment de l'entreprise brésilienne<sup>84</sup>.

En 2008, un désaccord survenu entre l'acheteur brésilien et le vendeur belge a mis en évidence le caractère léonin de certaines clauses du contrat de vente. Une clause *Put Option* prévoyait qu'en cas de désaccord, la société Astra pouvait vendre des actifs à Petrobras, qui était alors dans l'obligation de les acheter. Une seconde clause, dite *Marlin*, garantit à la société belge un bénéfice de 6,9% par an indépendamment du chiffre d'affaires réalisé par la société Pasadena Oil, ce qui a été dénoncé par les enquêteurs brésiliens<sup>85</sup>.

## 2. Évolution de l'affaire

À la suite de l'ouverture d'une procédure auprès de la Cour de comptes en juillet 2014, la Présidence de la République s'est défendue en arguant du fait qu'en tant que membre du conseil d'administration de l'entreprise publique brésilienne, elle avait approuvé la prise de participation dans le capital de la société Pasadena Oil en se fondant sur les conclusions insuffisantes d'un rapport technique ne mentionnant aucune des clauses contestées. Ceci n'a pourtant pas empêché le conseil d'administration d'être directement impliqué dans l'achat, les critiques les plus sévères ayant été dirigées contre Mme Rousseff, qui, malgré sa « *duty of care* », alléguait sa méconnaissance du sujet, alors qu'elle avait déjà été ministre des Mines et de l'Énergie<sup>86</sup>.

Cette affaire, qui est en cours d'instruction au Parlement, a été révélée par la presse en 2012 dénonçant les montants excessifs de l'opération, comme l'avaient déjà observé les services de la police fédérale. Petrobras aurait acheté la moitié du capital de la société Astra Oil pour un prix officiellement fixé à 360 millions de dollars US environ, alors que les services d'enquête de police ont révélé que le prix réellement payé est de 1,3 milliard de dollars US, du fait du rachat d'une partie des actions de la société belge Astra et d'une somme de 10% du prix de vente versée sous forme de pot-de-vin au Sénateur Delcídio do Amaral ; ce dernier l'a reconnu à la suite de la négociation de sa peine avec les autorités brésiliennes<sup>87</sup>. À ce jour, la Cour de comptes a condamné les directeurs de l'entreprise Petrobras, à l'exception de la Présidente de la République, qui doivent ainsi réparer civilement les préjudices subis par le Trésor public. Le montant de ce préjudice est cependant difficilement vérifiable à ce jour (il s'élèverait à plus de 790 milliards de dollars US) et de nombreux recours judiciaires ont été présentés par les accusés<sup>88</sup>.

Le montant élevé de l'acquisition et du rachat s'explique également par le fait que l'entreprise brésilienne a fait appel non seulement à la justice américaine pour réviser le contrat conclu, mais aussi à un arbitrage international. Les frais d'arbitrage font aussi l'objet d'une enquête. La justice fédérale du Texas a ordonné à l'entreprise brésilienne Petrobras d'acheter les actions détenues par la société belge Astra, conformément aux termes de leur contrat. Or, le conseil d'administration de Petrobras a décidé de faire appel de cette décision et de soumettre le litige à un arbitrage conformément aux règles de la Chambre internationale arbitrale de New

---

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>85</sup> V. Morato, Dizzi. "TCU julgará processo de compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras" in Folha de São Paulo, 21 de julho de 2014. Disponible sur le site institutionnel.

<sup>86</sup> Idem, *ibidem*. V. aussi Lima, Paulo César Ribeiro. A situação econômica, financeira e operacional da Petrobras. Estudo. Consultoria Legislativa. Brasília: março, 2015.

<sup>87</sup> V. G1 Paraná (ed.) "Delator diz que Delcídio recebeu propina por refinaria de Pasadena". 16 de outubro de 2015. Disponible en ligne.

<sup>88</sup> V. Uribe, Gustavo. "Para Cardozo, causa estranheza pedido para responsabilizar Dilma por Pasadena" in Folha de São Paulo, 10 de março de 2016, disponible sur le site institutionnel en ligne.

York. Des auteurs s'interrogent sur les coûts excessifs de la procédure arbitrale, s'élevant à plus de trente pour cent de la valeur totale de l'opération concernant la raffinerie concernée<sup>89</sup>.

En 2014, la Cour des comptes a prononcé une ordonnance préliminaire avec des mesures conservatoires, en renvoyant l'affaire devant une formation spéciale dite « *tomada de contas especial* »<sup>90</sup>. Par ailleurs, des enquêtes sont à ce jour en cours, menées par les auditeurs internes de la société brésilienne Petrobras, par les services de la police fédérale, et par le ministère public (ces deux derniers étant indépendants l'un de l'autre, contrairement qu'à ce qui est prévu en France), ainsi que par des auditeurs internes du pouvoir exécutif fédéral et par d'autres services étatiques fédéraux ou locaux<sup>91</sup>.

## Conclusion

Le régime de responsabilité de l'État en droit brésilien est influencé par différents systèmes de droit comparé, tout en étant caractérisé par des particularités politiques locales remettant en cause le bien-fondé de l'État de droit. Ainsi, la responsabilité de l'État au Brésil est caractérisée par une mise en cohérence de principes considérés comme distincts aux yeux du comparatiste, qui relèvera au Brésil une tendance contemporaine favorable à l'harmonisation juridique avec des pays en développement, notamment avec les États sud-américains voisins, ainsi que l'adoption de notions de responsabilité administrative issues de la tradition romano-germanique, notamment du droit français, associées à des règles de *common law* nord-américaine en la matière. Le comparatiste y verra, en outre, de nombreuses dispositions spéciales législatives, dont l'objectif est destiné à garantir la régularité de l'action publique dans des matières diverses, notamment fiscale.

L'action de la puissance publique est, néanmoins, limitée, d'une part, par la complexité du réseau administratif inhérent à l'organisation fédérale propre à l'État brésilien, et, d'autre part, par les règles de responsabilités institutionnelles imposées par la Constitution brésilienne. L'ensemble de l'administration brésilienne, que ce soit au niveau fédéral, fédéré ou municipal, jouit d'un pouvoir discrétionnaire en la matière selon la nature du service public, qui est réglementé et géré par l'autorité compétente selon les règles constitutionnelles. En effet, la Constitution brésilienne dispose sur des questions particulières, en définissant les prérogatives et les obligations de l'État en matière de régulation des marchés, particulièrement s'il s'agit d'un service ou d'une activité d'intérêt général, ainsi qu'en matière de planification de l'économie, tout en déterminant aussi la responsabilité objective de l'État en cas de dommage causé à un particulier du fait d'une faute de service. Chaque entité fédérale dispose dans ces conditions d'une autonomie pour imposer le respect des règles, ainsi que la réalisation et la jouissance des droits en matière de fourniture de ces services.

---

<sup>89</sup> Cf. les motifs du recours à un arbitrage sont publiés dans le rapport de l'audit interne de l'Union. Brasil Controladoria Geral da União. AUDITORIA ESPECIAL Nº 201407539. Aquisição da refinaria de Pasadena, no Texas, EUA. Relatório final. Dez/2014

<sup>90</sup> La « *tomada de contas especial (TCE)* » est, selon le règlement interne de la Cour des comptes, « une procédure administrative dûment formalisée, avec ses propres règles, afin de déterminer la responsabilité du fait de dommages causés au gouvernement fédéral et d'obtenir leur réparation. Cette procédure est caractérisée par une appréciation des faits, des dommages et l'identification des responsables, conformément à l'art. 2 de TCU EN 71/2012 ». Cf. la décision préliminaire : Brasil, Tribunal de Contas da União. AC-1927-27/14-P. Ata nº 27/2014. Plenário. Data da Sessão: 23/7/2014.

<sup>91</sup> V. Moreira, Romulo de Andrade. "Petrobras: Atribuição do Ministério Público Federal ou do Ministério Público Estadual, That's the Question?." *Direito UNIFACS—Debate Virtual* 157, 2013.

Ainsi, un système complexe de lois fédérales et locales définit des sanctions adaptées et des procédures à respecter afin que la responsabilité de l'État puisse être engagée en cas de manquement à de telles obligations. À ces difficultés s'en ajoutent d'autres :

- (i) la différence de conceptions de responsabilité entre les dispositions constitutionnelles et les règles du Code civil, ainsi que celles du code pénal brésilien, limitant le développement de la responsabilité objective de l'État au plan matériel du droit ;
- (ii) la spécialisation de plus en plus importante du droit de la responsabilité administrative, imposant des règles différentes selon la nature du dommage causé, tout en prenant en considération la faute personnelle de l'agent public et l'existence d'un préjudice pour engager la responsabilité objective de l'État conformément à la Constitution.

Outre le cumul de dispositifs légaux de plus en plus nombreux, la responsabilité de l'État est substantivement subsumée par la responsabilité fiscale. Dans des affaires récentes où la responsabilité de l'État a été mise en cause de façon décisive à la suite de scandales notamment budgétaires, il est remarquable de noter que l'*ius puniendi*, en ce qui concerne l'Administration ou l'agent public, demeure à l'heure actuelle une règle prétorienne en droit brésilien. Le régime de la responsabilité de l'État au Brésil reste caractérisé par des relations de méfiance politique entre les niveaux fédéral et fédéré ; l'harmonisation des politiques étant souvent réalisée par les tribunaux. Plusieurs solutions possibles pourraient être entreprises en doctrine, qui s'apprête à éclaircir cette notion controversée dans différents domaines : par exemple, la responsabilité administrative en matière de développement durable, suscitée par l'affaire Sanmarco, pourrait permettre de préciser les notions du droit de la responsabilité de l'État.

## Références bibliographiques utilisées dans le chapitre

### *Livres, articles et manuscrits*

Abreu, Marcelo Paiva (org.). *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana: 1889-1989*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1989. 456p.

Abrucio, Fernando L.; Loureiro, Maria R. "Finanças públicas, democracia e accountability: debate teórico e o caso brasileiro" in Arvate, Paulo R.; Biderman, Ciro. *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 75-102.

Ackerman, Bruce, "Constitutional Politics/Constitutional Law" (1989). [Faculty Scholarship Series. Paper 140] in *The Yale Law Journal*, Volume 99, Number 3, December 1989. pp. 453-547. 500-502.

Alvarenga Spindola, Magda. Carvalho, Celia Souza. *Curso em Responsabilidade do Gestor Público*. UNA, 2014/2015.

Aschieri, G. et Le Pors, A. *La Fonction publique du XXI<sup>e</sup> siècle*, Editions de l'atelier, 2015.

Bandeira de Melo, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Barbalho, Fernando Almeida, and Janann Joslin Medeiros. "Transparência e legitimação de objetivos institucionais em empresas estatais: um estudo de caso sobre a Petrobras/Transparency and legitimation of institutional objectives in state-owned companies: the case of Petrobras." *Cadernos EBAPE*. BR 12 (2014): 469.

Barroso, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5<sup>a</sup> ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

Bevilaqua, Clovis. *Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. 2ed. Bahia : Livraria Magalhães. 1897.

Borchard « Government Liability in Tort » In *The Yale Law Journal*, 1924.

Botassi, Carlos. « Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino » in *Revista de Derecho Publico PUC*, n. 67. 2011. pp. 470-486

Boutonnet, Mathilde. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Diss. Orléans, 2003.

Cavalli, Cassio. “O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica” in *Revista de Direito Administrativo* n.251. 2010. pp. 61-76. p. 62;

Carneiro, Ricardo. *Responsabilidade Administrativa Ambiental: Sua Natureza Subjetiva e os Exatos Contornos do Princípio do Non Bis In Idem*. In: Werneck, Mario. et. al. (Coord.). *Direito Ambiental Visto por Nós Advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 ; ainsi que dans le travail de silva, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004.

Dulci, Otávio Soares. *Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil* in *Revista de Sociologia e Política*, v. 18, 2002. pp. 95-107

Finger, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. A & C: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, abr. 2003

Fleury, Jean-Gérard. *Getúlio Vargas, président des États-Unis du Brésil*. Paris : Plon, 1940. 93p.

Flogaitis, Spyridon. *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

Gaule, Jean. *L'avenir du plan et la place de la planification dans la société française*. *Compte-rendu*. Rapport remis au Premier ministre, Paris, la Documentation française, 1994.

Gomes, Josir Simeone; Salas, Joan M. Amat. *Controle de gestão: uma abordagem contextual e organizacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999

Grau, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In *Direito constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros. 2001.

Guglielmi, Gilles J. Koubi, Geneviève. *Droit du service public*. 2e éd. Paris : Montchrestien, 2007. p. 725

Harada, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques (4e éd.)*, Paris, L. Larose, 1900-1901, in-8°, VI-896 p.

Huepe Artigas, Fabian. « Derecho Administrativo : Responsabilidad objetiva del Estado en su actividad administrativa ». *Revista de Derecho de l'Universidad de Concepción*. N. 212, Vol. 2, Jul-Dic, 2002. pp. 491-508.

Italiani, Rafael, et Moreira, Rene. “ANA vê alto risco em 24 barragens do País; a de Minas era bem avaliada” in *Caderno Especial para o Estado, Jornal O Estado de S.Paulo*, 07 Novembro 2015. Disponible sur le site institutionnel.

Jund, Sergio. *AFO, administração financeira e orçamentaria: teoria e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Justen Filho, Marçal. “A necessidade de reforma da Lei de Licitações” in *Conferência comemorativa dos 68 anos do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, 2 de junho de 2015.

- Justen Filho, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Lima, Paulo César Ribeiro. A situação econômica, financeira e operacional da Petrobras. Estudo. Consultoria Legislativa. Brasília: março, 2015.
- Lopes, Jair Lenoardo. *Curso de Direito Penal*. Revista dos Tribunais: 2005. 286p.
- Medauar, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 321.
- Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- Menezes de Almeida, Fernando . “Responsabilidade civil do estado” in *Revista de direito administrativo contemporâneo - ReDAC*, v. 8, p. 147-173.
- Menezes de Almeida, Fernando Dias. “Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos – ensaio em homenagem a Guido Soares”, in *Direito internacional humanismo e globalidade – Guido Fernando Silva Soares amicorum discipulorum liber* (org.: Paulo Borba Casella, Umberto Celli Junior, Elizabeth de Almeida Meirelles e Fabrício Bertini Pasquot Polido). São Paulo: Atlas, 2008.
- Menezes de Almeida, Fernando. “Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira” in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 68, p. 76-85, 2009.
- Milaré, Edis. *Direito do Ambiente. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 260
- Moderne, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, F. Moderne et G. Marcou, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2001. p. 9.
- Moderne, Frank. « Nouvelles difficultés pour la notion de ‘rapports de droit privé’ comme critère de compétence judiciaire » *JDA*, 1970.
- Morand-Deville. *Droit administratif des biens...* op. cit. p. 751-752. Cf. Rangeon, F. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris : Economica, 1986. pp. 195-234
- Moreira, Romulo de Andrade. "Petrobrás: Atribuição do Ministério Público Federal ou do Ministério Público Estadual, That's the Question?." *Direito UNIFACS–Debate Virtual* 157, 2013.
- Motta, C. P. Coelho, Santana, J. Eduardo, Fernandes, J.U. Jacoby, Alves, L. da Silva. *Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- Muniz Grotti. Op. cit.
- Muñoz, Guillermo Andrés. “O Procedimento Administrativo na Argentina” in *As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Oliveira, Fabrício Augusto de. *Economia e Política das Finanças Públicas: um guia de leitura à luz do processo de globalização e da realidade brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 2009. 190p. pp.66
- Paiva, Mario Antonio Lobato de. “Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos” in *Juris Síntese*, Porto Alegre, n. 20, 1999.
- Pargendler, Mariana. « The Rise and Decline of Legal Families » in *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 60. 2012. pp. 1043-1074.

Pedron, Flávio Quinaud. « A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional ». in Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.48, 2008. pp.187-201.

Pereira, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. [Cadernos MARE da Reforma do Estado v.1]

Pereira, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Reforma do Estado e administração pública gerencial, v. 1, p. 21-38, 1998.

Piñon, Márcio de. « A indústria elétrica no Brasil no início do século XX: A Companhia Brasileira de Energia Elétrica e a atuação do Grupo Guinle & Cia na produção do urbano esuas redes técnica » in Simposio Globalización, innovación y construcción de redes técnicas urbanas en América y Europa, 1890-1930. Universidad de Barcelona, Facultad de Geografía e Historia, 23-26 de enero 2012.

Pizzolato, Nélio Domingues. *Proposta de variáveis críticas para o modelo preliminar de apoio à decisão de aquisição de refinarias em novos mercados*. Dissertação de Mestrado PUC-Rio, 2009.

Rigolon, Francisco. Piccinini, Maurício. « Mecanismos de Regulação Tarifária do Setor Elétrico: A Experiência Internacional e o Caso Brasileiro » in BNDES, Texto para Discussão n. 64. Publicado em julho de 1998. 57p.

Savigny, Friedrich Carl von. *Le Droit des obligations*. Traduit de l'allemand par C. Gérardin et P. Jozon. Paris : Auguste Durand, Libraire Editeur, 1863. 439p.

Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 253.

Silva. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

Sundfeld, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 300

Tasca, C. « Les services publics en Europe. Une directive cadre sur les services d'intérêt général » in Les Rapports du Sénat, N. 257, 2004-2005. 20p.

Tinoco. João Eduardo Prudêncio. “Balanço social: balanço da transparência corporativa e da concentração social” in Revista Brasileira de Contabilidade n. 135 –maio/junho 2002.

Magalhaes de, José Luiz Quadros. *Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

Tolosa, Regina Ingrid Díaz. « Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno » in *Revista de derecho*, N. 1, 2007. pp. 79-112.

Verpeux, M. L'intérêt général, norme constitutionnelle, Acte de la deuxième journée d'étude annuelle du CRDC, Paris, Dalloz, 2007. pp. 35-46.

Wacke, Andreas. « Las reformas más importantes del bgb desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones » in *Revista chilena de derecho*, Vol. 40, N. 2, 2013. pp. 699-710.

### ***Décisions jurisprudentielles (des juridictions commune et administrative)***

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia. 22 de setiembre de 1933. (CSJN 1933) Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación.

Brasil, Tribunal de Contas da União. AC-1927-27/14-P. Ata nº 27/2014. Plenário. Data da Sessão: 23/7/2014.

Brasil, Tribunal de Contas da União. *Relatório de Atividades 2014*. Brasília, 2014. 241p.  
Brasil, Superior Tribunal de Justiça. RE 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26-8-2009, Plenário, DJE de 18-12-2009.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. ARE 675.793, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 15-3-2012, DJE de 26-3-2012; AI 831.327-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-2-2011, Primeira Turma, DJE de 24-3-2011

Brasil, Supremo Tribunal Federal, MS 21310 DF (STF), Data de publicação: 11/03/1994]  
Brasil, Supremo Tribunal Federal. AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 62.584 - RJ (2011/0240437-3)

Brasil, Supremo Tribunal Federal. Inq 2036/PA, rel. Min. Carlos Britto, 23.6.2004.(Inq-2036)

Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 24.631, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJ de 1º-2-2008.

Chile. Corte Suprema, 15 de mayo de 2002 Corte de Apelaciones de La Serena, 24 de octubre de 2001. Juzgado de Letras de La Serena, 31 de agosto de 2000. Domic Bezic, Maja y otros con Fisco de Chile (responsabilidad constitucional del Estado)

France, CE, 19 sept. 1969. Soc. des états Delanoy. Commentaire de Moderne. V. Merland, G. « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel » in Mathieu, B. et Verpeux, M. L'intérêt général, norme constitutionnelle, Acte de la deuxième journée d'étude annuelle du CRDC, Paris, Dalloz, 2007. pp. 35-46.

France, Cour de Cassation, 1994. Ville de Concarneau. JCP 1994. IV. N. 1895.

France. Conseil d'État, Arrêt du 26 juillet 1918, dit *arrêt Lemmonier*, n. 49595 55240, publié au recueil Lebon.

### ***Rapports techniques***

Brasil Controladoria Geral da União. Auditoria Especial Nº 201407539. Aquisição da refinaria de Pasadena, no Texas, EUA. Relatório final. Dez/2014

France, Conseil d'État. Rapport public du Conseil d'État, 1999. L'intérêt général. Collections EDCE, n. 50, 1999.

### ***Lois et règlements***

Brasil, Constituição da Federação Republicana do Brasil.

Brasil, Lei 9.472/1997, « Exposição de Motivos n. 231/MC, de 10/12/1996, que encaminhou o projeto da Lei Geral das Telecomunicações ».

Brasil, Presidência da República. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 et Lei n. 9.074, de 1995.

### ***Publications périodiques***

Abraham, Marcus. "Coluna Fiscal: Para entender as pedaladas fiscais" in Jota.uol.com.br (Edição Jurídica on line). Publicado 6.08.2015.

Brito, Ayres. "Definições de crimes de responsabilidade do presidente da República" in *Conjur. Boletim Jurídico, Opinião*. 1º de setembro de 2015. Disponible dans le site institutionnel en ligne.

Gatinois, Claire. « Brésil : Dilma Rousseff face à l'impeachment » in Le Monde, 12.10.2015.

G1 Paraná (ed.) "Delator diz que Delcídio recebeu propina por refinaria de Pasadena". 16 de outubro de 2015. Disponible sur le site institutionnel en ligne.

Ferard, Émeline. « Brésil : une coulée de boue toxique cause la pire catastrophe écologique de l'histoire du pays » in Revue électronique Maxisciences, Pollution, 30 novembre 2015. Disponible dans le site institutionnel.

Morato, Dizzi. "TCU julgará processo de compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras" in Folha de São Paulo, 21 de julho de 2014. Disponible sur le site institutionnel en ligne.

Valor economico (ed.) « MP diz que Samarco sabia dos riscos em barragem ao menos desde 2013 », 17 de janeiro de 2016. Disponible sur le site institutionnel en ligne.

Uribe, Gustavo. "Para Cardozo, causa estranheza pedido para responsabilizar Dilma por Pasadena" in Folha de São Paulo, 10 de março de 2016, disponible sur le site institutionnel en ligne.

**Section « Droit de l'action publique »  
Société de Législation Comparée**

**Groupe « Fondements de la responsabilité »**

*Les fondements de la responsabilité extra-contractuelle en droit espagnol*

**G. Pellissier**

**Introduction**

- **Historique** : Le principe d'une responsabilité de la puissance publique est relativement récent en droit public espagnol.

Jusqu'en 1931, aucune responsabilité ne peut être imputée aux personnes publiques ni même à leurs agents. Ni la disposition du code civil (1889) évoquant une responsabilité de l'Etat du fait de l'action de l'un de ses agents, ni une loi du 5 avril 1904 instituant une responsabilité civile des fonctionnaires, n'ont connu d'application pratique, les juridictions faisant une application très stricte des conditions de leur mise en œuvre, qui n'étaient jamais remplies.

La première affirmation générale d'une responsabilité des personnes publiques figure dans la Constitution de 1931 (art 41.3). Il s'agit d'une responsabilité pour faute en cas de manquement d'un agent à ses obligations. Elle est cependant limitée par son caractère subsidiaire à la responsabilité civile des agents. Quelques cas de responsabilité directe de la puissance publique figurent dans une loi municipale du 31 octobre 1935, qui n'est pas restée en vigueur assez longtemps pour recevoir application.

En 1950, une nouvelle loi sur l'administration locale prévoit une responsabilité directe de l'administration, mais là-encore limitée à quelques cas – fautes et négligences graves, dans le cadre de l'exercice de certains pouvoirs – qui se sont révélés exceptionnels.

La loi du 16 décembre 1954 relative à l'expropriation est considérée comme mettant véritablement fin au régime général d'irresponsabilité de la puissance publique en posant les bases d'une responsabilité directe objective qui caractérisera les régimes ultérieurs jusqu'à nos jours. Cette loi prévoyait, au-delà des conséquences de l'expropriation, l'indemnisation de tous les préjudices patrimoniaux subis par des particuliers du fait d'une action administrative, qu'elle soit normale ou anormale, l'administration ayant toujours la possibilité de se retourner contre l'agent responsable.

Ce régime de responsabilité a été développé et précisé par la loi relative au régime juridique de l'administration de l'Etat (Ley de regimen juridico de la administracion del Estado), du 26 juin 1957, qui est restée en vigueur une trentaine d'années. Le champ de la responsabilité est étendu aussi bien en ce qui concerne les faits générateurs (actes discrétionnaires) que les préjudices indemnisables (non patrimoniaux). La force majeure est introduite comme cause exonératoire.

Les principes fondamentaux de ce régime de responsabilité ont été repris dans la Constitution de 1978 (art 106.2) et dans la loi 30/1992 du 26 novembre 1992 relative au régime juridique des administrations publiques et aux procédures administratives ordinaires (LRJPAC<sup>1</sup>, Titre X, art 139 à 146). Ils sont complétés et précisés par le Real decreto 429/1993 du 26 mars 1993, portant règlement des procédures administratives relatives à la responsabilité patrimoniale.

Ces textes constituent aujourd'hui les sources textuelles de la responsabilité de la puissance publique, sur la base desquels s'est développée une abondante jurisprudence.

---

<sup>1</sup> Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### - Sources textuelles fondamentales.

Constitution du 27 décembre 1978, Article 9.3 : "La Constitution garantit le principe de la légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part"

Article 106.2 : « Les particuliers, selon les termes établis par la loi, auront le droit d'être indemnisés pour tout dommage causé à leurs biens et à leurs droits, sauf dans les cas de force majeure, chaque fois que ce dommage sera la conséquence du fonctionnement des services publics »<sup>2</sup>.

Loi 30/1992 du 26 novembre 1992 (modifiée par la loi 4/1999 du 13 janvier 1999)<sup>3</sup>, Article 139 (principes de la responsabilité) : « 1. Les particuliers auront le droit d'être indemnisés par les administrations concernées pour tout dommage causé à leurs biens et à leurs droits, sauf dans les cas de force majeure, chaque fois que ce dommage sera la conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publics.

2. Dans tous les cas, le préjudice allégué devra être effectif, économiquement évaluable et affectant une personne ou un groupe de personnes.

3. Les administrations publiques indemniseront les particuliers des dommages résultant de l'application des actes législatifs de nature non expropriatoire de droits et excédant ce que les particuliers ont le devoir juridique de supporter, lorsque les actes législatifs le prévoient et selon les modalités qu'ils fixent.

4. La responsabilité patrimoniale de l'Etat du fait du fonctionnement de l'administration de la Justice est régie par la Loi organique sur le pouvoir judiciaire. (...) »<sup>4</sup>.

Article 141 (indemnisation) : « 1. Seuls seront indemnisables les préjudices subis par les particuliers causés par des dommages qu'ils ne sont pas juridiquement et légalement tenus de supporter. Ne seront pas indemnisés les dommages liés à des faits ou circonstances qui ne pouvaient être prévus ou évités en l'état des connaissances scientifiques ou des techniques existantes au moment de leur survenance, sans préjudice des mesures d'assistance ou d'indemnisation que pourrait instituer la loi pour ces cas »<sup>5</sup> (...).

---

2 "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos."

3 Cette loi sera remplacée à compter du 2 octobre 2016 par la loi 40/2015 du 1er octobre 2015 sur le régime juridique du secteur public. Le chapitre IV (articles 32 et suivants) concerne la responsabilité patrimoniale de l'Etat.

4 "1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial."

5 "1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos."

## 1. Caractères généraux du régime juridique de la responsabilité extra contractuelle de la puissance publique

**Responsabilité directe :** l'administration gestionnaire du service ou de l'activité dommageable répond directement des préjudices subis, sans qu'il y ait lieu d'en identifier l'auteur ni de rechercher sa responsabilité personnelle, même si le dommage est causé par une négligence ou une faute d'un agent du service. Ce principe s'impose à la victime qui ne peut rechercher la responsabilité civile personnelle de l'agent (LRJPAC, art 145.1).

Il n'en va différemment que dans l'hypothèse d'un dommage imputable à une faute exclusivement personnelle de l'agent, c'est-à-dire sans aucun lien avec le service (sur ce point, la jurisprudence espagnole est assez proche de la jurisprudence administrative française dont elle s'est largement inspirée, consacrant une conception extensive du lien avec le service).

L'administration reconnue responsable dispose d'une action récursoire contre son agent lorsque le dommage est imputable à une faute de sa part. Elle est en principe tenue de rechercher la responsabilité personnelle de l'agent lorsque le dommage résulte d'un dol, d'une faute ou d'une grave négligence de sa part (art 145.2).

**Fait générateur de responsabilité :** Toute activité administrative est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique. La référence dans les textes au « fonctionnement des services publics » est très largement entendue comme recouvrant tout dommage imputable à une action administrative<sup>6</sup>.

Sont donc susceptibles d'engager la responsabilité de la puissance publique aussi bien l'activité normative des personnes publiques, qu'elle soit individuelle (le plus souvent) ou générale ; l'action matérielle ; l'omission ou l'inaction.

L'édition d'actes réglementaires est également susceptible d'engager la responsabilité de l'administration, mais la double condition tenant au caractère individualisable – nous dirions spécial – et non juridiquement réparable du préjudice (voir ci-dessous) en limite la mise en œuvre.

**Responsabilité objective et "anormalité" du préjudice.** C'est la principale originalité du système espagnol : la responsabilité administrative est en principe une responsabilité objective, dont la mise en œuvre n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute, d'une illégalité ou d'un comportement anormal. Les dispositions précitées de la Constitution et de la LRJPAC évoquent pour les premières tout comportement de la puissance publique, pour les secondes "un fonctionnement normal ou anormal des services publics".

Responsabilité objective ne signifie cependant pas responsabilité de plein droit ou automatique : la limitation de l'obligation qui pèse sur les personnes publiques réside dans la définition des préjudices indemnisables résultant de l'article 141 de la LRJPAC, qui prévoit que ne sont indemnisables que les dommages que les particuliers ne doivent pas juridiquement supporter (daño antijurídico). Cette condition est parfois rattachée au principe d'égalité devant les charges publiques, fondement de la responsabilité patrimoniale des personnes publiques. Elle rejoint l'exigence de personnalisation du préjudice (voir ci-dessous) : ne sont indemnisables que les dommages qui touchent une ou des personnes déterminées. Un dommage général, qui affecte une très grande partie de la population, ne pourra être regardé comme juridiquement insupportable<sup>7</sup>, ce qui permet d'éviter les actions fondées sur les conséquences dommageables de mesures très générales.

Cette condition particulière du dommage indemnisable est purement juridique. En théorie, elle ne dépend pas des caractéristiques matérielles du dommage (de son importance, par exemple), ni des conditions de sa production (légalité ou illégalité), mais seulement de la question de savoir s'il existe une obligation juridique pour la victime d'en supporter la charge.

6 STS, 23 décembre 1998 : « la jurisprudence considère comme service public tout comportement ou activité ou tâches propres à la fonction administrative, y compris les abstentions ou omissions produisant un dommage... ».

7 STS, 10 mai 1996. J. Guerrero Zaplana, Guía practica de las reclamaciones sanitarias, Lex Nova, 2013, p. 17.

Néanmoins, la légalité de l'action dommageable n'est pas sans incidence sur l'appréciation de l'obligation juridique de supporter le dommage. Ainsi, il est évident qu'une telle obligation ne saurait a priori naître d'une décision illégale. Toutefois, même illégal et annulé, un acte administratif peut ne pas engager la responsabilité de l'administration, soit que l'illégalité n'affecte pas le bien fondé de la décision (illégalité externe)<sup>8</sup>, soit que l'illégalité ne soit pas considérée comme excessive, la jurisprudence reconnaissant à l'administration une "marge de tolérance"<sup>9</sup>, notamment dans le cas de situations délicates ou d'interprétations variables de la portée de la norme juridique.

Lorsque le préjudice ne découle pas d'une décision illégale, mais d'un comportement de l'administration, qu'il soit positif ou passif (omission, inaction ou action insuffisante), la jurisprudence a été progressivement conduite à établir un lien entre l'obligation juridique de supporter un dommage et les caractéristiques de l'action dommageable, jugeant que les particuliers ne sont tenus que de supporter les conséquences d'une activité administrative conforme aux standards de sécurité, c'est-à-dire dont le caractère raisonnable ne fait courir aux particuliers qu'un risque normal et, éventuellement, ne produit que des dommages limités et proportionnés<sup>10</sup>. S'agissant de l'inaction ou de l'omission administrative, la jurisprudence apprécie le droit à réparation à l'aune des obligations légales d'agir qui s'imposaient à l'administration et de ses moyens<sup>11</sup>.

Le recours à ces standards de ce que les usagers sont normalement en droit d'attendre des services publics est naturellement très subjectif. Les juridictions peuvent aujourd'hui s'appuyer sur les "chartes de service" qui tendent actuellement à se développer dans les administrations et qui fixent leurs objectifs en termes de qualité du service<sup>12</sup>. En ce qui concerne le champ particulier de la responsabilité médicale, ces standards sont ceux des "règles de l'art" (voir ci-dessous).

La situation de la victime participe également de l'appréciation de cette condition : par exemple, les participants à une manifestation illégale ne pourront pas se plaindre des dommages résultant de la mise en œuvre proportionnée de moyens de dispersion par les forces de l'ordre<sup>13</sup>.

Un fonctionnement normal et légal du service public peut, dans certains cas plus rares, ouvrir droit à responsabilité au profit de la victime, sur le fondement d'un risque qu'il serait anormal de lui laisser supporter seule. Il s'agit en général de dommages de travaux publics présentant une ampleur disproportionnée à ce que doivent normalement supporter les usagers<sup>14</sup>.

De manière générale, comme le souligne le Tribunal Suprême, la perte de la confiance légitime constitue "l'axe autour duquel s'articule l'examen des circonstances propres à chaque cas pour déterminer s'il est ou non justifié que la victime supporte le dommage causé illégalement"<sup>15</sup>. L'appréciation du fait générateur de dommage est donc réintroduite dans le raisonnement à travers l'application de la condition tenant au caractère juridiquement réparable du préjudice.

S'il n'existe donc pas en droit espagnol de distinction comme en droit français entre des régimes de responsabilité pour faute et sans faute, la condition d'un préjudice juridiquement réparable apparaît comme le principal facteur d'une limitation de la responsabilité de la puissance publique. En réintroduisant une appréciation de l'action dommageable dans la mise en cause de la responsabilité, elle aboutit à un système qui, selon les cas, rejoint les régimes français de responsabilité sans faute et pour faute.

---

8 STS, 2 décembre 2009.

9 STS, 10 mars 1998; STS, 14 mars 2009; STS 1er juin 2009; STS, 14 et 21 septembre 2010.

10 STS, 29 octobre 1998 : « pour que le dommage concret produit par le fonctionnement du service a un ou plusieurs particuliers soit non juridiquement réparable (antijuridico), il suffit que le risque qu'il a généré ait excédé les limites imposées par les standards de sécurité socialement exigibles ».

11 STS, 27 janvier 2009, caso Gescartera.

12 M. Sanchez Moron, Derecho administrativo, parte general, Tecnos, 2012, p. 944.

13 STS, 21 décembre 1998.

14 STS, 1er mars 2001; 23 mars 2009; 3 décembre 2010.

15 STS, 10 mai 2012, rec 5342/2009.

**Le débiteur de la responsabilité :** Toutes les administrations publiques, étatiques comme territoriales (rappelons que l'Espagne est un Etat fortement décentralisé dans lequel les régions jouissent d'une large autonomie normative), institutionnelles (parlement ; juridictions) ou non, sans exception, sont soumises au même régime de responsabilité extracontractuelle, pour tous leurs actes, relevant du droit public ou du droit privé.

En revanche, ne relèvent pas de ce régime de responsabilité les personnes morales de droit privé, alors même qu'elles sont contrôlées par des administrations publiques. Elles relèvent d'une responsabilité civile.

La responsabilité des dommages causés aux tiers lors de l'exécution de contrats administratifs incombe en principe au cocontractant de l'administration, sauf si le dommage est directement et immédiatement imputable à une décision du maître d'ouvrage ou à un vice de conception de l'ouvrage imputable à la personne publique.

**Conditions tenant au préjudice réparable.** Le préjudice doit être **réel** et suffisamment **certain** (les dommages futurs ne sont réparables que s'ils remplissent cette condition), **économiquement évaluable** (ce qui exclut les simples dérangements et autres désagréments moraux sans valorisation économique, mais non les préjudices moraux ou de douleur), **personnel** (ce qui n'exclut pas qu'il affecte plusieurs personnes, physiques ou morales) et, comme nous l'avons vu ci-dessus, **juridiquement réparable (antijurídico)**. A l'exception de cette dernière – et fondamentale – condition, les autres conditions sont identiques à celles que l'on trouve en droit français.

Le principe est la réparation intégrale du préjudice (comme en droit français).

**Lien de causalité.** De manière générale, la jurisprudence applique la théorie de la causalité adéquate, c'est-à-dire qu'elle retient la responsabilité de toute personne dont le comportement a pu normalement causer le préjudice.

Causes exonératoires, totales ou partielles selon les cas : la faute de la victime, le fait du tiers et la force majeure (Constit, art 106.2 et LRJPAC art 139.1<sup>16</sup>), mais non le cas fortuit. Les dommages liés à la réalisation de risques imprévisibles, qui concernent essentiellement la responsabilité médicale, sont également exclus (art 141.1)<sup>17</sup>.

Le comportement d'une autre administration n'est jamais exonératoire : s'il a concouru au même dommage, sans que les responsabilités puissent être attribuées à chaque administration, elles seront solidairement responsable (art 140 LRJPAC).

**- Responsabilités pour faute, sans faute, faute simple, faute lourde :** ces notions ne sont pas conceptualisées en droit espagnol, pour les raisons expliquées ci-dessus, mais on retrouve à travers l'appréciation de l'anormalité et de la spécialité du préjudice qui peut ouvrir droit à réparation d'un préjudice né d'une action normale et régulière de l'administration, ou de la marge de tolérance dans l'appréciation d'une activité difficile (sur ces deux points, voir ci-dessus), des raisonnements identiques à ceux auxquels ces notions conduisent le juge administratif français.

---

16 "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos."

17 "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos."

## 2. Régimes particuliers de responsabilité

**2.1. Responsabilité du fait des lois** (lois votées par le Parlement national - Las Cortes generales - et les parlements des communautés autonomes).

La Constitution de 1978 n'évoque la responsabilité de l'Etat législateur que lorsque la loi présente un caractère expropriatoire (art 33.3). Dans les autres cas, en l'absence de dispositions fixant le cadre juridique d'une responsabilité de l'Etat du fait des lois, la jurisprudence majoritaire du Tribunal suprême a refusé de reconnaître une telle responsabilité<sup>18</sup>. Quelques rares décisions, fondées soit sur la méconnaissance des principes de rupture de la bonne foi et de la confiance légitime<sup>19</sup>, soit sur la qualification de mesure expropriatrice de droits<sup>20</sup>, l'ont admise.

La responsabilité de l'Etat du fait des lois n'ayant pas de caractère expropriatoire s'est généralisée à partir de son inscription dans la loi 30/1992 du 30 novembre 1992 dont l'article 139.3 dispose que "*Les administrations publiques indemniseront les particuliers des dommages résultant de l'application des actes législatifs de nature non expropriatoire de droits et excédant ce que les particuliers ont le devoir juridique de supporter, lorsque les actes législatifs le prévoient et selon les modalités qu'ils fixent.*" L'article 32.3 de la loi 40/2015 du 1er octobre 2015, qui remplacera l'article 139 de l'actuelle loi de 1992, mentionne les cas d'inconstitutionnalité de la loi et de loi contraire au droit de l'UE.

A partir des années 2000 jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence a admis de manière de plus en plus libérale la responsabilité de l'Etat législateur, y compris lorsque la loi ne comporte aucune disposition expresse relative à la réparation des dommages qu'elle cause<sup>21</sup>, le juge devant alors rechercher quelle est l'intention du législateur à cet égard<sup>22</sup>. La jurisprudence la plus récente a ainsi dégagé un "noyau indisponible" pour le législateur, de sorte que l'absence de prévision légale ne peut faire obstacle au droit à réparation des dommages anormaux (antijuridicos) causés par les pouvoirs publics<sup>23</sup>. Le législateur jouit cependant d'une large marge de manoeuvre pour définir les mécanismes de réparation, sans pouvoir les exclure totalement<sup>24</sup>.

Le caractère illégitime du dommage est toujours rempli lorsque la loi a été déclarée contraire à la Constitution ou lorsqu'elle viole le droit européen.

- La responsabilité du fait d'une loi déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal Constitutionnel est largement reconnue<sup>25</sup>, à condition que le préjudice ne soit pas causé par l'application de la loi pour une période non couverte par la déclaration d'inconstitutionnalité (cas d'une déclaration d'inconstitutionnalité dont les effets dans les temps ont été modulés par le TC).

- Responsabilité du fait de manquements au droit de l'UE : le droit espagnol applique les principes issus des jurisprudences de la CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Fractortame. La décision de principe du Tribunal Suprême est une décision du 17 septembre 2010 (n° 53/2007), relative à des réclamations en matière de TVA fondées sur la méconnaissance par la loi nationale des objectifs de la 6ème directive en matière de TVA (77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977). Après une question préjudicielle posée à la CJCE à laquelle celle-ci a répondu<sup>26</sup> en réaffirmant les principes issus de sa jurisprudence précitée, le Tribunal Suprême a fait application à la responsabilité du fait des lois méconnaissant le droit européen des principes régissant la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles, qui satisfont les exigences de la jurisprudence

18 STS, 10 juin 1988, concernant la loi d'amnistie du 15 octobre 1977; STS 11 octobre 1991, rec 85/1987, Pedro Domecq SA; STS 30 novembre 1992, rec 46/1989.

19 STS, 5 mars 1993, rec 1318/1990.

20 STS, 27 juin 1994, rec 300/1988.

21 STS, 29 février 2000, rec 49/1998.

22 STS, 13 mars 2001, rec 5541/1998.

23 STS, 26 et 27 novembre 2009, rec 585/2008 et 603/2007; STS, 30 novembre 2000, rec 824/2009.

24 STS, 25 février 2011, rec 4367/2006.

25 STS, 29 février 2000, précitée; 13 juin 2000, rec 567/1998; 17 juillet 2003, rec 115/2002.

26 CJCE, 26 janvier 2010, C-118/08.

européenne<sup>27</sup>.

- Responsabilité du fait de la loi non déclarée inconstitutionnelle. Il s'agit des lois qui, sans être de caractère expropriatoire ni avoir été déclarées inconstitutionnelles, causent des dommages à leurs destinataires et qui ne prévoient pas l'indemnisation des dommages qu'elles peuvent causer.

Dans cette hypothèse, la jurisprudence admet un droit à indemnisation lorsque la loi a porté atteinte à un droit subjectif consolidé. Ce n'est que dans ce cas que le dommage excède ce que les administrés sont tenus de supporter dans l'intérêt général dont est porteuse la loi<sup>28</sup>. Ce régime de responsabilité est donc proche du régime français de responsabilité sans faute du fait des lois.

Par exemple, s'agissant des normes de planification urbaine, qui relèvent de la compétence des parlements autonomes, la jurisprudence a admis l'indemnisation des propriétaires qui, du fait du changement de législation, n'avaient pu mettre en oeuvre des droits, tels que des droits de construire, qu'ils détenaient<sup>29</sup>, à condition qu'ils ne se soient pas eux-mêmes montrés négligents, par exemple en attendant trop longtemps avant d'exercer leurs droits.

**2.2. Responsabilité du fait des décisions de justice** (Constit, art 121; Loi organique relative au pouvoir judiciaire (LOPJ), art 292 à 297) :

- Du fait d'une erreur judiciaire : en cas d'erreur évidente, manifeste.

En ce qui concerne la méconnaissance du droit de l'Union européenne, ces conditions sont celles de la CJUE, 30 septembre 2003, Köbler).

L'erreur doit être reconnue par une décision de justice, rendue sur un recours en révision ou sur un recours spécial à cette fin, jugé en premier et dernier ressort par le Tribunal Suprême. Une fois reconnue, la victime doit former une réclamation auprès du Ministre de la justice avant de saisir la juridiction.

- Du fait du fonctionnement du service public de la justice (y compris du Tribunal constitutionnel) : en cas de fonctionnement anormal (durée excessive d'une procédure ; notifications défectueuses; perte d'objets saisis; voire faute grave ou dol imputables à un ou des magistrats; etc.). La demande est instruite et jugée comme toute action en responsabilité de l'Etat, selon les principes généraux de cette responsabilité.

Exemple : STS, 16 décembre 2008, n° 6298/2004. Dans le cadre d'un litige entre une société de location de voitures et l'un de ses clients résidant à l'étranger et ayant eu un accident de la circulation, la société a obtenu la saisie et la vente forcée d'un bien immobilier et de plusieurs biens mobiliers de son client. Ce dernier a engagé la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la justice qui ne lui avait pas notifié personnellement les actes de la procédure, le privant de la possibilité de se défendre. Le Tribunal Suprême constate que les actes de la procédure n'ont pas été notifiés personnellement au défendeur, en méconnaissance des règles de procédure et que cette irrégularité caractérise un fonctionnement anormal du service public de la justice. Il relève également que le demandeur a subi un dommage qu'il n'avait aucune obligation juridique de supporter (caractère "antijuridico" du dommage). Il condamne donc l'Etat à indemniser la victime de son préjudice.

27 Voir également : STS, 2 octobre 2012, RJ/2012/9543; STS, 20 novembre 2013, RJ/2014/475

28 STS, 16 décembre 2008, rec 453/2006.

29 Par ex, STS 25 juin 2003, rec 6574/2000 ; STS, 12 décembre 2007, rec 2911/2005, s'agissant d'un échange de propriétés qui n'a pu avoir lieu.

### 2.3. Responsabilité du fait des activités de police.

Régime de responsabilité administrative de droit commun, qui répond aux conditions générales de la responsabilité patrimoniale des personnes publiques exposées au 1.

Ex : - STS, 9 février 2004 (RJ 2004, 982) : le Tribunal suprême engage la responsabilité de l'Etat du fait des dommages causés au conducteur d'un véhicule au cours d'une opération de police administrative. Le conducteur ayant refusé de s'arrêter à la demande de la police et sa conduite étant dangereuse, un policier a entrepris de l'arrêter en tirant dans les roues du véhicule. Mais il a tiré en rafale, blessant le conducteur. Le Tribunal estime que si la décision de tirer sur les roues du véhicule pour le stopper était raisonnable et proportionnée, les tirs en rafale procédaient d'une erreur quant au choix des moyens et par conséquent d'un fonctionnement anormal du service public que la victime ne doit pas supporter. L'arrêt casse le jugement qui avait rejeté la demande en se fondant sur le comportement de la victime, au motif que si son comportement justifiait la décision de tirer sur le véhicule, il ne justifiait pas l'emploi de moyens excessifs (tirs en rafale) mettant en danger l'intégrité physique du conducteur (condition tenant au caractère antijuridico du préjudice).

- TSJ de Castilla-La Mancha, 27 septembre 2005 (n° 389/2005) : action en responsabilité contre la commune de Ciudad Real engagée par un conducteur poursuivi par une véhicule de la police locale après avoir refusé de s'arrêter, alors qu'il roulait en pleine nuit tous feux éteints. La poursuite s'est déroulée sur 7 km, à grande vitesse, avant que la voiture du requérant quitte la chaussée et se renverse. Les dommages sont exclusivement matériels. Le requérant soutient que l'action de la police a été disproportionnée. Le tribunal rejette sa demande après avoir constaté que son comportement est la seule cause du préjudice qu'il a subi : il constate qu'il a refusé d'obéir aux ordres de la police, qu'il a adopté une conduite dangereuse dans sa fuite et qu'il était probablement sous l'emprise de l'alcool.

### 2.4. Responsabilité médicale

La responsabilité médicale offre un bon exemple de l'étendue et des limites d'une responsabilité objective. Afin d'éviter que le principe d'une responsabilité objective aboutisse à un système assurantiel, le jurisprudence du Tribunal Suprême a rappelé que le service public médical était assujéti à une obligation de moyens et non de résultats. Il ne peut être demandé au service public médical davantage que la mise en oeuvre des moyens que la science à un moment donné met raisonnablement à disposition de la médecine pour qu'elle rende un service conforme aux standards habituels, autrement dit l'exécution des prestations médicales dans les règles de l'art<sup>30</sup>. Les règles de l'art, en matière médicale, comprennent la complète information du patient sur les risques encourus<sup>31</sup>.

Le critère de la réalisation de l'action médicale conforme aux règles de l'art devient le critère d'appréciation du dommage "antijuridique", dans la mesure où les usagers du service public sont censés supporter le risque normal ou raisonnable inhérent à l'activité du service.

Cette condition d'indemnisation a été inscrite à l'article 141 de la loi du 26 novembre 1992 par la loi 4/1999 du 13 janvier 1999 : "*Ne seront pas indemnisés les dommages liés à des faits ou circonstances qui ne pouvaient être prévus ou évités en l'état des connaissances scientifiques ou des techniques existantes au moment de leur survenance, sans préjudice des mesures d'assistance ou d'indemnisation que pourrait instituer la loi pour ces cas* » (note 5).

Voir, pour un exemple de responsabilité médicale retenue après avoir constaté des manquements aux règles de l'art dans le traitement du patient : STS, 30 avril 2013 (rec 2989/2012). Le tribunal souligne que l'information du patient, si elle fait partie des éléments pris en compte pour apprécier la qualité du traitement médical, n'exonère pas le service des fautes qu'il peut commettre.

---

30 STS 12 novembre 2007, rec 7481/2004; STS 5 juin 2012, n° 2241/2011. Voir également les motifs des STS 23 septembre 2009 (rec 89/2008) et 24 septembre 2004.

31 STS 24 avril 2012, rec 354/2011

Autre exemple : STS, 30 septembre 2011 (rec 3536/2007) : patiente affectée de lésions permanentes à la suite d'une opération sur une hernie discale. Le Tribunal écarte toute indemnisation du fait de ces lésions après avoir constaté qu'il s'agissait de risques inhérents à l'opération, laquelle s'est déroulée dans les règles de l'art. En revanche, il retient la responsabilité du service public pour insuffisance d'information après avoir constaté que la victime avait été informée du risque de complications mais qu'il lui avait été dit qu'ils pouvaient être traités, ce qui n'était pas le cas. Elle accueille donc la demande d'indemnisation du préjudice moral.

L'imprévisibilité du dommage compte tenu des données scientifiques de l'époque a conduit à écarter toute responsabilité des services publics médicaux du fait des contaminations par les virus de l'hépatite C ou du VIH lors de transfusions sanguines lorsque celles-ci ont eu lieu avant la découverte et la commercialisation des tests sanguins, et à la reconnaître pour les contaminations postérieures.

Ainsi, la responsabilité du service se mesure au risque inhérent à l'activité : une opération chirurgicale d'une grande difficulté, comportant un risque important d'échec ou de complications, n'engagera pas la responsabilité du service au cas où se réalise. La jurisprudence espagnole n'a pas développé de régimes de responsabilité sans faute comme celle du Conseil d'Etat "lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé" (Ass, 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336).

Le risque exceptionnel et connu peut néanmoins être indemnisé lorsqu'il résulte de la mise en oeuvre d'une politique de santé publique dans l'intérêt général : le TS (STS 9 octobre 2012, rec 6878/2010) a admis l'obligation de l'administration d'indemniser une personne victime d'un effet secondaire d'une vaccination contre la grippe, d'une extrême gravité, connu mais de réalisation exceptionnelle. Le Tribunal relève qu'alors même qu'aucune faute n'a été commise dans le traitement du patient, il ne lui appartient pas de supporter un risque que la société doit assumer en raison du principe de solidarité et au regard des intérêts généraux qui la conduisent à promouvoir la vaccination du plus grand nombre possible de personnes.

En dehors de la réalisation de tels risques anormaux et exceptionnels, les conditions tenant à ce que le préjudice soit à la fois personnel et que la victime ne soit pas tenue juridiquement de le supporter conduisent à exclure la réparation des préjudices très généraux.

Cette jurisprudence apparaît ainsi assez proche des régimes de responsabilité sans faute du droit français, en présence d'un dommage anormal et spécial.

## Bibliographie

M. Sanchez Moron, *Derecho administrativo*, ed Tecnos, 2012.

J. Gonzalez Perez, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones publicas*, Civitas, Madrid, 2015.

E. Garcia de Enterría, "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa", Civitas, Madrid, 2007.

J. Vida Fernández, "La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (i): concepto y elementos".

José Guerrero Zaplana, "La responsabilidad patrimonial de la Administración", BIB

2013\8985, *Guía Práctica de las Reclamaciones Sanitarias*, BIB 2013\1053 Edificio LEX NOVA , Enero de 2013.

José María Rodríguez de Santiago, “Responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo”, disponible sur le portail juridique Almacén de derecho.

Miguel Ángel Ruiz López, “Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del estado-legislador”, Revista digital facultad de derecho de la UNED, 2013.

Jorge De Juan Casadevall, “La responsabilidad patrimonial del estado-legislador por infracción del derecho de la unión en materia tributaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010”, BIB 2011\548, Revista Quincena Fiscal num. 9/2011, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2011.

Manuel Pulido Quecedo, “La Responsabilidad del Estado Legislador por declaración de inconstitucionalidad de una ley”, BIB 2000\494, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 7/2000, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2000.

## La responsabilité de l'État fédéral américain

*Thomas Perroud, Professeur de droit public à l'Université d'Aix Marseille*

*Aline Bertolin, Professeur de droit public à l'UNA, Master en Gestion publique*

*Nicolas Gabayet, Maître de conférences en droit public à l'Université Paris-Est Créteil*

L'administration fédérale américaine est encore largement irresponsable. Le législateur est toutefois venu restreindre l'ampleur de cette irresponsabilité en 1946, en votant le Federal Torts Claim Act. L'objet de cette contribution est d'en comprendre la genèse (I), d'en exposer le champ d'application (II). La dernière partie sera l'occasion de montrer que les juges ont progressivement privé la loi de portée réelle (III).

### I. La genèse du FCTA

Entre 1921 et 1946, environ trente projets de loi sur la responsabilité délictuelle de l'administration furent examinés par le Congrès. Ce n'est qu'en 1946 que le Congrès approuve le Federal Tort Claims Act (FCTA). Le droit de la responsabilité publique aux États-Unis part donc d'une situation similaire à celle de la France : l'Etat est irresponsable, situation qui prend sa source dans la maxime, commune aux deux pays, le Roi ne peut mal faire. Cette règle est progressivement mise à mal en France dans la deuxième moitié du XIXe siècle. Elle est partiellement abandonnée aux États-Unis après la Deuxième Guerre mondiale. Si l'on met en parallèle le considérant de principe de l'arrêt Blanco et son équivalent américain, on voit d'emblée une très nette différence. La loi américaine établit une équivalence entre la responsabilité de la puissance publique et celle des personnes privées : « *The United States shall be liable (...) in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances* » (28 U.S. Code § 2674). Ce n'est donc qu'en tant que l'Etat agit comme personne privée que sa responsabilité pourra être engagée. Le Tribunal des conflits affirme, lui, dans l'arrêt Blanco : « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ». Alors que le Congrès américain établit une limitation, le juge français, lui, affirme une spécificité et cette assimilation commandera le champ d'application de la responsabilité dans les deux pays : aux Etats-Unis la loi a en réalité servi à contrôler uniquement les activités de l'Etat fédéral lorsque celui-ci agit en tant que personne privée, tandis qu'en France le droit de la responsabilité va s'appliquer peu à peu à

l'ensemble des activités publique, mais selon des modalités particulières. Cette équivalence rejoint une caractéristique générale du *common law* : la difficulté, si ce n'est l'impossibilité, de penser l'idée d'une responsabilité publique, car il n'y a pas eu de travail doctrinal pour « publiciser » le droit de la responsabilité<sup>1</sup>. L'inadaptation du droit de la responsabilité de *common law* à l'action administrative a été relevée à de nombreuses reprises par de prestigieux auteurs pour le Royaume-Uni<sup>2</sup>, ainsi que par la Law Commission<sup>3</sup>. Le juge n'a pas réussi à établir un régime spécifique, public, en matière de responsabilité, comme en matière de propriété d'ailleurs et cette disposition le révèle bien. La personne privée est l'étalon de la responsabilité alors même que les mêmes principes ne peuvent s'appliquer.

Nous voudrions ici examiner l'histoire de cette disposition législative et les raisons qui ont présidé à son adoption. Cette histoire est longue puisque l'on trouve une citation d'Abraham Lincoln appelant de ses vœux une telle réforme, car, à l'époque où il parle, c'est au Congrès de statuer sur les demandes de réparations : « *It is important that some more convenient means should be provided, if possible, for the adjustment of claims against the Government, especially of view of their increased number by reason of war. It is as much the duty of government to render prompt justice against itself in favour of citizens as it is to administer the same justice between private individuals. The investigation and adjudication of claims in their nature belong to the judicial department. (...). It was intended by the organization of the Court of Claims mainly to remove this branch of business from the Halls of Congress : but, while the Court has proved to be an effective and valuable means of investigation, it, in great degree, fails to effect the object of its creation for want of power to make its judgement final* »<sup>4</sup>. Cette phrase est réutilisée en 1939, à un moment où précisément les parlementaires doivent s'occuper pleinement des affaires de la nation et n'ont dès lors plus de temps à consacrer à l'examen des demande d'indemnisation particulières. Un autre président des États-Unis, John Quincy Adams, dans son journal intime, a pu écrire le 23 février 1832 : « *There ought to be no private business before Congress. There is a great defect in our institutions by the want of a court of exchequer or chamber of accounts. It is judicial business, and legislative assemblies ought to have*

---

<sup>1</sup> T. Perroud, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, spéc. la 2<sup>e</sup> partie.

<sup>2</sup> D. Fairgrieve, M. Andenas, J. Bell (eds.), Tort Liability of public Authorities in comparative perspective, London, BIICL, 2002 ; D. Fairgrieve, State Liability in Tort, Oxford University Press, 2003.

<sup>3</sup> Monetary Remedies in Public Law, A Discussion Paper, Public Law Team, Law Commission, 11 October 2004 ; The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies And The Citizen, London, The Stationery Office, n° 322.

<sup>4</sup> Abraham Lincoln, First annual message to the Congress, submitted on December 3, 1861, Richardson, Messages and Papers of the Presidents, vol. 6, p. 51.

*nothing to do with it. One half of the time of Congress is consumed by it, and there is no common rule of justice for any two of the cases decided. A deliberative assembly is the worst of all tribunal for the administration of justice* »<sup>5</sup>.

Quel était le système retenu ? Il existait une juridiction chargée d'examiner les requêtes fondées sur le préjudice causé par l'action administrative. Il s'agissait de la Court of Claims, établi en 1835. Mais son autorité était limitée à l'établissement des faits. Après que cette juridiction eut procédé à l'établissement des faits, ceux-ci devaient être soumis au Congrès, à charge pour lui de rendre la conclusion de la juridiction effective (soit en établissant directement le montant de la compensation à payer, soit en autorisant le plaignant à introduire une action devant les tribunaux). C'était donc une sorte de justice retenue, mais ce n'était pas une justice retenue dans les mains de l'exécutif comme en France, mais bien dans celles du pouvoir législatif.

La doctrine a pu identifier trois fondements à cette immunité<sup>6</sup>. D'abord, le droit anglais et la règle, reprise aux États-Unis, « *the king can do no wrong* » constitue bien le fondement historique de cette immunité. Ensuite, la compétence budgétaire du Congrès américain fait obstacle à ce que les tribunaux condamnent l'Etat à payer des sommes que le Congrès n'aurait pas accepté au préalable. En effet, la condamnation de l'Etat à payer des dommages et intérêts heurte frontalement cette compétence en obligeant le Congrès à voter certaines sommes dans le budget de l'État. Enfin, le contrôle du Congrès sur les tribunaux et, particulièrement, sa compétence pour autoriser les poursuites contre l'Etat en responsabilité constituait un obstacle dirimant.

Mais on peut trouver d'autres raisons à l'irresponsabilité de l'Etat. Alexander Holtzoff (au nom de l'Attorney General)<sup>7</sup>, dans les travaux préparatoires, explique l'origine de la règle par l'absurdité qu'il y aurait à ce que le Roi se condamne lui-même à comparaître devant ses tribunaux. C'est donc à l'origine la fusion des pouvoirs qui explique cette immunité. La doctrine est rejetée par cet auteur comme absurde. Et, à plusieurs reprises les parlementaires estiment que ce principe est démodé<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Cité par Alexander Holtzoff, Hearings before a Subcommittee of the Committee on the Judiciary United States Senate, 66th Congress, Third Session, S. 2690, US Government Printing Office, Washington 1940, p. 6.

<sup>6</sup> V. C. Jackson, Suing the Federal Government : Sovereignty, Immunity and Judicial Independence, 35 Geo. Wash. Inter'l. L. Rev. 521, 521 (2003). G. C. Sisk, Primer on the Doctrine of Federal Sovereign Immunity, Oklahoma Law Review, 2005, Vol. 58, p. 439.

<sup>7</sup> Alexander Holtzoff, The Handling of Tort Claims Against the Federal Government, 9 Law and Contemporary Problems 311-326 (Spring 1942).

<sup>8</sup> « *Not only is it undesirable from a practical standpoint, but there appears to be no theoretical justification for it. The immunity of the sovereign against suit in tort is an outmoded doctrine having a historical origin under conditions no longer existing* » (Attorney General

Il ne semble alors plus incongru que l'État se condamne lui-même. Dans les travaux préparatoires, une autre idée est avancée. Pour que l'indemnisation soit possible, il fallait que l'on arrive à considérer l'État comme une personnalité morale. Si l'État américain est une personne morale, il faut en tirer toutes les conclusions : « En effet, les États-Unis est une personne morale (*corporation*), exerçant tous les privilèges et les fonctions d'une personne morale, et doit donc être responsable de ses fautes envers les citoyens, au même degré qu'une personne privée ou une personne morale ». C'est donc bien la théorie de la personnalité morale qui permet, ici aussi, de rendre l'État responsable de ses actions<sup>9</sup>. D'ailleurs, on voit à quel point l'État fédéral américain obtient progressivement, au XIXe siècle, tous les attributs de la personnalité morale et cette évolution progressive est une justification avancée pour pousser à la reconnaissance de la responsabilité pour faute de l'État. On retrouve ainsi plusieurs fois dans les travaux préparatoires le raisonnement suivant : « *The United States has subjected itself to suits on contracts, to suits on admiralty and maritime torts, to suits for patent infringement, and in respect to certain other specified matters. The continued immunity of the Government to suit on common-law torts does not seem to be warranted either as a matter of principle or as a matter of justice* »<sup>10</sup>.

Deux questions plus pratiques ont en outre présidé à l'élaboration de cette loi. D'une part, il fallait retirer le contentieux de la responsabilité au Congrès. C'était en effet au Congrès de juger du bien-fondé des demandes de compensation pour les préjudices causés par l'État fédéral. Il s'agissait d'une tâche extrêmement coûteuse en temps pour les parlementaires, comme le rappelle la phrase de John Quincy Adams<sup>11</sup>. Le traitement des demandes devait respecter la procédure des Private Bills. Non seulement cette procédure prenait un temps précieux aux parlementaires, mais en outre c'était une procédure qui soumettait la réparation au bon vouloir des politiques<sup>12</sup>. La

---

Hon. Frank Murphy, to Senator Ashurst, chairman of the Senate Judiciary Committee, lettre daté du 22 juin 1939, Hearings before a Subcommittee of the Committee on the Judiciary United States Senate, 66th Congress, Third Session, S. 2690, préc., p. 10).

<sup>9</sup> Pour la France : T. Cortes, La personnalité morale comme technique de droit public, thèse dactyl., 2012.

<sup>10</sup> Attorney General, Hon, Robert H. Jackson, Lettre daté du 13 février 1940, Hearings before a Subcommittee of the Committee on the Judiciary United States Senate, 66th Congress, Third Session, S. 2690, préc., p. 11.

<sup>11</sup> Il y a d'autres témoignages des effets négatifs de ce travail : « *Two days of every week-one-third of the time, to say nothing of the time spent by committees - is set apart for the consideration of private bills and reports, and yet not much more than half are acted upon; and yet the people complain that our sessions are too long. Want of time leadsto improper legislation and often to great injustice. Those who have honest claims are postponed for years. Justice is cheated by long delay* » (December 18, 1854, Senator Brodhead, of Pennsylvania, Ibidem, p. 6).

<sup>12</sup> Il y a des exemples très éloquent dans les travaux préparatoires, par ex. : « *As an illustration of some of these claims, I examined one the other day where they were asking for \$45,000 for the destruction of a hotel building. There was no evidence of the value*

compensation de ces préjudices étaient donc à la discrétion du Congrès<sup>13</sup> : « *In other words, relief through congressional committees is a matter of grace and not of right* ». Dans ce cadre la réparation est une question d'amitié politique et non de droit. On glisse donc insensiblement d'une question pratique à une question de principe, le droit à compensation. Il s'agit bien de reconnaître l'existence d'un tel droit.

Il fallait à ce stade écarter une dernière possibilité : l'organisation du traitement de ces réclamations à l'intérieur de l'Administration. Cette idée fut avancée. M. Charles Ruzicka<sup>14</sup> la rejette au nom de la séparation des pouvoirs : « *I believe that permitting a bureau to handle remedies for private wrongs would be an unwarranted usurpation of judicial functions* ». Il ajoute ensuite une réflexion qui ressemble à celle que Dicey avançait jadis : l'égalité devant la loi. La loi ayant donné la possibilité à divers intérêts comme les propriétaires de cargo de se faire indemniser en justice, elle doit accorder le même privilège aux démunis : « *The poor and the rich should be treated alike* ».

L'ensemble de ces évolutions a donc permis aux parlementaires d'alors d'accepter le principe d'une responsabilité délictuelle limitée de l'Etat américain.

Le Federal Tort Claims Act (FTCA) permet donc l'action en responsabilité contre l'État fédéral et devant les juridictions fédérales.

---

*of the building. It was just a statement that it was worth that amount. It had \$5,000 of insurance on it. The only evidence forwarded to the committee was a picture showing the building. It clearly was not worth more than seven or eight thousand dollars, yet they were asking \$45,000. I took it to the Senator who introduced it, and I said; "Here -is a picture of that building. That is not worth \$45 000." He said, 'No. They just asked me to introduce the bill, and I did it.' » (Statement of hon. Lewis B. Schwellenbach, Sénateur au Congrès de l'Etat de Washington, Hearings before a Subcommittee of the Committee on the Judiciary United States Senate, 66th Congress, Third Session, S. 2690, préc., p. 17).*

<sup>13</sup> V. Statement of Charles Ruzicka, Esq., representing the Standing Committee on Jurisprudence and Law Reform of the American Bar Association, Baltimore, MD, in Tort Claims Against The United States, Hearings Before Subcommittee No 1 of the Committee on the Judiciary House of Representatives, Seventy-Sixth Congress, Third Session On, H. R. 7236, April 3, 1940.

<sup>14</sup> Représentant de l'American Bar Association, venu plaider devant le Congrès la cause d'une clause de responsabilité.

## II. Le champ d'application du FTCA : un régime de responsabilité contre l'Etat agissant comme personne privée et non comme souverain<sup>15</sup>

La doctrine de l'immunité empêche donc toute action en responsabilité contre les États-Unis devant les tribunaux sans l'autorisation du législateur. Cette autorisation fut apportée par le FTCA. C'est en outre une loi qui permet de substituer la responsabilité de l'État à celle de ses agents. Mais la mise en œuvre de la responsabilité de l'État fédéral dépend du droit de chaque État de la fédération et la loi établit un délai de prescription de 6 ans.

La disposition pertinente est la suivante : « (...) les cours de district (...) ont, pour les dommages nés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1945, compétence exclusive pour connaître des actions en dommages et intérêts contre les États-Unis, pour tous les préjudices liés à la propriété, les préjudices personnels ou les décès, causés par l'action ou l'abstention négligente ou fautive d'un employé du gouvernement agissant dans le cadre de ses fonctions ou de son emploi, et dans des circonstances où les États-Unis, agissant comme personne privée, serait tenue pour responsable, en application de la loi de l'État où le dommage s'est produit »<sup>16</sup>.

Le cadre fixé par cette loi a donc pour objet de substituer la responsabilité de l'Etat fédéral à celle liée à l'action de ses employés. La première question qui peut se poser est de savoir jusqu'où s'étend le champ des institutions publiques et des fonctionnaires dont l'action peut engager la responsabilité des États-Unis.

L'expression « employée du gouvernement » inclut les officiers ou les employés des agences fédérales, les militaires, les membres de la garde nationale, toute personne agissant au nom d'une agence fédérale et qui se trouve de façon officielle, temporairement ou de façon

---

<sup>15</sup> Ces développements reposent sur la source suivante : Civil Actions Against the United States, Its Agencies, Officers & Employees.

<sup>16</sup> 28 U.S.C.A. § 1346 (b). « Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the District of the Canal Zone and the District Court of the Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury for loss of property, or personal injury or death, caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred ».

permanente, au service des États-Unis avec ou sans compensation<sup>17</sup>. La jurisprudence est ainsi venue préciser que les membres du Congrès sont considérés comme des employés du gouvernement<sup>18</sup>, de même que la femme du Vice-Président Dan Quayle<sup>19</sup>.

Que faut-il entendre à présent par « employés d'une agence fédérale » ? Ce terme, pour les besoins de la loi, inclut les employés et les officiers des agences fédérales, lesquels comprennent les départements du pouvoir exécutif, les branches législatives et judiciaires, l'armée les institutions indépendantes des États-Unis et les personnes morales agissant pour le compte des États-Unis. Il n'existe pas de tests précis pour déterminer si une entité est une agence fédérale pour les besoins de la loi. Le facteur prépondérant consiste à rechercher si le gouvernement fédéral exerce un contrôle sur l'action quotidienne de l'entité. Le critère du contrôle semble être un critère important, comme en droit administratif français d'ailleurs<sup>20</sup>. L'origine du financement est un autre critère. Mais une entité n'est pas forcément une agence fédérale simplement parce qu'elle reçoit de l'argent public et doit respecter les règles fédérales, comme dans le cas d'un cocontractant de l'Administration<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Traduction de : « “Employee of the government” includes (1) officers or employees of any federal agency, members of the military or naval forces of the United States, members of the National Guard while engaged in training or duty under section 115, 316, 502, 503, 504, or 505 of title 32, and persons acting on behalf of a federal agency in an official capacity, temporarily or permanently in the service of the United States, whether with or without compensation, and (2) any officer or employee of a Federal public defender organization, except when such officer or employee performs professional services in the course of providing representation under section 3006A of title 18 ».

<sup>18</sup> *Williams v. U.S.*, 71 F.3d 502 (5th Cir. 1995).

<sup>19</sup> *Billings v. U.S.*, 57 F.3d 797 (9th Cir. 1995).

<sup>20</sup> Conseil d'Etat, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.), requête n° 264541.

<sup>21</sup> *U. S. v. Orleans*, 425 U.S. 807, 96 S. Ct. 1971, 48 L. Ed. 2d 390 (1976). Dans cette affaire, il s'agissait d'un contractant de l'administration, recevant de l'argent de l'Etat fédéral et devant respecter les conditions du contrat le liant. Ces éléments n'ont pas semblé suffisant pour la Cour suprême pour caractériser l'existence d'un employé d'une agence fédérale : « Federal funding reaches myriad areas of activity of local and state governments and activities in the private sector as well. It is inconceivable that Congress intended to have waiver of sovereign immunity follow congressional largesse and cover countless unidentifiable classes of “beneficiaries.” The Federal Government in no sense controls “the detailed physical performance” of all the programs and projects it finances by gifts, grants, contracts, or loans. The underlying statute emphasizes that a community action agency is a local, not a federal, enterprise; thus agents and employees of a local community action agency are not “employee(s) of the (Federal) government. ».

Un dernier critère est celui du but de l'entité : est-ce que celui-ci agit dans l'intérêt des États-Unis ? Par exemple, la District of Columbia Redevelopment Land Agency, dont le but est d'acquérir des terrains pour les mettre à disposition de l'État fédéral et ainsi rénover la capitale, accomplit bien une politique fédérale, et constitue donc une activité d'intérêt général qui en fait une agence fédérale pour les besoins du FTCA<sup>22</sup>.

Qu'en est-il à présent des personnes morales agissant comme des instruments de l'État fédéral ? Les personnes morales agissant principalement comme des services ou des moyens des États-Unis sont considérés comme des agences fédérales pour les besoins de la loi. Par exemple, la Federal Deposit Insurance Corporation, dont l'objet est d'assurer les dépôts bancaires des épargnants, est considérée comme une agence des États-Unis<sup>23</sup>, tout comme la Poste<sup>24</sup>.

Les cocontractants de l'administration fédérale américaine, eux, ne sont en principe pas considérés comme des employés fédéraux au sens de la loi. Cependant, ils peuvent être considérés comme employé des États-Unis si le gouvernement contrôle effectivement la gestion quotidienne de l'opérateur et la réalisation du contrat. Il faut un contrôle concret détaillé sur la réalisation du contrat pour que le cocontractant indépendant puisse être considéré comme un employé. Les termes du contrat seront ainsi déterminants : le gouvernement a-t-il, dans le contrat, un pouvoir de contrôler physiquement les opérations du cocontractant ? Par exemple, dans un arrêt *Logue v. U. S.*<sup>25</sup>, la question était de savoir si les États-Unis pouvaient être tenus pour responsable de la mort d'un prisonnier fédéral dans une prison de comté (laquelle est liée à l'administration fédérale par un contrat qui fixe sa mission et les standards qu'elle doit respecter). À cette fin, il fallait que l'administration pénitentiaire fédérale exerce un contrôle étroit sur la prison en question. La Cour suprême estima que le contrôle n'était pas suffisamment étroit : « Aussi, le Congrès a non seulement autorisé le gouvernement à réaliser des contrats tels que celui en question, mais a aussi considéré que la responsabilité des opérations quotidiennes du cocontractant devait revenir au cocontractant lui-même et non au Gouvernement, dont le rôle est limité au paiement d'un tarif suffisamment élevé lui permettant de réaliser correctement son travail. Le contrat conclu entre le gouvernement et le comté de Nueces reflète une division similaire de responsabilité. Le comté s'occupe de l'incarcération des prisonniers en conformité

---

<sup>22</sup> *Goddard v. District of Columbia Redevelopment Land Agency*, 287 F.2d 343 (D.C. Cir. 1961).

<sup>23</sup> *Federal Deposit Ins. Corp. v. Hartford Ins. Co. of Illinois*, 877 F.2d 590, 111 A.L.R. Fed. 767 (7th Cir. 1989); *Federal Deposit Ins. Corp. v. Citizens Bank & Trust Co. of Park Ridge, Ill.*, 592 F.2d 364 (7th Cir. 1979).

<sup>24</sup> *Myers & Myers, Inc. v. U. S. Postal Service*, 527 F.2d 1252, 35 A.L.R. Fed. 466 (2d Cir. 1975).

<sup>25</sup> 412 U.S. 521, 93 S. Ct. 2215, 37 L. Ed. 2d 121 (1973).

avec les règles établies par le Bureau des prisons (...). Ces règles, à leur tour, précisent les normes de traitement pour des détenus fédéraux (...). Mais la convention ne donne aux États-Unis aucune autorité pour superviser physiquement la conduite des employés de la prison ; elle réserve uniquement aux États-Unis “le droit d’entrer dans l’établissement (...) à des heures raisonnables aux fins d’inspecter la prison et de vérifier les conditions dans lesquelles les délinquants fédéraux sont logés”. La conclusion de la Cour d’appel que le Vice-Marshall n’avait pas le pouvoir de contrôler les activités des employés du shérif est corroborée à la fois par les termes de la loi et ceux du contrat effectivement conclu entre les parties. Nous sommes d’accord avec cette conclusion : les employés du shérif étaient des employés d’un “cocontractant des États-Unis”, et non, par conséquent, des employés d’une “agence fédérale” »<sup>26</sup>.

Ici, le juge requiert, pour que la responsabilité publique de l’État fédéral soit substituée à celle de son cocontractant, un contrôle étroit, concret des opérations de celui-ci. La seule exception à cette règle concerne les activités intrinsèquement dangereuses. Dans ce cas, l’Etat fédéral est considéré comme ayant un devoir de surveillance, qui n’est pas déléguable à une personne privée. Il doit veiller à ce que le cocontractant adopte toutes les mesures nécessaires pour éviter la survenance d’un dommage<sup>27</sup>.

Pour engager la responsabilité de l’État, le fonctionnaire en cause doit donc être un employé de l’État. Encore celui-ci doit-il agir dans le cadre de son emploi au moment de la faute.

---

<sup>26</sup> Logue v. U. S., préc.. Traduction de : « Thus, Congress not only authorized the Government to make contracts such as the one here in question, but rather clearly contemplated that the day-to-day operations of the contractor's facilities were to be in the hands of the contractor, with the Government's role limited to the payment of sufficiently high rates to induce the contractor to do a good job. The contract entered into between the Government and Nueces County reflects a similar division of responsibility. The county undertakes to provide custody in accordance with the Bureau of Prisons' 'rules and regulations governing the care and custody of persons committed' under the contract. These rules in turn specify standards of treatment for federal prisoners, including methods of discipline, rules for communicating with attorneys, visitation privileges, mail, medical services, and employment. But the agreement gives the United States no authority to physically supervise the conduct of the jail's employees; it reserves to the United States only 'the right to enter the institution . . . at reasonable hours for the purpose of inspecting the same and determining the conditions under which federal offenders are housed.' The Court of Appeals' conclusion that the deputy marshal had no authority to control the activities of the sheriff's employees is supported by both the enabling statute and the contract actually executed between the parties. We agree with its resultant holding that the sheriff's employees were employees of a 'contractor with the United States,' and not, therefore, employees of a 'Federal agency.' »

<sup>27</sup> Par ex. : Mahoney v. U. S., 216 F. Supp. 523 (E.D. Tenn. 1962).

Malgré la divergence qui peut exister entre les droits des États sur ce point, en général, la faute de l'employé est considérée comme une faute de service, pour reprendre la terminologie française, si l'employé est motivé par le désir de servir son employeur<sup>28</sup> ou si l'acte en question peut être rattaché à son emploi au service de la collectivité<sup>29</sup>.

Le champ d'application du FTCA est donc précis et permet nettement à l'État fédéral d'échapper à toute responsabilité lorsque l'activité en question est confiée à une personne privée. Une exception importante doit maintenant être étudiée, celle qui concerne la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire. Cette analyse nous montrera le véritable objet de cette loi : rendre l'État fédéral responsable lorsqu'il agit comme personne privée, car dès lors qu'il agit comme personne publique, mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, il est irresponsable.

### **III. Un régime progressivement privé de sa portée**

La responsabilité de l'État fédéral ne peut être engagée lorsqu'une « demande porte sur un acte ou une omission d'un employé diligent du gouvernement, appliquant une loi ou un règlement, légal ou non, ou sur l'exercice ou le non-exercice, l'exécution ou la non-exécution d'un pouvoir ou d'un devoir discrétionnaire par une agence fédérale ou un employé du gouvernement, que le pouvoir en question ait été abusé ou pas »<sup>30</sup>.

Le FTCA ne s'applique donc pas à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, même si, au cas particulier le pouvoir en question a été utilisé de façon illégale. Cette exception marque la frontière entre la volonté du congrès de reconnaître la responsabilité des États-Unis, et son désir de protéger certaines activités gouvernementales contre l'engagement de leurs responsabilités par les personnes privées. Cette exception s'explique par la volonté du congrès de ne pas handicaper l'action gouvernementale. Plus profondément, cette exception marque la frontière entre l'État

---

<sup>28</sup> Avery v. U. S., 434 F. Supp. 937 (D. Conn. 1977).

<sup>29</sup> Simpson v. U. S., 484 F. Supp. 387 (W.D. Pa. 1980).

<sup>30</sup> 28 U.S.C.A. § 2680. Traduction de : « The provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall not apply to (a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused. »

personne privée et l'État-personne publique. À notre sens, elle s'explique par la difficulté à utiliser le droit de la responsabilité pour contrôler l'action publique<sup>31</sup>.

On voit donc que le congrès tente d'établir une frontière entre les opérations quotidiennes de l'administration, que l'on pourrait appeler opérationnelles, et ses fonctions politiques. Évidemment la classification des différents actes du gouvernement a fait l'objet d'un contentieux important. La Cour suprême impose l'utilisation de deux critères pour déterminer s'il s'agit bien d'un pouvoir discrétionnaire au sens de la loi : d'une part, l'acte ou l'omission doit impliquer un élément de jugement ou de choix ; d'autre part, ce jugement ou ce choix, le congrès doit avoir eu l'intention de l'exonérer de responsabilité. Il faut donc un véritable pouvoir discrétionnaire d'une part et d'autre part un pouvoir discrétionnaire protégé par la loi<sup>32</sup>.

On peut prendre l'exemple de l'arrêt *Berkowitz by Berkovitz v. U.S.* de 1988. Après avoir été vacciné contre la polio par un vaccin fabriqué par le laboratoire Lederle, et après avoir attrapé effectivement la polio, un mineur et ses parents ont intenté un procès contre le gouvernement des États-Unis pour avoir approuvé la commercialisation de ce vaccin responsable du dommage. Dans cette affaire, la Cour suprême estima que l'autorisation de commercialisation constitue bien l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire au sens de la loi. La loi n'exonère pas de responsabilité le gouvernement pour tout acte accompli dans le cadre de ses fonctions réglementaires, mais exonère de responsabilité les actions et les décisions du gouvernement qui impliquent un élément de jugement et de choix et qui sont basées sur des considérations de politique publique. Le jugement fut rendu par le juge Marshall. Que nous dit le juge ? La question centrale est : peut-on considérer que l'autorisation de mise sur le marché de ce vaccin constitue l'exercice d'une fonction discrétionnaire au sens de la loi ?

Le juge Marshall rappelle d'abord quel est l'esprit de cette distinction et de cette exception. Le précédent utilisé dans cette affaire est l'arrêt *U.S. v Varig Airlines*<sup>33</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a posé qu'il faut s'attacher à la nature de la conduite plutôt qu'au statut de l'acteur pour déterminer si l'exception de fonction discrétionnaire s'applique au cas particulier. Pour déterminer la nature de la conduite en cause, le tribunal doit considérer d'abord si l'action en question contient une part de choix. Une conduite ne peut en effet pas être discrétionnaire si elle n'implique pas un

---

<sup>31</sup> T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2013.

<sup>32</sup> *Berkowitz by Berkovitz v US*, 486 US 531, 108 S. Ct. 1954, 100 L. Ed. 2d. 531 (1988).

<sup>33</sup> *U.S. v S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)* (1984) 467 US 797.

élément de jugement ou de choix. En outre dans le cas où la conduite en question implique un élément de jugement, il faut encore déterminer si ce jugement est bien protégé par l'exception.

En somme, l'exception protège le gouvernement contre l'engagement de sa responsabilité si la conduite au cas particulier implique l'exercice d'un jugement politique.

De même, dans le précédent *Varig Airlines*, le même raisonnement est à l'œuvre. Dans cette décision, la Federal Aviation Administration (FAA) avait certifié certains avions comme étant apte à voler. Les victimes d'un accident d'avion cherchaient la responsabilité de cette administration pour avoir certifié l'avion en question. Les tribunaux ont estimé que la fonction de certification était bien une fonction discrétionnaire.

Dans un second temps, les juges doivent examiner la nature de la conduite discrétionnaire en question : est-elle de celle que le congrès a voulu protéger ? Le but de l'exception est en effet de permettre au gouvernement de prendre certaines décisions sans avoir peur des conséquences contentieuses. Il doit donc s'agir de décisions de haut niveau, de planification, de décisions politiques en d'autres termes. Par conséquent, afin de déterminer si un acte est couvert par l'exception, le juge doit considérer la capacité du pouvoir judiciaire à évaluer l'acte ou l'omission afin de déterminer si cette évaluation juridictionnelle empêcherait l'action du gouvernement. Cette exception ne protège donc que les actions et les décisions du gouvernement fondé sur des considérations de politique publique.

La Cour suprême a cependant modifié nettement sa jurisprudence en 1991 dans l'arrêt *Gaubert*<sup>34</sup> qui a fait bondir le taux de succès de l'État fédéral dans ce contentieux, au détriment des victimes<sup>35</sup>. Dans cet arrêt la Cour suprême considère qu'il y a pouvoir discrétionnaire dès lors que la décision en question est « susceptible d'analyse politique »<sup>36</sup>. En d'autres termes, il suffit au gouvernement de montrer que la décision en question repose sur un fondement politique, même si ce fondement n'a joué qu'un rôle marginal, pour que la décision en question soit couverte par

---

<sup>34</sup> U.S. v *Gaubert* (1991, US) 113 L Ed 2d 335, 111 S Ct 1267, 91 CDOS 2183, 91 Daily Journal DAR 3524.

<sup>35</sup> J. R. Bruno, Note: « Immunity for « Discretionary » Functions: A Proposal to Amend the Federal Tort Claims Act », *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 49, No. 2, 2012.

<sup>36</sup> « In determining whether Federal Tort Claims Act's discretionary function exception applies, focus of inquiry is not on government agent's subjective intent in exercising discretion conferred by statute or regulation, but on nature of actions taken and on whether they are susceptible to policy analysis. »

une immunité<sup>37</sup>. Il n'y a plus guère que la violation par une agence de ses propres règles, l'échec patent pour remédier à une situation dangereuse ou une conduite imprudente en voiture qui peuvent empêcher l'application de l'exception<sup>38</sup>. On pourrait faire un parallèle intéressant entre l'évolution du droit de la responsabilité dans les années 80 et 90 et l'évolution du *judicial review* où, avec l'arrêt Chevron<sup>39</sup>, les juges sont de plus en plus déférents envers l'administration. Il reste peu de recours aux particuliers, à moins qu'un droit constitutionnel ne soit violé<sup>40</sup>.

## Conclusion

On voit donc bien que l'intention du législateur de 1946 a été progressivement vidée de portée par les juges. Pourquoi ? Deux éléments expliquent cette évolution : l'une tient au *common law* et l'autre à la conception de l'Etat. D'une part, le droit de la responsabilité dans le monde de *common law* est profondément étranger à l'idée de contrôle de la puissance publique. Le droit de la responsabilité de *common law* est par essence privé. D'autre part, l'Etat américain reste souverain. L'exigence de responsabilité de l'Etat ne s'étend pas à la responsabilité juridique.

La possibilité de condamner l'Etat américain en dommages et intérêts est donc, en pratique, très limitée, dans la mesure où le fondement de la législation fédérale consiste toujours en une renonciation de l'Etat à sa souveraineté. Cette dernière, consacrée dans la Constitution, est ainsi la règle et la responsabilité de l'Etat, l'exception. George Bermann explique que, loin d'instituer un système de responsabilité délictuelle de l'administration fédérale spécifique, la loi a, en réalité, appliqué à l'action publique le droit privé de la responsabilité délictuelle<sup>41</sup>.

Il faut donc en conclure qu'aux Etats-Unis le roi ne peut toujours pas mal faire.

---

<sup>37</sup> J. R. Bruno, « Immunity for « Discretionary » Functions: A Proposal to Amend the Federal Tort Claims Act », préc., p. 413.

<sup>38</sup> David S. Fishback, The Federal Tort Claims Act is a Very Limited Waiver of Sovereign Immunity – So Long as Agencies Follow Their Own Rules and Do Not Simply Ignore Problems, U.S. ATT'YS' BULL., Jan. 2011, at 16, 19–26, disponible ici : [http://www.justice.gov/usao/eousa/foia\\_reading\\_room/usab5901.pdf](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usab5901.pdf).

<sup>39</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

<sup>40</sup> On note à cet égard le régime très intéressant d'engagement de la responsabilité des fonctionnaires lorsque ceux-ci violent un droit constitutionnel, régime issu de l'arrêt Bivens.

<sup>41</sup> V. Bermann, George. « Integrating governmental and officer Tort Liability » in Columbia Law Review, Vol. 77, N. 8 (Dec. 1977). pp. 1175-1214. New York : Columbia Law Review Association, Inc., 1977. Oeuvre publié en français en 1983, traduite de l'anglais par Christine Gemayel. « La responsabilité civile des fonctionnaires au niveau fédéral aux Etats-Unis : vers la solution d'une crise » in Revue Internationale de droit comparé. Vol. 35, N. 2. Paris : Société de Législation Comparée (SLC), 1983.pp. 319-351.

# Les multiples fondements de la responsabilité des pouvoirs publics en droit italien\*

Roberto Caranta  
Professeur à l'Université de Turin

*Introduction : le fondement de la responsabilité et le partage de juridictions entre le juge judiciaire et le juge administratif.*

La responsabilité des pouvoirs publics en Italie est le résultat de l'histoire beaucoup plus que de la logique. Il faut donc démarrer l'analyse avec un tableau de l'évolution historique. Avouons d'emblée que l'histoire qu'on entend conter ici est souvent celle des limites apportées à la responsabilité de l'administration publique<sup>1</sup>.

En effet, il faut distinguer, d'une part, la responsabilité du fait des opérations de l'administration, comme les accidents de voiture et la responsabilité hospitalière (I) et, d'autre part, la responsabilité qui peut naître de l'adoption – mais également de l'absence ou du retard dans l'adoption – d'actes juridiques, tels que les décisions administratives, mais aussi les actes ou omissions qui peuvent engager la responsabilité de l'État pour les faits du législateur et du service de la justice (II).

La distinction relève de l'histoire et notamment des règles de partage de juridictions entre le juge judiciaire et le juge administratif<sup>2</sup>. L'Italie garde encore aujourd'hui le partage de juridictions qui fut érigé dans la deuxième moitié du XIXe siècle juste après l'unification nationale achevée vers 1860. Si la plus haute juridiction administrative – le *Consiglio di Stato* – est à l'évidence imitée du modèle français, le critère de partage est tout à fait original. Les affaires soulevant des questions de droits subjectifs relèvent en principe de la juridiction judiciaire. En revanche, les affaires dans lesquels il est question d'*interessi legittimi* (intérêts légitimes ou à apprécier) appartient à la juridiction administrative, qui pourtant est parfois aussi compétente dans les affaires où il s'agit d'une question de droit subjectif<sup>3</sup>.

La distinction entre droits subjectifs et *interessi legittimi* a donné lieu à bien de discussions et de contrastes dans la jurisprudence en Italie. De façon distincte de la France, les questions de partage des compétences en Italie sont tranchées par les Sections réunies de la *Corte di cassazione*.

En général, le citoyen se prévaut de droits subjectifs face aux opérations administratives. On entend par là les agissements matériels des administrations publiques, y compris les voies de fait. Le juge judiciaire est compétent pour statuer sur les dommages qui peuvent être entraînés par ces opérations, bien que depuis 1998, la compétence en matière de voies de fait liées à construction d'ouvrages publics revienne à la *giurisdizione esclusiva* du juge administratif.

Reste que le citoyen est censé ne pas pouvoir se prévaloir d'un droit subjectif contre l'administration publique a) si la loi donne à l'administration le pouvoir de limiter, voire d'effacer ce droit de façon unilatérale. C'est par exemple le cas en matière d'expropriation pour cause

---

\* Je tiens à remercier tout particulièrement de l'Université Paris-Est Créteil (UPEC) pour sa révision très attentive du manuscrit.

<sup>1</sup> Voir R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, Giuffrè 1993.

<sup>2</sup> Voir, aussi pour une très analyse pointue de la jurisprudence A. ANGELETTI, *Aspetti problematici del riparto delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, 1980; A. ANGELETTI, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in R. CARANTA (dir), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, Zanichelli, 2011, 1; du point de vue droit comparé voir J-CL. ESCARRAS, *Les expériences belge et italienne d'unité de juridiction*, Pichon, Paris, 1972.

<sup>3</sup> M. PROTTO – M. BELLAVISTA, *La giurisdizione in generale*, in R. CARANTA (dir), *Il nuovo processo amministrativo*, préc., 113 ss.

d'utilité publique. Dans cette hypothèse, le droit de propriété est censé se transformer en un droit à l'indemnité prévue par la loi ; le citoyen peut soit se prévaloir d'un *interesse legittimo* pour contester la légitimité de la décision d'expropriation devant le juge administratif, soit contester le montant de l'indemnité fixée par l'administration devant le juge judiciaire. Surtout, le citoyen ne peut se prévaloir de droits subjectifs quand b) il a sollicité une décision administrative favorable. Par conséquent, il n'y a que des *interessi legittimi* lorsqu'on est soumissionnaire dans une procédure de passation de marché public ou lorsque l'on demande un permis de construire ou une autorisation ou licence quelconque.

Finalement, la plupart des litiges opposant les particuliers à l'administration publique relèvent de la juridiction administrative. Au surplus, comme on l'a déjà rappelé, la loi a souvent attribué à la juridiction administrative des matières de *giurisdizione esclusiva*. Relèvent ainsi de la juridiction administrative les litiges mettant en cause soit des droits subjectifs, soit des *interessi legittimi*. C'est le cas du contentieux économique sur les décisions des autorités administratives indépendantes (autorité de la concurrence ou des marchés boursiers).

En principe – on aura l'occasion d'y revenir –, la responsabilité est dans tout cas régie par les articles 2043 ss. du Code civil. Selon l'art. 2043, les conditions requises pour la mise en jeu de la responsabilité en dehors de contrats sont l'existence d'un acte illégal (ou un manquement si une action était demandée par la loi), la culpabilité, c'est-à-dire l'intention (dol) ou la faute, le lien de causalité entre l'agissement et le dommage et le dommage lui-même. Pourtant, le partage de juridictions a entraîné, et parfois entraîne encore, bien des différences dans la mise en œuvre de la responsabilité selon que la question est tranchée par le juge judiciaire ou par le juge administratif.

Les articles qui suivent l'article 2043 Cod civ. ont trait à des hypothèses particulières de responsabilité. Il s'agit de la responsabilité du commettant (art. 2049), ou des propriétaires d'immeubles (art. 2051), ou des propriétaires et gardiens des animaux (art. 2052). Seul le premier des trois cas cités est ici pertinent, car il fonde la responsabilité des pouvoirs publics pour le fait des fonctionnaires et autres salariés. En principe, l'administration publique est responsable pour les faits de ses employés commis à l'occasion de leurs fonctions, y compris pour les dommages causés avec les moyens du service<sup>4</sup>.

L'art. 28 de la Constitution du 1948 a voulu en finir avec la garantie administrative qui, elle aussi, avait été inspirée du modèle français de droit administratif. On a donc édicté la responsabilité personnelle directe des fonctionnaires pour les atteintes portées aux droits des citoyens en se fondant sur le droit civil, pénal et administratif. La responsabilité civile directe des fonctionnaires est pourtant limitée au cas de dol et de faute lourde.

Il n'est pas surprenant que les actions en dommages-intérêts portées directement contre les fonctionnaires demeurent rares. Le plus souvent, les actions civiles en dommages-intérêts sont intentées à l'occasion des procès criminels contre des fonctionnaires publics. En revanche, les fonctionnaires ne peuvent pas être poursuivis devant le juge administratif. La compétence pour connaître des actions en dommages-intérêts portées contre les fonctionnaires, même pour la lésion d'*interessi legittimi*, revient à la juridiction judiciaire<sup>5</sup>.

## **I. La responsabilité pour fait des opérations administratives.**

En principe, le régime de responsabilité des administrations publiques pour leurs agissements matériels correspond étroitement aux règles – même jurisprudentielles – qui régissent la responsabilité des particuliers pour des faits similaires. En Italie aussi, comme le disent les

---

<sup>4</sup> Voir, en matière de responsabilité médicale, Cass. civ. Sez. III, 27-03-2015, n. 6243.

<sup>5</sup> Cass. civ., Sez. Un., 17-05-2010, n. 11932 (ord.).

Anglais, « *a car accident is a car accident both in civil and in administrative law* » (I.A.). Pourtant, il y a quelques situations dans lesquelles les obligations des administrations publiques ne sont pas totalement identiques à celles des particuliers (I.B.).

### I.A. Une responsabilité de droit commun

Comme le juge judiciaire est seul compétent dans les affaires concernant les actes matériels, et ce qu'il s'agisse de la responsabilité d'un particulier ou de celle de l'administration, il serait surprenant que la jurisprudence opère des distinctions fondées sur la seule nature juridique du prévenu. Il y aurait là de quoi suspecter les juridictions de vouloir protéger l'administration publique. Cette remarque vaut également pour les accidents qui surviennent dans les services de police ou d'urgence.

Il s'ensuit que l'État est responsable des dommages causés par la police du fait de l'utilisation imprudente d'armes à feu<sup>6</sup>. Le juge judiciaire ne peut pourtant pas substituer sa propre appréciation aux choix faits par l'administration publique en ce qui concerne les opérations à mener aux fins de la prévention des crimes<sup>7</sup>.

En ce qui concerne les services d'urgence, la Cour de cassation a retenu la responsabilité de l'administration des sapeurs pompiers pour les dommages causés par un véhicule de secours engagé sur un carrefour à très grande vitesse. Selon la Cour, le fait d'avoir déclenché les sirènes n'exonérerait pas les pompiers de l'obligation de conduire de façon prudente. Seulement le dédommagement a été limité au 50% comme le conducteur de l'autre voiture ayant participé à son propre dommage en n'arrêtant pas sa voiture après avoir entendu la sirène<sup>8</sup>.

Il en va de même en ce qui concerne la responsabilité hospitalière<sup>9</sup>. Une négligence de la part de l'administration est requise pour faire droit à une action en dommages-intérêts. Les cas du sang contaminé sont emblématiques<sup>10</sup>. La responsabilité de l'État a été retenue seulement pour les infections postérieures à 1978, date à laquelle les risques des transfusions ont été révélés par les scientifiques<sup>11</sup>. Pour les infections de VIH antérieures à 1978, la victime peut seulement se prévaloir du droit à l'indemnité établie par la loi pour des raisons de solidarité<sup>12</sup>. Pour les contaminations successives, le particulier peut se prévaloir soit de la faute des services médicaux pour obtenir des dommages-intérêts, soit du régime d'indemnisation fondé sur la solidarité nationale. Il s'agit d'une véritable alternative, puisque les deux sources d'indemnisation ne sont pas cumulables<sup>13</sup>.

Enfin, la règle de l'art. 2236 Cod civ. selon laquelle la responsabilité est limitée aux hypothèses de faute lourde dans des cas d'actes médicaux complexes<sup>14</sup> s'applique également en matière de responsabilité hospitalière.

---

<sup>6</sup> Cass. civ., Sez. III, 17-01-2008, n. 864.

<sup>7</sup> Cass. civ., Sez. III, 10-10-2014, n. 21426

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. III, 15-10-2009, n. 21907.

<sup>9</sup> Cette solution est bien renforcée par les arrêts récents qui qualifient de « contractuelle » la responsabilité des services publics hospitaliers : Cass. civ., Sez. III, 27-03-2015, n. 6243.

<sup>10</sup> Voir S. BAGGIO, *Il danno da trasfusione*, in P. CENDON (dir.), *Trattato dei nuovi danni*, vol. II *Malpractice medica. Prerogative della persona. Voci emergenti della responsabilità*, Padova, CEDAM, 2011, 713.

<sup>11</sup> Par exemple Cass. civ. Sez. III, 16-10-2015, n. 20934 ; Cass. civ. Sez. III, 14-03-2014, n. 5954.

<sup>12</sup> L. 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati).

<sup>13</sup> Cass. civ. Sez. III, 14-03-2013, n. 6573.

<sup>14</sup> Par exemple Cass. civ. Sez. III, 12-03-2013, n. 6093.

## I.B. *Des obligations accrues, mais aussi des privilèges ?*

Parfois l'État est astreint à davantage d'obligations que le particulier. Ces dernières peuvent fonder un régime particulier de responsabilité en dehors du système de Code civil. C'est le cas dans l'hypothèse précitée des infections au VIH dues à transfusions de sang contaminé antérieures à 1978, puisque le particulier peut se prévaloir d'un régime indemnitaire légal, fondé sur la solidarité nationale<sup>15</sup>.

La solidarité se trouve aussi à la base du régime de la responsabilité de l'État pour les préjudices survenus à la suite d'une vaccination obligatoire. Ce type de vaccination est prévu par la loi, dans un but d'intérêt général<sup>16</sup>. La Cour constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité de la loi sur la vaccination contre la polio dans la mesure où la loi ne prévoyait aucune indemnisation pour les personnes affectées par l'inoculation sans faute des services de santé publique<sup>17</sup>. Sur cette base la loi spéciale sur le sang contaminé édicte les conditions et fixe aussi les montants des indemnités dues pour les dommages consécutifs à une vaccination<sup>18</sup>. Dans un arrêt plus récent, la Cour constitutionnelle a estimé que des raisons semblables de solidarité sociale militent pour que l'indemnité soit également due dans les cas où la vaccination n'est pas obligatoire, mais seulement encouragée par l'État<sup>19</sup>.

Dans le cas du sang contaminé, comme dans celui des dommages consécutifs à une vaccination, il faut souligner que le régime établi par la loi ne concerne pas des dommages-intérêts, mais une indemnité qui ne doit pas nécessairement réparer l'entier dommage<sup>20</sup>. Le législateur garde des marges très larges dans la définition du montant de l'indemnité<sup>21</sup>.

Plus délicate est la question de l'existence des régimes de protections pour les administrations publiques, qui pourraient paraître déroger au droit civil. L'application pure et simple des règles du Code civil à l'administration publique est en effet encore aujourd'hui écartée dans les cas de dommages causés par les animaux sauvages et par l'entretien des rues.

Après bien des controverses jurisprudentielles, notamment entre la Cour de cassation et plusieurs juridictions de première instance, l'application des règles spéciales du Code édictant une responsabilité sans faute a été écartée dans les deux cas pour le défaut de la garde qui est censée être à la base de ces règles. Le particulier ayant subi le préjudice doit donc fonder son action sur l'art. 2043 du Code civil et donc démontrer la négligence de l'administration dans la gestion de la faune ou du patrimoine routier<sup>22</sup>.

## II. *La responsabilité du fait des actes juridiques.*

En Italie l'histoire de la responsabilité de l'administration publique du fait d'actes juridiques s'est longtemps traduite par l'absence d'un principe de responsabilité avec parfois des exceptions

---

<sup>15</sup> L. 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati).

<sup>16</sup> Voir A. NEGRO, *Danni da vaccinazione*, in P. CENDON (dir.), *Trattato dei nuovi danni*, vol. II préc., 744 ss.

<sup>17</sup> Corte cost., 22-06-1990, n. 307; voir aussi Corte cost., 18-04-1996, n. 118.

<sup>18</sup> L. 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati).

<sup>19</sup> Corte cost., 26-04-2012, n. 107.

<sup>20</sup> Corte cost., 06-03-2002, n. 38.

<sup>21</sup> Corte cost., 06-03-2002, n. 38; voir aussi Corte cost., 27-10-2006, n. 342.

<sup>22</sup> Sur les dommages pour fait d'animaux sauvages Cass. civ. Sez. I, 24-04-2014, n. 9276; sur les dommages causés par les conditions de la voirie (et très souvent par la conduite de la personne ayant subi le dommage) Cass. civ. Sez. III, 20-01-2014, n. 999; Cass. civ. Sez. VI - 3 Ordinanza, 18-06-2013, n. 15196.

(II.A.). La consécration de la responsabilité de l'administration publique est extrêmement récente. Elle date des toutes dernières années du XXe siècle (II.B.). Un autre régime de responsabilité a connu une évolution séparée et spécifique. Il s'agit de la responsabilité du fait du législateur et des services de justice (II.C).

#### II.A. *Un principe d'irresponsabilité enraciné dans le système de la justice administrative.*

Accident de l'histoire, les règles de partage des compétences évoquées en introduction se sont traduites par des limites aux demandes que le requérant pouvait soumettre. En effet, les actions en dommages-intérêts ne pouvaient pas être portées devant le juge administratif. La compétence de ce dernier était normalement limitée aux actions en annulation. En revanche, les actions en dommages-intérêts relèvent de la juridiction judiciaire, laquelle ne peut pas connaître des lésions des *interessi legittimi* à raison des décisions des administrations publiques. Au fond, les règles de partage des compétences ont abouti à une règle de droit matériel : la non-responsabilité de l'administration publique pour lésion d'*interessi legittimi* du fait de l'adoption d'une décision illégitime ou de la carence illégitime de l'adoption d'une décision<sup>23</sup>.

Finalement, les règles d'attribution des compétences aboutissaient à mettre en échec les actions indemnitaires consécutives au dommage causé par les décisions administratives, et ce nonobstant l'illégalité de ces dernières. À quelques exceptions près, comme dans les cas de voie de fait où, en l'absence de toute décision administrative, la juridiction judiciaire était compétente et les dommages-intérêts étaient souvent le seul remède sur la base du principe « ouvrage public mal planté ne se détruit pas »<sup>24</sup>.

Même la Constitution de 1948 a très peu changé cet état du droit. Certes, l'art. 28 a consacré la responsabilité personnelle des fonctionnaires pour les atteintes portées aux droits des citoyens, en application aussi bien des règles de droit civil, de droit pénal et de droit administratif. Pourtant on se réfère ici encore une fois au droit. La seule différence par rapport à la situation antérieure à la Constitution relève d'une facilité accrue de porter une action en dommages-intérêts contre les fonctionnaires lorsque les actes dommageables ont la nature de crimes. Dans ce cas, la victime peut former une action indemnitaire contre l'administration afin d'engager sa responsabilité et il n'est nullement question d'*interessi legittimi*, car le droit pénal protège des droits et non des intérêts.

Même la Cour constitutionnelle avait préféré laisser la situation telle qu'elle était. La Cour avait été saisie en 1980 d'un cas dans lequel un citoyen se plaignait d'avoir subi pendant 20 ans de refus de permis de construire toujours annulés pour de vices différents par le juge administratif. Finalement, il n'avait plus pu demander le permis. La mairie avait changé (de façon légitime cette fois) le classement de son fonds comme étant dépourvu de vocation à l'édification pour être affecté à la réalisation d'un ouvrage public.

Le particulier, dont la situation juridique face au pouvoir de la commune de choisir le classement à donner à tout fonds était finalement d'*interesse legittimo*, demandait l'attribution de dommages-intérêts, l'action indemnitaire étant en l'espèce son ultime recours. La Cour constitutionnelle s'est contentée de reconnaître que la question de la responsabilité des administrations publiques pour la lésion des *interessi legittimi* était fort délicate et nécessitait des solutions prudentes par le législateur<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale*, préc. 81 ss.

<sup>24</sup> Voir E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Scitti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, 967.

<sup>25</sup> Corte cost., 25 marzo 1980 n. 35.

## II.B. *La consécration de la responsabilité de l'administration publique.*

La situation a changé de façon radicale pendant la dernière décennie du siècle XXe siècle. Il ne s'agit néanmoins nullement d'un changement d'avis spontané du législateur italien. Premièrement, le droit alors communautaire est venu introduire un cas important de responsabilité pour lésion des situations classées en Italie comme *interessi legittimi* en Italie (II.B.1). Deuxièmement un revirement de jurisprudence a renversé l'ancien dogme de la non-responsabilité pour lésion de ces intérêts (II.B.2).

### II.B.1. *La première directive recours (89/665/CE) en matière de marchés publics.*

Si le législateur italien n'a pris aucune initiative à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, il n'en a pas été de même du législateur communautaire. La Directive 89/665/CEE 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, qui a plus tard été modifiée sous des aspects que ne retiennent pas ici notre attention, vise à accroître les garanties de transparence et de non-discrimination lors de la passation des marchés publics dans le marché interne de l'Union. La directive dote les entreprises d'un niveau équivalent de garanties juridiques dans tous les États membres en matière de recours<sup>26</sup>. L'art. 2 de la Directive, en particulier, fait mention expresse, parmi les pouvoirs qui doivent être reconnus au juge au profit des soumissionnaires, de celui « d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation » (let. c)<sup>27</sup>.

Cette disposition aurait pu – et peut-être même dû – bouleverser la jurisprudence (et la doctrine) traditionnelle. La réaction la plus répandue en doctrine comme en jurisprudence fut pourtant de soutenir que la disposition précitée était sans incidence sur le régime général de la responsabilité administrative, comme il ne s'agissait là que de responsabilité précontractuelle ou plutôt d'une exception à la règle de l'irresponsabilité de l'Administration dans le cas du contentieux de la passation des marchés publics<sup>28</sup>.

### II.B.2. *Un revirement de jurisprudence et la nouvelle responsabilité de l'administration publique.*

Cependant les racines du changement poussaient déjà. En 1999 les Section réunies de la Cour de cassation rendaient l'un des arrêts le plus importants dans l'histoire du droit administratif italien<sup>29</sup>. La Cour estimait qu'il n'y avait aucune raison pour différencier les *interessi legittimi* des droits subjectifs du point de vue des dommages-intérêts (II.B.2.a). La seule question était de savoir si le requérant aurait pu obtenir ce qu'il demandait de l'administration publique dans des conditions normales. Ceci est difficile à établir – comme on le verra – chaque fois que l'administration publique se voit confier de pouvoirs discrétionnaires ou d'appréciation importants (II.B.2.b).

Le législateur a réagi au revirement en confiant la compétence pour connaître des actions en dommages-intérêts pour lésion d'*interessi legittimi* au juge administratif<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Voir les contributions dans S. TREUMER – F. LICHERE (eds) *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, DJØF, 2011.

<sup>27</sup> Voir D. FAIRGRIEVE – F. LICHERE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford, Hart, 2011.

<sup>28</sup> R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale*, préc., 100 ss.

<sup>29</sup> Cass., Sez. un., 22-07-1999, n. 500.

<sup>30</sup> Voir maintenant l'art. 30 du D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Code du procès administratif) ; voir R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in R. CARANTA (dir), *Il nuovo processo amministrativo*, préc., 629.

## II.B.2.a. *Le(s) fondement(s) de la responsabilité.*

Du point de vue du fondement de la responsabilité, l'arrêt de la Cour de cassation que l'on vient d'évoquer plaçait la responsabilité de l'administration publique pour lésion d'*interessi legittimi* dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle telle que régie à l'art. 2043 du Code civil italien.

En matière de passation de contrats publics, la responsabilité peut aussi se fonder sur la déloyauté selon l'art. 1337 du Code civil. La seule différence de régime réside dans la catégorisation des dommages dont on peut demander la réparation. Si une illégalité s'accompagne à la déloyauté, le requérant est en droit de fonder son action en dommages-intérêts alternativement ou cumulativement sur l'art. 1337 et sur l'art. 2043<sup>31</sup>.

Une partie minoritaire de la doctrine, parfois suivie dans quelques arrêts, partant du constat que l'administration publique et le citoyen sont souvent dans une relation procédurale réglée par la loi, estime que la responsabilité de l'administration publique pour lésion d'*interessi legittimi* s'apparente plutôt à la responsabilité contractuelle. Une telle duplication de catégories n'est nullement utile. En effet, comme on le verra dans les développements qui suivent, la jurisprudence a presque totalement effacé l'élément subjectif de la responsabilité de l'administration publique. Quant au délai pour porter une action en dommages-intérêts, le code du procès administratif a adopté à l'art. 30 al. 3 un délai très court de 120 jours, qui déroge aux délais prévus par le Code civil<sup>32</sup>.

Comme on l'a déjà indiqué, suivant l'art. 2043 du Code civil, les conditions de la responsabilité extracontractuelle qui doivent s'ajouter au lien de causalité et au dommage sont l'illégalité de l'acte et l'intention (dol) ou la faute. Dans l'un de ses grands arrêts, la Cour de cassation soulignait que la démarche empruntée dans le sens de la responsabilité pour lésion d'*interessi legittimi* ne signifiait pas que toute illégitimité allait se traduire de façon automatique en responsabilité, car bien d'autres conditions étaient requises dans une action en dommages-intérêts.

Pourtant, l'élément subjectif ne pose normalement aucun obstacle sérieux à la responsabilité de la puissance publique du fait des décisions illégales. Premièrement, il s'agit ici de la faute de l'organisation du service, et pas de la faute d'un ou plus fonctionnaires à identifier nominativement par le requérant. Surtout, la faute est présumée face à l'illégalité de la décision – ou du manque ou du retard de décision – se situant à l'origine du dommage. La présomption peut être surmontée lorsque les règles à appliquer à l'espèce sont nouvelles et obscures, ou si la jurisprudence est contradictoire<sup>33</sup>. Il faut souligner qu'en application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux affaires de marchés publics la faute, même présumée lorsqu'elle est présumée, ne peut pas être une condition de la responsabilité<sup>34</sup>.

Comme on le verra dans les développements qui suivent, les difficultés à surmonter par le requérant se situent plutôt au niveau du lien de causalité et de la preuve de dommage.

---

<sup>31</sup> Par exemple Cons. St., Sez. VI, 1<sup>o</sup> gennaio 2013, n. 633, *Urbanistica e appalti* 2013, 1085, note S. PONZIO, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*, et *Corriere giuridico* 2014, 652, note M.S. FORTE, *Quale la responsabilità della p.a. che ricerca il contraente, nella fase precedente la stipulazione del contratto?*, point 11.2.

<sup>32</sup> Voir R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, préc., 642 ss.

<sup>33</sup> Par exemple Cons. Stato, Sez. IV, 21-09-2015, n. 4375; Cons. Stato, Sez. III, 28-07-2015, n. 3707; Cons. Stato, Sez. III, 13-05-2015, n. 2410.

<sup>34</sup> Par exemple Aff. C-314/09 *Strabag* Rec. 2010, I-8769; voir T. KOTSONIS, 'The Basis on which the remedy of Damages must be Made Available under the Remedies Directive: Stadt Graz v Strabag AG (C-314/09), PPLR 2011, 3, NA59; voir aussi R. CARANTA, *Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation*, in *Rev. Eur. Adm. Law*, 2015, 84 ff.

## II.B.2.b. *La mise en œuvre de la responsabilité (spécifiquement en relation à la passation des contrats publics).*

Le droit des contrats publics fournit beaucoup d'arrêts qui illustrent les spécificités du droit italien en ce qui concerne la responsabilité de l'administration publique. Le point de départ est que dans la plupart des situations, le requérant ne peut se prévaloir de ce que si l'action de l'Administration n'avait pas été entachée d'illégalité, il aurait emporté le marché. En effet, dans les cas d'illégalité les plus graves, par exemple lorsque le marché n'a pas été mis en concurrence, le requérant n'a même pas pu soumettre son offre. Il faut donc raisonner en termes de probabilité et de perte de chances<sup>35</sup>.

La jurisprudence demeure pourtant très prudente. Le requérant est tenu de prouver que ses chances d'emporter le contrat dépassaient les 50%. Par exemple, dans une affaire jugée cette année, une entreprise avait obtenu l'annulation d'une procédure de licitation privée parce que le temps donné aux candidats pour soumissionner était trop court. Comme deux entreprises avaient soumissionné et six, dont le requérant, avait demandé sans succès la prorogation de l'échéance, le Conseil d'État a estimé que les chances du requérant étaient bien moins que les 50% requis par la jurisprudence<sup>36</sup>.

La prudence – voire la réticence – caractérise aussi la jurisprudence sur la responsabilité pour déloyauté dans les relations précontractuelles. Un cas limite, semble-t-il, est celui de l'avis de recherche immobilier publié par une société de la Province autonome de Trente en 2008 et ayant comme objet des immeubles existants ou à construire pour héberger la société de services informatiques de la Province. La société avait classé la procédure comme une compétition semi-officielle (*gara ufficiosa*) demandant aux participants de maintenir leurs offres jusqu'à la fin de l'année 2009. Les participants étaient aussi obligés à déposer auprès de la société des contrats de crédit en gage de garantie du caractère sérieux de leur proposition. Dans le même temps, la société indiquait de façon expresse qu'elle ne s'engageait pas à acheter l'immeuble résultant de l'offre classée la meilleure. Peu avant la fin de l'année 2009, la société informait les candidats qu'elle n'allait pas demander d'extension temporelle des garanties offertes. Un an plus tard, elle les informait de ce que la procédure était révoquée parce qu'entretiens la Province avait décidé de développer un pôle technologique ICT sur un site désaffecté. Le candidat classé deuxième, estimant que celui classé premier aurait dû être exclu et que dans tout cas son offre était la meilleure, se plaignit en justice d'avoir raté d'autres occasions de vente de son immeuble lorsqu'il était tenu de maintenir son offre auprès d'un pouvoir adjudicateur qui en réalité s'était très tôt déterminé à ne pas mener à bien les pourparlers.

Le tribunal de première instance avait fait droit partiellement à l'action en dommage-intérêts du requérant, en estimant que les agissements de la société de la Province manquaient de transparence et que les incertitudes s'étaient trop étirées dans le temps. Le Conseil d'État, au contraire, a exclu toute responsabilité de l'administration parce que a) le requérant avait été classé deuxième, mais en appel il n'avait pas réitéré l'action en annulation ; b) dans tous les cas, la responsabilité précontractuelle ne saurait être engagée avant le choix du contractant privé, et c) finalement, l'administration s'était, dès le début de la procédure, réservé le droit de ne pas passer le contrat<sup>37</sup>.

Le premier motif de la décision trahit les préférences de notre juridiction administrative. Du point de vue « culturel », le juge administratif a encore tendance à vivre son rôle comme celui de

---

<sup>35</sup> Voir dans R. CARANTA, *Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses*, D. FAIRGRIEVE – F. LICHÈRE (edds.), *Public Procurement Law*, 167 ss.

<sup>36</sup> Cons. Stato, Sez. V, 30-06-2015, n. 3249.

<sup>37</sup> Cons. St., Sez. V, 21-08-2014, n. 4272, point 5.

« gardien de la légalité de l'action administrative » plutôt que garant des droits des particuliers. Même si la Cour de cassation et le législateur affirment de façon très claire qu'une action en annulation ne constitue point une condition de recevabilité des actions indemnitaires, les juges administratifs devront plutôt changer d'attitude<sup>38</sup>.

Finalement, l'étude des cas d'espèce confirme que, bien que le droit italien ne s'oppose plus foncièrement à la responsabilité des administrations publiques pour leurs décisions illégitimes, la jurisprudence est toujours soucieuse qu'une telle responsabilité ne soit que rarement engagée.

## II.C. *La responsabilité pour fait du législateur et des services de justice.*

La responsabilité de l'État pour les faits du législateur (II.C.1) et du service de la justice (II.C.2.) a suivi une logique tout à fait différente, dont il faudra traiter de façon séparée.

### II.C.1. *La responsabilité de l'État pour les faits du législateur.*

La responsabilité pour le fait du législateur a une place résiduelle en Italie<sup>39</sup>. En général, le législateur peut causer des préjudices aux citoyens et aux entreprises sans que ça engage sa responsabilité. L'idée-force est qu'il n'y a pas de responsabilité du fait des lois. Déterminer si et dans quelle mesure des indemnités doivent être accordées demeure une décision politique.

Les lois inconstitutionnelles sont par contre normalement annulées de façon rétroactive. Par exemple, si la loi annulée avait supprimé un bénéfice, celui-ci sera accordé rétroactivement par l'Administration, ou plus fréquemment par le juge, avec, le cas échéant, des intérêts. On ne peut donc pas véritablement parler de responsabilité, même pour l'adoption de lois inconstitutionnelles.

Une question de responsabilité peut pourtant se poser en cas de manquement par le législateur, c'est-à-dire dans le cas où il n'épuise pas sa compétence. Cependant, il est très rare que le législateur ait l'obligation d'édicter des normes au profit des particuliers. Ce pourrait être le cas en matière de responsabilité du fait des dommages causés par les vaccinations obligatoires ou recommandées, déjà évoquées plus haut. Pourtant ces cas sont plutôt considérés comme des hypothèses de responsabilité des services de santé, et non comme de cas de responsabilité du fait de lois. En effet, une fois que la Cour constitutionnelle est intervenue, c'est la loi, telle que modifiée par la Cour, qui prévoit l'indemnité.

De surcroît, dans ce cas précis, le législateur est bien intervenu par la suite, en dictant les conditions régissant l'indemnité<sup>40</sup>. La responsabilité du fait des lois peut également découler d'une violation du droit de l'Union européenne. L'arrêt *Franco* de la Cour de justice, ayant ouvert les portes à la responsabilité des États membres pour violation du droit (alors) des Communautés, européennes concernait en effet un manquement à l'obligation de transposition d'une directive par le législateur italien<sup>41</sup>. Mais, fidèle à l'idée que le législateur ne peut mal faire, la Cour de cassation nous dit qu'il s'agit là d'une responsabilité *sui generis* n'ayant pas nature extracontractuelle, mais plutôt contractuelle<sup>42</sup>.

En outre, les actions doivent être dirigées contre le gouvernement plutôt que contre le Parlement.

<sup>38</sup> Voir R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, préc., 632 ss.

<sup>39</sup> Voir R. CARANTA, *La responsabilité de l'État italien en tant que législateur*, in *Rapports nationaux italiens au XV<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé*, Bristol, 1998, Milano, Giuffrè, 1998, 543.

<sup>40</sup> L. 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati).

<sup>41</sup> Affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Franco*, Rec. 1991, p. I-5357

<sup>42</sup> Cass. civ., Sez. Un., 07-05-2010, n. 11092 (ord.); Cass. civ. Sez. III, 17-05-2011, n. 10813.

Au-delà de la déférence des juges, les conditions pour la mise en jeu de cette responsabilité sont bien celles retenues par la Cour de justice.

## II.C.2. *La responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative*

La responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative soulève de longue date de nombreuses questions en Italie. Ceci notamment parce que ce thème a été très sensible du point de vue politique<sup>43</sup>.

La matière était régie par loi n° 117, du 13 avril 1988, sur la réparation des dommages causés dans l'exercice des fonctions juridictionnelles et la responsabilité civile des magistrats. Cette loi avait vocation à s'appliquer « à tous les membres des juridictions de droit commun, administrative, financière, militaire et spéciale, qui exercent une activité juridictionnelle, indépendamment de la nature des fonctions, ainsi qu'aux autres personnes qui participent à l'exercice de la fonction juridictionnelle ». Selon l'art. 2, toute personne ayant subi un dommage injustifié en raison d'un comportement, d'un acte ou d'une mesure judiciaire prise par un magistrat, ou s'étant rendu coupable de dol ou de faute grave dans l'exercice de ses fonctions, ou en raison d'un déni de justice, pouvait agir contre l'État pour obtenir réparation des dommages. Pourtant, selon l'al. 2 de la même disposition, « Dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, l'interprétation des règles de droit et l'appréciation des faits et des preuves ne peuvent pas donner lieu à responsabilité ».

Avec une telle limitation, il n'est pas étonnant que les actions en responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice aient échoué, à très peu d'exceptions près.

La Cour de justice des Communautés européennes avait pourtant jugé que les considérations « liées à la nécessité de garantir aux particuliers une protection juridictionnelle effective des droits que leur confère le droit communautaire s'opposent, de la même manière, à ce que la responsabilité de l'État ne puisse pas être engagée au seul motif qu'une violation du droit communautaire imputable à une juridiction nationale statuant en dernier ressort résulte de l'interprétation des règles de droit effectuée par cette juridiction »<sup>44</sup>.

L'opposition des juges, qui ont encore dernièrement jugé que les règles de la loi du 1988 étaient nécessaires pour garantir leur indépendance<sup>45</sup> avait déclenché un recours en manquement contre l'Italie<sup>46</sup>.

La toute récente loi n° 18 du 27 février 2015 prévoit que la violation manifeste de la loi ou du droit de l'Union européenne est constitutive d'une faute lourde. Il reste à voir quelle sera l'interprétation de la notion de violation manifeste retenue par les juges italiens.

### **III. Conclusions.**

En principe, la responsabilité des pouvoirs publics en Italie, et surtout celle des administrations publiques, suit de près le régime de droit civil applicable à la responsabilité entre particuliers. Le fondement de la responsabilité se trouve pourtant en principe dans l'article 2043 du Code civil,

---

<sup>43</sup> Pour se détacher de l'actualité on peut se référer à l'ouvrage classique de M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>44</sup> Affaire C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Rec. 2006, p. I-5177, point 33.

<sup>45</sup> Cass. civ., Sez. III, 03-01-2014, n. 41.

<sup>46</sup> Affaire C-379/10, *Commission / Italie* ECLI:EU:C:2011:775.

qui demande une action – ou dans certains cas une omission – contre la loi, le dol ou la faute, le lien de causalité et les dommages.

Pourtant, pour des motifs de solidarité, la responsabilité extracontractuelle de l'État peut par fois se passer de l'illégalité ou bien de la faute. Tel est le régime issu des affaires du sang contaminé et des vaccinations obligatoires, où des règles spéciales viennent à l'aide de ceux qui ne peuvent pas prouver soit l'illégalité, soit la faute<sup>47</sup>.

Des questions demeurent ouvertes pour les effets dommageables des décisions publiques qui n'ont pas d'équivalent précis en droit civil. Dans ces cas-là, les administrations publiques agissent en tant qu'autorités. La responsabilité prévue par le Code civil est celle des personnes qui n'exercent point de pouvoirs exorbitants. Dans le cas où la personne morale auteur des dommages jouit de tels pouvoirs, la jurisprudence administrative, et plus rarement – comme pour la responsabilité du fait du législateur et des services de justice – la jurisprudence judiciaire, se montrent fort prudentes, voire réticentes à engager pleinement la responsabilité des décideurs publics.

---

<sup>47</sup> Voir II.B.



*A* Aurélien ANTOINE  
*De* Matthias HAENTJENS, Charlotte PAVILLON et Michiel TJEPKEMA  
*Date* Le 31 Mars 2016  
*Sujet* SLC Fondements - Rapport des Pays-Bas

## **1 Bref aperçu historique**

Le droit néerlandais régissant la responsabilité de la puissance publique est une doctrine jurisprudentielle par excellence, développée par le juge civil, et seulement à un stade bien ultérieur (à partir de 1975 env.) par le juge administratif. L'arrêt Guldemonde/Noordwijkerhout (Cour de Cassation 31 décembre 1915) est généralement considéré comme point de départ de la responsabilité de la puissance publique. Dans cet arrêt, la Cour de cassation stipulait que ce n'est pas tant la nature du litige (*fundamentum petendi*) que le droit en vertu duquel le citoyen demande à être protégé (*objectum litis*) qui détermine la compétence du juge civil. Depuis, le juge civil est toujours compétent lorsque la personne lésée estime que la puissance publique a agi de façon illicite. A partir des années soixante-dix, la protection légale dans le cadre du droit administratif apparaît. La compétence du juge administratif porte en particulier sur des décisions administratives. En raison de l'existence parallèle de deux types de juges, il faut formuler des règles d'harmonisation, qui sont également développées par la jurisprudence. Dans ce cadre, une notion importante est la force de loi formelle, en vertu de laquelle une décision administrative qui aurait pu être contestée auprès du juge administratif ou a été contestée sans que cela n'ait entraîné une annulation du jugement, doit être considérée comme légitime. La notion d'« inversion de la force de loi formelle » s'est également développée, qui prévoit la situation dans laquelle une décision administrative a été contestée avec succès auprès du juge administratif. Dans ce cas, le juge civil part du principe que cette décision est illicite et ne s'en assure pas par lui-même.



Étant donné que la compétence du juge administratif aux Pays-Bas porte uniquement sur les décisions administratives, il était difficile d'attribuer aussi un rôle au juge administratif dans les litiges sur les indemnisations, étant donné que les organes administratifs n'ont pas vocation à se prononcer sur leur propre responsabilité. Le développement de la doctrine de décision administrative indépendante d'indemnisation (d'après la notion française de décision préalable) a cependant modifié cette situation. La section de juridiction administrative du Conseil d'État a jugé qu'une décision écrite d'un organe administratif concernant une requête portant sur un préjudice subi de façon prétendument illégale devait être considérée comme une décision administrative, et par conséquent pouvait faire l'objet d'un appel auprès du juge administratif. Elle a cependant posé comme condition qu'il puisse uniquement être fait appel de cette décision si la cause du préjudice pouvait aussi faire l'objet d'un appel. Pour des préjudices subis suite à une législation, des règles politiques et des agissements illicites, **il** fallait par conséquent (et il faut encore) saisir le juge civil. En outre, dans l'arrêt *Groningen/ Raatgever* **du** 17 décembre 1999, la Cour de cassation a décidé que la compétence du juge administratif à prendre connaissance des appels contre les décisions administratives indépendantes sur l'attribution d'indemnités ne remettait pas en cause la possibilité du citoyen de saisir le juge civil pour le même préjudice.

## 2 Critères pour déterminer la responsabilité de la puissance publique

Le droit néerlandais sur la responsabilité administrative repose principalement sur deux principes : la responsabilité sur la base d'un acte illicite et la responsabilité sur la base d'un acte licite. La responsabilité sur la base d'un acte illicite est régie par les mêmes règles que celles qui s'appliquent entre les citoyens. Dans ce cadre, c'est surtout l'art. 6:162 du Code civil néerlandais qui est important et les mêmes critères s'appliquent «



tout simplement » : illicéité, responsabilité, causalité et relativité. Une esquisse de l'interprétation de ces critères est donnée dans le rapport sur l'évaluation du préjudice. Les Pays-Bas ne connaissent pas de régime de responsabilité aggravée, dans lequel seule une illégitimité qualifiée peut entraîner une responsabilité. Dans certains domaines, en particulier la responsabilité en cas de contrôle défectueux, les critères définissant un acte illicite sont cependant si sévères que certains auteurs ont établi un parallèle avec la notion française de faute lourde. Ceci est également en rapport avec l'accent prononcé mis par le juge civil sur la nécessité que l'organe administratif ne doit pas être gêné dans ses tâches essentielles par des recours en responsabilité, dans la mesure où cela pourrait avoir des répercussions sur l'exercice de compétences administratives autonomes.

Par ailleurs, aussi bien dans les jugements du juge civil que du juge administratif, la notion de responsabilité du fait d'un acte licite a été développée. Cette responsabilité est presque entièrement régie par le principe d'égalité devant les charges publiques. La Section Juridiction administrative du Conseil d'État a reconnu ce principe pour la première fois comme fondement des décisions administratives indépendantes sur les préjudices en cas d'acte licite dans sa décision Van Vlodrop du 6 mai 1997. La Cour de cassation a reconnu le principe dans l'arrêt Staat/Lavrijsen du 30 mars 2001. Sur la base de ce principe, deux exigences cumulées s'appliquent pour avoir droit à une compensation : le préjudice doit être spécial et anormal, cette dernière condition signifiant que le préjudice doit aller au-delà des aléas normaux. Il existe dans l'intervalle un nombre considérable de jugements sur ce dernier critère en particulier.

Il faut noter que la responsabilité en cas d'acte illicite demeure pratiquement non réglementée sur le plan matériel. Bien que la loi-cadre sur les juges administratifs contienne quelques règles de procédure, les conditions dans lesquelles la responsabilité existe sont pratiquement intégralement de la compétence du juge (voir cependant ci-après le sujet de la responsabilité des organismes de surveillance financière). Il en va



autrement pour la responsabilité en cas d'acte licite, pour laquelle justement un grand nombre de dispositions spéciales (au niveau décentralisé, mais aussi au niveau de l'État) existent, dans lesquelles le principe d'égalité a été défini plus en détails. La disposition concernant l'indemnisation des préjudices de l'art. 6.2 de la loi sur l'Aménagement du Territoire est un exemple de ce qui précède. Elle stipule que des préjudices causés à des objets environnants à cause de mesures de planification sont considérés comme risque social normal pour en tout cas 2 % de la valeur des biens immobiliers.

### 3 L'étendue de l'irresponsabilité de l'Etat

En raison de la règle juridictionnelle étendue de l'arrêt *Guldenmond/Noordwijkerhout*, les citoyens ont pratiquement toujours la possibilité de laisser le juge civil se prononcer sur la responsabilité de la puissance publique. Cependant, certains actes font l'objet d'un régime spécial.

#### *Législation formelle*

Le juge civil ne peut pas se prononcer sur le caractère illicite d'une législation formelle, dans la mesure où il lui est interdit de traiter de la constitutionnalité des lois et des conventions (art. 120 de la Constitution). La Cour de cassation en a déduit que le contrôle de la législation formelle par rapport à des principes généraux du droit coutumiers n'était pas possible. Le contrôle d'une loi au sens formel par rapport à la Constitution est en revanche possible dans la mesure où il s'agit de circonstances dont il n'a pas été tenu compte dans le cadre du processus législatif. Lorsqu'il est avancé qu'une loi est en porte-à-faux avec de telles circonstances, il est alors concevable que le juge opère un contrôle de la loi par rapport à la Constitution. Dans les faits, il est toutefois rarement fait usage de cette « possibilité échappatoire ». La responsabilité d'un acte illicite peut cependant être basée sur un droit des conventions directement applicable,



provenant de l'UE ou de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 94 de la Constitution stipule que les dispositions légales en vigueur aux Pays-Bas, lois formelles incluses, ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun. Sur cette base, il est décidé avec une certaine régularité que l'État doit être tenu responsable des dommages découlant d'une loi au sens formel. L'exemple le plus connu est celui de l'affaire concernant la *Loi de restructuration sur les élevages porcins* (*Wet Herstructurering Varkenshouderij*) dans le cadre de laquelle la Cour de cassation a jugé que cette loi qui dépouillait les éleveurs porcins de certains « droits d'élevage de porcs » enfreignait l'article 1 du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme. Par rapport à cette affaire, la doctrine a fait remarquer que, ainsi, la Cour de cassation reconnaissait *matériellement* que la législation au sens formel pouvait faire l'objet d'un contrôle par rapport au principe de l'« égalité devant les charges publiques » étant donné que le contrôle opéré au regard de l'article 1 du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme s'apparentait fortement au contrôle de la loi par rapport au principe d'égalité. Formellement, il convient de constater que la Cour de cassation reste toujours fidèle au principe selon lequel il n'est pas possible de contrôler la licéité de la loi par rapport à des principes de droit. Parmi ceux-ci se trouve aussi le principe d'égalité. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'arrêt de la Cour de cassation *Van den Boomen/Staat* du 20 mars 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BG9951, NJ 2009/233, m.nt. Mok, AB 2011/224). La Cour de cassation considère, pour diverses raisons, que le contrôle de la licéité d'une loi au sens formel par rapport au principe d'égalité n'est pas possible. Tout d'abord parce que la loi au sens formel est un instrument d'une autre nature que les décisions des pouvoirs administratifs : une décision est en effet rendue par une instance administrative et a trait à une situation individuelle tandis que la législation au sens formel est adoptée par le législateur et contient des règles régissant un nombre indéterminé de situations. A notre opinion, il s'agit là d'un raisonnement critiquable étant donné qu'un grand



nombre d'actes qui peuvent être qualifiés d'actes administratifs au sens de la loi Algemene wet bestuursrecht, la loi générale néerlandaise sur le droit administratif (et donc étant des règles contraignantes de portée générale autres que des lois au sens formel) ne concernent pas des situations individuelles et ont un caractère général et impersonnel. En second lieu parce que la nature fondamentale de l'interdiction de contrôle de licéité posée par l'article 120 de la Constitution fait obstacle à toute forme de contrôle de licéité de la loi au sens formel par rapport à des principes généraux du droit. Or, selon la Cour de cassation, parmi ces principes se trouve également le principe d'égalité. La possibilité que le juge retienne la responsabilité du législateur au sens formel est toutefois, selon la Cour de cassation, en contradiction avec la « délimitation fondamentale, d'un point de vue constitutionnel, de la mission du législateur au sens formel par rapport à la compétence du juge. »

### *Responsabilité pénale*

Il est important d'aborder ici aussi un tout autre type de responsabilité que la responsabilité pour dommages matériels, à savoir la responsabilité pénale. Bien que, en général, la responsabilité pénale des personnes morales puisse être retenue, ce principe ne s'applique pas si aisément pour les personnes morales de droit public. Le principe ici suivi est que les dépositaires de l'autorité publique rendent compte devant le Parlement de leur responsabilité et que celle-ci ne doit donc pas être recherchée en empruntant la voie de la responsabilité pénale traditionnelle. Le principe mis en œuvre par la Cour de cassation (23 avril 1996, NJ 1996, 513, *Pikmeer I*) est qu'un acte qui, en raison de sa nature, ne peut être effectué que par un fonctionnaire public dans le cadre de l'exercice de la mission de service public dont l'instance publique en question a la charge, ne peut déboucher sur une responsabilité pénale. Le caractère exclusif de l'acte est donc fondamental. Toutefois, dans l'arrêt *Pikmeer II* (Cour de cassation, 6 janvier 1998, NJ 1998, 367), la Cour de cassation ouvrait la voie à la possibilité de poursuites pénales à l'encontre de pouvoirs publics décentralisés (les communes, les provinces, les syndicats



de gestion des eaux) en avançant que de telles poursuites ne seraient pas contraires au principe de la responsabilité politique des responsables politiques au sein des systèmes en question. La proposition de loi Wolfssen qui visait à mettre en place une responsabilité pénale de *l'ensemble* des personnes morales de droit public a toutefois été rejetée en 2015 par le Parlement néerlandais.

*Le « dommage d'ombre » (le dommage résultant de décisions du pouvoir exécutif étant encore en phase de préparation)*

La jurisprudence sur la responsabilité *sans faute* a trait en particulier aux dommages découlant d'actes et décisions aux effets contraignants (permis/licences, plans d'occupation des sols etc.). Mais de tels actes et décisions sont bien souvent précédés d'un important processus de réflexion. Ainsi, la modification d'un plan d'occupation des sols rendant possible la création d'une ligne de chemin de fer est par exemple souvent précédé de l'annonce des orientations envisagées et/ou nécessite préalablement l'engagement de procédures destinées à la prise de décisions par rapport à ce développement futur. Ces actes précédant la prise concrète de la décision finale peuvent, eux aussi, être sources de dommages. Le préjudice est causé par l'incertitude régnant par rapport à la réalisation matérielle des développements envisagés pour le besoin desquels un plan stratégique a été arrêté ou un processus décisionnel a été amorcé. En effet, ces développements futurs « sont dans les tuyaux » et les décisions qui seront nécessaires pour permettre de concrétiser les développements envisagés « projettent déjà leur ombre sur le futur ». Ainsi, il sera impossible pour des propriétaires de vendre leur bien immobilier ou bien ils devront les vendre à un prix inférieur. Pour les entreprises, il devient plus difficile (si ce n'est impossible) d'obtenir un financement en vue de la réalisation de leurs investissements.

Le droit positif néerlandais actuel ne prévoit aucun système de dédommagement du préjudice découlant de mesures n'ayant pas encore fait l'objet d'une mise en œuvre



effective mais dont l'effet dommageable s'est déjà produit. Cette problématique ne peut pas être résolue sur la base de la « Wet op de ruimtelijke ordening » (le code néerlandais de l'urbanisme) étant donné que celui-ci n'énonce pas la publication de projets comme une cause de préjudice retenue en droit. Cette problématique ne peut non plus être résolue sur la base du principe non écrit d'« égalité devant les charges publiques », étant donné que la Section droit administratif du Conseil d'État estime qu'il appartient au législateur d'organiser une solution à l'indemnisation de ce type de dommages. L'engagement d'un procès devant le juge civil sur la base de l'article 1 du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme a aussi, dans ce type de situation, peu de chances de connaître une issue favorable. D'un point de vue formel, on ne saurait certes parler d'une immunité légale du pouvoir exécutif mais, d'un point de vue matériel tel et tel est bien le cas.

#### **4 Responsabilité pour faute**

La responsabilité du pouvoir exécutif repose aux Pays-Bas sur deux piliers : la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute. La responsabilité pour faute concerne en principe – sauf les actes évoqués au par. 3 – l'ensemble des actes et agissement du pouvoir exécutif. Elle peut donc concerner des décisions individuelles ou des actes matériels mais également ce que l'on appelle la « législation administrative », à savoir la réglementation émanant des instances administratives. Pour certains actes s'applique toutefois un certain nombre de règles spécifiques, lesquelles seront explicitées ci-après.

##### *Responsabilité en raison de décisions annulées*

La responsabilité en raison de décisions illégales commence par l'annulation d'une décision par le juge administratif. Lorsqu'une décision n'a pas été annulée par le juge



administratif ou n'a pas été retirée par l'instance administrative elle-même, cette décision est alors considérée comme « légale » et celle-ci ne peut donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts sur la base d'une responsabilité *pour faute*. C'est ce que l'on appelle la « *force juridique formelle* » : la validité de la décision est présumée, tant en ce qui concerne le processus ayant conduit à la prise de décision que le contenu de la décision elle-même. Ce principe connaît une exception, mais celle-ci est toutefois rarement mise en œuvre. On peut penser à la situation dans laquelle on ne peut reprocher au demandeur de ne pas avoir suivi la voie du procès administratif ou lorsque l'instance administrative a reconnu le caractère illégal de la décision.

Lorsque la décision a été annulée par le juge administratif, celle-ci est en principe considérée comme illégale et, de ce fait, il est donc satisfait à l'une des conditions de la responsabilité sur la base de l'article 6:162 du Code civil néerlandais. Si le citoyen, dans une telle situation, s'adresse au juge civil, celui-ci ne contrôlera alors pas si la décision (annulée par le juge administratif) est illicite et l'illicéité est, par conséquent, présumée. La faute est elle aussi retenue, même lorsqu'aucun reproche ne peut être formulé à l'encontre de l'instance administrative. On vise ainsi à éviter que ne soient rendues des décisions contradictoires entre le juge civil et le juge administratif.

Outre l'illicéité, il faut encore se pencher sur les autres éléments essentiels que sont la causalité, la relativité et la faute personnelle de la personne lésée. Ce sont bien souvent les critères de relativité et de causalité qui viennent brouiller les cartes du jeu. Ainsi, l'exigence de causalité de l'article 6:98 du Code civil néerlandais est interprétée de telle façon que le dommage subi du fait d'une décision n'est reconnu que si celui-ci a un lien tel avec la décision que l'on peut reprocher à l'instance administrative ayant pris cette décision que celui-ci – vu notamment la nature de la responsabilité et du dommage – constitue une conséquence de cette décision. Tel n'est pas le cas lorsque, à l'époque où la décision illégale a été prise, une décision légale aurait pu être prise qui aurait débouché



sur le même dommage, tant au regard de sa nature que de son étendue. Il appartient à l'instance administrative ayant pris cette décision de démontrer que, à l'époque où la décision a été prise, une décision légale aurait également **pu** être prise.

Un exemple dans le cadre duquel une réclamation n'a pas aboutie en raison de l'absence de relativité concernait un cas dans lequel un permis de séjour n'avait pas été accordé à temps. La Section droit administratif du Conseil d'État a considéré que, la prise en temps utile d'une décision positive par rapport à la requête de l'étranger lui permet certes de commencer plus rapidement à fonder une existence aux Pays-Bas en percevant des revenus tirés d'allocations et en pouvant bénéficier d'autres avantages sociaux comme le remboursement des manuels utilisés dans le cadre d'études, mais que cela ne signifie pas qu'une décision correcte et prise en temps utile par rapport à sa demande de droit de séjour aux Pays-Bas vise à protéger ses intérêts patrimoniaux (ABRvS 13 avril 2007, AB 2008, 16). Le tribunal aurait par conséquent dû retenir que l'exigence de relativité faisait obstacle à l'indemnisation du préjudice matériel réclamée par l'étranger.

*Responsabilité d'une législation, n'étant pas une législation au sens formel.*

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1969, NJ1969/316 (*Pocketbooks*), il est possible d'obtenir une indemnisation des dommages subis du fait d'une législation illicite. Celle-ci peut faire l'objet d'un contrôle par rapport aux normes législatives (y compris par rapport à la Constitution) mais également par rapport aux principes de droit coutumiers. Le juge civil – étant exclusivement compétent par rapport à ce type d'actes – est pourtant réticent au regard d'un contrôle de la loi par rapport aux principes généraux du droit. Ainsi, il n'est fait droit à une demande visant à faire déclarer inapplicable une loi que lorsqu'il s'agit d'une norme « manifestement dépourvue d'effet contraignant ». En outre, **il** est important que le juge ne puisse pas décider de créer lui-même une réglementation, ceci même lorsque l'État agit de façon irrégulière en ne mettant pas en application dans les délais requis une directive de l'Union européenne



(Cour de cassation 21 mars 2003, *NT* 2003, 691, m.nt. TK ( *Waterpakt*)). Cette réticence s'explique aisément lorsque l'on songe au fait que le contrôle de la « législation administrative » par rapport aux principes généraux du droit conduit à mettre en concurrence ces deux valeurs que sont la démocratie et l'État de droit. En effet, le législateur et l'exécutif sont tous deux considérés comme ayant une légitimité démocratique sur la base de laquelle ils sont en droit de faire certains choix. Les juges quant à eux ne peuvent s'appuyer sur une telle légitimité et devront par conséquent se tenir en retrait lorsque la réalisation de choix outrepassé la mission de « genèse de principes juridiques » du juge. Cela n'empêche pas que la licéité de la législation peut « simplement » être contrôlée par rapport aux principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'effet rétroactif, le principe de confiance légitime et l'interdiction du détournement de pouvoir.

#### *La responsabilité de jurisprudence illégale*

La responsabilité de jurisprudence illégale est limitée depuis 1971 à la situation dans laquelle « lors de la préparation d'une décision judiciaire, des principes fondamentaux du droit ont été si gravement méconnus que l'on ne saurait parler d'un examen juste et impartial de l'affaire. » Il est possible que cette doctrine soit appelée à évoluer sous l'incidence du droit de l'Union européenne en matière de responsabilité de jurisprudence illégale. Dans l'affaire *Kobler*, l'État est en effet reconnu responsable en vertu du droit de l'Union européenne du dommage résultant d'une « violation manifeste » du droit de l'Union européenne par le juge national suprême. Dans un arrêt de juillet 2009, la Cour de cassation semble accueillir un tant soit peu plus favorablement la possibilité d'une responsabilité de jurisprudence illégale. L'État est désormais aussi responsable dans les cas dans lesquels il apparaît, à l'occasion d'une décision d'infirmer, qu'un juge a « a fait preuve d'une témérité intentionnelle ou consciente ou bien a agi avec un mépris grave et manifeste des règles présidant à l'exercice diligent de son office. » En application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union



européenne dans l'affaire Kahler, on devrait pouvoir aussi retenir, en vertu du droit de l'Union européenne, la responsabilité de l'État pour le dommage découlant d'une « violation manifeste » du droit de l'Union européen ne par un juge suprême national. Et pourtant, aux Pays-Bas, au cours de ces dernières années, aucun procès se fondant sur la jurisprudence Kahler n'a eu lieu. Et, pour cette raison, la doctrine a plaidé pour un ajustement de la jurisprudence actuelle et il a été argumenté que le juge néerlandais devrait accueillir une responsabilité pour l'ensemble des violations manifestes du droit par un juge se prononçant en dernier ressort, qu'il s'agisse du droit de l'Union européenne mais également de la Convention européenne des droits de l'homme ou bien encore du droit national. Toutefois, en 2016 ces vœux n'ont pas encore reçu de réponse favorable.

#### *Responsabilité pour faute lourde*

Aux Pays-Bas, les concepts de faute lourde ou de faute simple n'existent pas. Il a été exposé ci-dessus que dans le cadre de la responsabilité suite à l'annulation de décisions individuelles, le caractère illégal de ces décisions découle de l'annulation. Cela ne signifie toutefois pas que certains concepts dont il est tenu compte en droit français pour définir la notion de *faute lourde*, et notamment la nécessité de respecter la liberté de l'instance administrative au regard de la politique fixée, ne jouent aucun rôle aux Pays-Bas. En effet, pour l'ensemble des pouvoirs et missions mis en œuvre par l'exécutif, les dispositions légales s'appliquant offrent une marge de manœuvre certaine aux pouvoirs publics. La manière dont il est fait usage de cette discrétion doit être appréciée par le juge avec une distance suffisante ou de façon marginale. Il appartient en effet à l'instance administrative disposant de ce pouvoir ou bien chargée de la mission en question d'apprécier de quelle manière elle entend mettre en œuvre ce pouvoir ou exécuter la mission. Le juge n'est pas en droit de se substituer à l'instance administrative. En général, le principe est que plus l'instance administrative concernée jouit d'une discrétion pour la mise en œuvre du pouvoir de droit public qu'elle détient –



parce que celui-ci n'est pour le reste pas ou peu réglementé – plus la responsabilité de l'exécutif est réduite. L'exemple le plus éclatant en est l'activité de contrôle exercée par les organismes de surveillance. Lorsqu'ils octroient des permis/autorisations étant ultérieurement annulés, les organismes de surveillance sont responsables, tout comme les autres instances publiques, pour leurs décisions erronées. La responsabilité d'une autorité de surveillance financière sera d'autant moins facilement retenue que son pouvoir est (encore?) relativement discrétionnaire. L'arrêt *Vie d'Or* (Cour de cassation 13 octobre 2006, *NT* 2008, 527) nous apprend que l'appréciation portant sur le point de savoir si un organisme de surveillance agit de façon diligente et précautionneuse dépend des circonstances de l'espèce mais que les aspects dont le juge doit tenir compte à cette occasion ont trait à la responsabilité de l'entreprise, la grande discrétion en matière de politique suivie et la liberté d'appréciation dont jouit l'organisme de surveillance et que la question n'est pas de savoir si une autre décision aurait été meilleure.

Le principe selon lequel les Pays-Bas ne connaissent pas la notion de *faute lourde* supporte une exception : la responsabilité en raison d'un contrôle financier. La responsabilité des organismes de surveillance « ordinaires » est régie par l'acte illicite, mais pour les organismes de surveillance financière, par exemple la Banque des Pays-Bas et l'Autorité des marchés financiers (qui doivent exercer une surveillance sur les agissements des banques et autres institutions financières), il est question d'une limitation – unique en son genre aux Pays-Bas – de la responsabilité légale. Ces organismes sont uniquement responsables si le « préjudice est en grande partie la conséquence d'un exercice délibérément inconvenant des tâches ou d'un exercice délibérément inconvenant des compétences ou est pour une grande part dû à une faute grossière. »



La responsabilité sans faute est basée aux Pays-Bas sur le principe de l'égalité devant les charges publiques. Ce principe n'a pas été encore consigné dans une loi générale mais il existe un grand nombre de lois spéciales dont ce principe constitue le fondement. On peut songer dans ce cadre au dommage résultant de la planification spatiale décidée sur la base de la « Wet op de ruimtelijke ordening » (le code de l'urbanisme) et la loi néerlandaise sur l'eau (« Waterwet »). Ce principe est également reconnu en jurisprudence. Un exemple classique est celui de l'arrêt *Leffers* (Cour de cassation 18 janvier 1991, NJ 1992, 638). Dans celui-ci, la Cour de cassation a jugé que l'État néerlandais avait agi de manière illégale en prenant dans un laps de temps de quelques jours seulement un arrêté ministériel qui, pour certains producteurs de porcs, s'accompagnait de conséquences particulièrement négatives étant donné que – en raison du danger que se déclare de ce fait une épidémie de peste porcine africaine – ceux-ci n'avaient plus le droit de nourrir leurs porcs avec des déchets de cuisine et des abats (« swill »). Or, un certain groupe d'éleveurs de porcs qui, pour pouvoir faire tourner leur exploitation, étaient totalement dépendants d'une alimentation à base de swill ont été beaucoup plus fortement affectés par cet arrêté que des éleveurs porcins concurrents et ont subi, du fait de l'ampleur et du caractère inattendu de cette réglementation, un dommage qui, à l'opinion de la Cour de cassation, outrepassait le risque entrepreneurial normalement acceptable.

La compétence entre les ordres juridictionnels en cas de responsabilité *sans faute* (« nadeelcompensatie », soit la « l'indemnisation des nuisances causées par l'action licite de l'administration ») est complexe. En général, le juge administratif est compétent lorsque le dommage est causé par des actes dont la licéité peut être appréciée par le juge administratif. Cela signifie que, en général, une procédure civile doit être engagée lorsque le dommage est le fruit d'actes matériels, d'une loi ou de la mise en œuvre d'une



politique. Pour mettre fin à cette complexe répartition de compétences juridictionnelles, la loi « Wet nadeelcompensatie » (laquelle n'est pas encore entrée en vigueur) prévoit la possibilité, en cas de dommages résultant de l'exercice licite d'un pouvoir ou de la mise en œuvre légale d'une mission de droit public, d'adresser à l'instance administrative concernée une demande en réparation. La réponse de celle-ci est ensuite susceptible d'un recours en formant appel devant le juge administratif.

Toutefois, en général, les conditions devant être réunies pour obtenir réparation au titre de la « nadeelcompensatie » (l'indemnisation des nuisances causées par l'action licite de l'administration) sont strictes. La personne lésée doit en effet démontrer que celle-ci est soumise à une « charge spéciale ». On constate que, dans la jurisprudence actuelle, ce critère a toutefois une valeur ajoutée lorsqu'il ressort clairement des faits de l'espèce que plusieurs personnes sont affectées. Il ressort de la jurisprudence civile que, dans un tel cas, il convient de rechercher dans le groupe des personnes affectées lesquelles sont lésées de façon excessive. Le « groupe de référence » se compose donc des personnes souffrant d'un dommage causé par la même décision. En outre, il doit ressortir que la charge à laquelle il est fait face est anormale. Cette exigence est souvent assimilée à l'exigence selon laquelle le dommage subi doit être supérieur à celui découlant du risque social normal. Ainsi, la Cour de cassation a décidé dans l'arrêt *Leffers* que l'éleveur porcin se voyait imposer « une interdiction subite et drastique ». La mise en œuvre de l'acte lui-même doit donc être imprévisible (la mesure avait été imposée de façon « subite ») et l'acte doit être d'une particulière gravité (« drastique »).

Il est important de savoir que, en pratique, l'indemnisation des nuisances causées par l'action légale de l'administration a parfois une fonction « lubrifiante » dans le sens où elle permet de rendre acceptable certains projets contestés au sein de la société. Cette fonction doit être distinguée de la fonction purement compensatoire de la « nadeelcompensatie » dans le cadre de laquelle les citoyens ne peuvent obtenir un droit à



Page 16/21 compensation que dans des cas extrêmes (on peut songer ici à l'affaire Leffers). Lorsque le système de la « nadeelcompensatie » fonctionne comme « lubrifiant » pour rendre acceptable des projets contestés au sein de la société, il est alors dérogé à la norme minimale et le juge accorde parfois davantage que ce à quoi le citoyen a droit d'un point de vue strictement juridique. Un exemple de ce qui précède est la construction de la ligne de métro Nord-Sud (une ligne souterraine de près de 10 km) à Amsterdam qui a donné lieu à des travaux très longs et ayant parfois occasionné de terribles nuisances. Il s'agit d'un projet qui – aux Pays-Bas du moins – n'a pour ainsi dire pas de précédent : la construction d'un métro circulant sous la ville et qui a « dégénéré » tant en termes de coûts que de durée. En proposant aux entrepreneurs une compensation relativement généreuse, les procédures juridiques sont évitées.

Sur la base de la responsabilité sans faute, l'État néerlandais paye assez régulièrement des sommes d'argent importantes, notamment pour des dommages apparus dans le cadre de grands projets d'infrastructures. Un auteur a estimé que la somme totale en relation avec ce type de responsabilité se rapproche de celle payée au titre de la responsabilité pour faute.

## **6 La loi "Wet nadeekompensatie" (la loi sur l'indemnisation des nuisances causées par l'action licite de l'administration) et décisions illicites**

On sait que la question de la compétence en matière de responsabilité des pouvoirs publics est complexe. Afin de simplifier la situation dans cette branche du droit et, ainsi, la rendre moins obscure, a été adoptée en 2013 la loi précitée, la loi « Wet onrechtmatige besluiten en nadeelcompensatie » (qui se décline en une loi sur les décisions illicites et d'une loi sur l'indemnisation des nuisances causées par l'action



licite de l'administration). La première loi est déjà entrée en vigueur mais pas celle sur la « nadeelcompensatie ». Chacune de ces lois sera discutée tour à tour ci-après.

*La loi sur les décisions illicites*

La loi sur les décisions illicites contient principalement des dispositions de nature procédurale : elle met en place un système clair de détermination – pas toujours simple – de la compétence juridictionnelle en matière de décisions illicites. En ce qui concerne le droit matériel applicable, il conviendra de se référer aux dispositions du Code civil.

Il faut signaler que cette loi s'applique uniquement aux décisions pouvant être annulées par le juge administratif. En cas de préjudice subi suite à des décisions administratives ne pouvant pas faire l'objet d'un appel (règles générales à caractère obligatoire, règles politiques), le juge civil demeure exclusivement compétent. Par conséquent, cette loi concerne, en principe, surtout les dommages découlant de décisions individuelles. Ainsi, cette loi s'applique uniquement à des décisions ayant été annulées par le juge administratif. Avec l'introduction de la loi sur les décisions administratives illicites le 1er juillet 2013, le citoyen doit présenter directement une demande de réparation pour des décisions pouvant faire l'objet d'un appel, à l'aide d'une procédure de recours, après que le juge administratif a d'abord annulé cette décision. Dans ces cas, le juge administratif est compétent pour les litiges dans lesquels le préjudice s'élève à 25 000 € maximum ; au-delà, seul le juge civil est compétent. Pour des préjudices d'un montant inférieur à 25 000 € le citoyen peut en outre également choisir de saisir le juge civil au moyen d'une procédure d'assignation.

Il est intéressant de mentionner encore une autre composante de la nouvelle loi. Normalement, comme déjà dit, le juge administratif ne peut se prononcer que sur la licéité des décisions. Dans la nouvelle loi, celui-ci s'est vu attribuer la possibilité d'apprécier l'illicéité d'une décision précédant des actes matériels préparatoires. Celui-ci



Page 18/21 peut en effet aussi accorder une indemnisation pour des dommages étant la conséquence d' « autres actes illicites pris en vue de la préparation d'une décision illicite ». De façon plus générale, les professionnels **du** droit administratif se demandent si nous devrions continuer à faire preuve d'autant de ténacité dans notre analyse de la « décision )) comme « sésame » pour accéder au juge administratif, et cette disposition en est un exemple.

*La loi « Wet nadeelcompensatie » (la loi sur l'indemnisation des nuisances causées par l'action licite de l'administration)*

Enfin, la loi « Wet nadeelcompensatie » codifie le principe d'égalité devant les charges publiques dans la loi Awb (le code du droit administratif néerlandais). Cet article codifie dans son premier alinéa le principe d'égalité et crée une faculté générale pour les citoyens de demander à une instance administrative d'obtenir l'indemnisation du dommage apparu « dans l'exercice licite de ses pouvoirs ou l'exécution licite de ses missions en application du droit public ». Les décisions prises par l'instance administrative peuvent toujours faire l'objet d'un appel auprès du juge administratif lorsque la phase précontentieuse n'a pas pu permettre de déboucher sur une solution. De cette manière, il est mis un terme à la compétence du juge civil dans ce domaine. Même lorsqu'il s'agit d'agissements matériels licites ou lorsqu'une loi ou la mise en œuvre d'une politique licite sont sources de dommages, le juge administratif sera compétent. Bien entendu, ce droit est soumis à un certain nombre de conditions. Ainsi, l'article indique clairement que le dommage subi doit être supérieur à celui découlant du risque social normal et que le citoyen, « comparé à la situation dans laquelle se trouvent d'autres personnes », doit être excessivement affecté. D'autres conditions sont posées, telles que l'acceptation des risques et la faute personnelle. En outre, la loi contient des dispositions sur le recours à des experts en vue de conseiller sur la « l'indemnisation des nuisances de l'action de l'administration », la perception d'un droit



Page 19/21 de 500 € au plus (avant qu'une réclamation ne puisse être prise en compte), les délais impartis pour rendre une décision ainsi qu'un délai de prescription.

La loi « Wet nadeelcompensatie » n'est pas encore entrée en vigueur étant donné que le législateur est encore en train d'observer dans quelle mesure les lois spéciales contenant des dispositions sur l'indemnisation des nuisances de l'action de l'administration pourront continuer de coexister avec la loi « Wet nadeelcompensatie » lorsque celle-ci sera entrée en vigueur.

## **7 Remarques finales**

Un grand nombre de textes sur la responsabilité de la puissance publique ne sont pas tant consacrés aux conditions selon lesquelles la puissance publique peut être responsable, mais à la façon dont elle doit être tenue responsable. La délimitation des compétences juridictionnelles du juge civil et du juge administratif semble simple sur le papier, mais entraîne dans la pratique un grand nombre de litiges. La nouvelle loi sur les décisions administratives illicites semble simplifier cette situation mais il reste à voir si cette loi est simple à appliquer dans la pratique. Une chose est cependant sûre : cette loi a encore renforcé la position du juge civil dans les affaires relatives à la responsabilité de la puissance publique, alors que le rôle du juge administratif semble surtout limité à des affaires portant sur des intérêts financiers (plus) limités.

Quoiqu'il en soit, des arrêts intéressants portant sur les principes sont dans une certaine mesure prononcés. C'est ainsi que dans les années 2000-2010 est apparue une riche jurisprudence sur la responsabilité des organismes de surveillance et que récemment, la responsabilité de la puissance publique pour des méfaits commis par le passé, notamment ceux contre les militaires de Sulawesi du Sud dans les années 50 et le fait de



n'avoir pas procuré une protection suffisante à Srebrenica, attire l'attention. Le 16 juillet 2014, une cour néerlandaise a reconnu la responsabilité civile des Pays-Bas dans la mort de plusieurs centaines de musulmans bosniaques tués par les forces bosno-serbes lors de la chute de l'enclave en juillet 1995 (ECLI:NL:RBDHA:2014:8562). Très récemment, le Tribunal de La Haye a encore rendu un jugement frappant, dans lequel la puissance publique est tenue responsable du non-respect des obligations relatives au changement climatique (jugement Urgenda :ECLI:NL:RBDHA:2015:7145).

Dans les grandes lignes, on constate cependant une certaine prudence en matière de responsabilité de la puissance publique. Ainsi, le juge civil est toujours quelque peu réticent à accepter la responsabilité de la puissance publique. La doctrine de la « force légale formelle » est toujours appliquée de manière stricte par la Cour de cassation. L'argument se fondant sur la liberté de la puissance publique en matière de détermination et de mise en œuvre d'une politique et celui de la « faute personnelle » constitue toujours des moyens de défense efficaces invoqués par les pouvoirs publics contre la mise en jeu de leur responsabilité. En outre, les exigences de relativité et de causalité constituent encore une solide barrière contre l'extension de la responsabilité de la puissance publique.

Cette réticence s'observe également sur le terrain de la responsabilité sans faute. La détermination de ce qu'est le risque social et l'appréciation du juge à cet égard devront très probablement faire l'objet, au cours des années à venir, d'une attention toute particulière dans le cadre du droit relatif à l'indemnisation des nuisances de l'action de l'administration en général et au droit de la planification spatiale en particulier. Nous ne serions pas surpris si, dans les années à venir, les débats venaient à se concentrer sur l'idée selon laquelle l'indemnisation des nuisances de l'action de l'administration est un régime d'indemnisation réservé à des cas extraordinaires et spéciaux. De cette manière, d'un point de vue international, le droit néerlandais de l'indemnisation plutôt généreuse



Page 21/21 des nuisances causées par la puissance publique, serait alors plus en adéquation avec ce qui se fait dans d'autres pays en la matière.

# La Responsabilité Administrative en droit anglais

Duncan Fairgrieve  
François Lichère

## Introduction

Au premier abord, le contraste est grand entre le droit français et le droit anglais de la responsabilité. En France, la jurisprudence s'est construite sur les bases du célèbre arrêt *Blanco*, un droit spécifiquement *public* de la responsabilité.<sup>1</sup> Sur un principe général de responsabilité pour faute, les activités de la puissance publique sont susceptibles d'engager leur responsabilité. A côté de cette responsabilité fondée sur la faute, la jurisprudence a retenu des hypothèses de présomption de faute et surtout de responsabilité sans faute.

L'approche et la structure du droit anglais de la responsabilité sont très différentes du droit français.<sup>2</sup> C'est un régime qui reste attaché à la notion de faute et souligne l'importance de la responsabilité individuelle. En principe, en droit anglais il n'existe pas de particularité des principes de responsabilité en fonction de l'identité de la personne, publique ou privée, mais l'approche traditionnelle des juridictions est très protectrice de la puissance publique. Nous allons examiner les principes fondamentaux de responsabilité en droit anglais.

Les apparences peuvent être trompeuses. En fait, lorsqu'est examinée de près l'approche des juges dans les deux pays sur des questions précises, le raisonnement juridique n'est pas toujours très éloigné et les résultats sont souvent plus proches de ce qu'on aurait pu penser de prime abord.<sup>3</sup>

Le point de départ est nécessairement de rappeler le contexte historique de la responsabilité administrative à l'anglaise.

## La responsabilité : le contexte historique

En matière de la responsabilité, le point de départ historique du droit français et anglais était marqué par l'irresponsabilité. « *Le Roi ne peut mal faire* » disait un adage de l'Ancien Régime qui avait son équivalent dans le droit anglais : « *The King can do no wrong* ». <sup>4</sup> Cette position peut bien évidemment s'expliquer par la notion d'immunité du Monarque, mais il est également dû à des raisons d'ordre procédural – due à l'impossibilité d'assigner le Monarque devant ses propres tribunaux!

Revenant vers le temps moderne, la transition vers le régime moderne de la responsabilité s'est fait en France et en Angleterre - paradoxalement d'ailleurs pour des pays représentant des traditions *common law* et *civil law*- par le *case law* pour la responsabilité administrative et la loi (Crown Proceedings Act 1947) en droit anglais.

---

<sup>1</sup> TC 8 Février 1873, *Blanco*, D.1873.3.17

<sup>2</sup> Voir B. Stirn, D.Fairgrieve et M.Guyomar, *Droit et Libertés en France et au Royaume Uni*, Odile Jacob, 2006.

<sup>3</sup> *Op. cit.*

<sup>4</sup> Même si en droit anglais, il existe des controverses sur le sens exact de cet adage. Certains auteurs considèrent que le Monarque n'étant pas autorisé de faire un tort, il était soumis au droit commun comme ses sujets. Néanmoins, ce qui est sûr, c'est que le Roi bénéficiait des protections procédurales très importantes : voir Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (2003, Oxford University Press) page 8.

En Angleterre, suite à la réforme de 1947, la question de responsabilité devait ne plus poser de problème en théorie puisque le principe d'égalité, tel que conçu par le Professeur Dicey, voulait que les actions contre la puissance publique soient entendues par les tribunaux ordinaires et par l'application des mêmes principes aux personnes privées qu'aux personnes publiques. Paradoxalement, malgré l'adage de Dicey, l'approche traditionnelle des juridictions a été très protectrice de la puissance publique. Si c'est le Tribunal des conflits qui a énoncé dans le célèbre arrêt *Blanco* que la responsabilité de la puissance publique « n'est ni générale, ni absolue » et qu'il faut tenir compte des « besoins du service et (de) la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Et pourtant, c'est dans la jurisprudence issue des juridictions anglaises que cette spécificité de l'action administrative a eu le plus d'impact sur le contenu de la règle de droit en matière de responsabilité.

En droit anglais, le principe d'égalité tel que conçu par le célèbre juriste Dicey veut que les actions contre la puissance publique soient entendues par les tribunaux ordinaires et que les mêmes principes de droit privé s'appliquent tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques.<sup>5</sup> A l'inverse de la structure élégante du droit de la responsabilité en France, la position du droit anglais est complexe et technique. Il n'existe pas de principe général de la responsabilité. Au contraire, il existe une fragmentation de la responsabilité civile. En droit anglais, il y a un grand nombre de « torts »,<sup>6</sup> tous avec des règles différentes en matière de faute et dommage.

Tous les « torts » peuvent potentiellement être invoqués dans des actions contre la puissance publique, même si de nos jours le « tort » de négligence est le plus fréquemment invoqué par les demandeurs d'indemnité à l'encontre des personnes publiques. En effet, ce « tort » tend à devenir un principe *de jure* de responsabilité. Il repose sur la preuve de certains éléments : une faute, la violation d'un devoir de prendre soin, une causalité et un préjudice.<sup>7</sup>

De plus, et par exception au principe d'égalité, il existe un « tort » entièrement dédié à des actions contre la puissance publique, nommé « misfeasance in public office ». Né au XVII<sup>ème</sup> siècle, dans le contentieux concernant la corruption lors des élections ou dans l'attribution de permis commerciaux, ce tort est de nouveau d'actualité dans des litiges concernant les instances de régulation.<sup>8</sup>

### **Primauté de la faute en droit anglais**

En droit français, la responsabilité sans faute a été définie de façon purement prétorienne, en s'appliquant principalement dans quatre séries de cas. Tout d'abord, elle s'applique de manière traditionnelle aux dommages causés par les travaux ou ouvrages publics en bénéficiant aux collaborateurs, en particulier occasionnels, de l'administration.<sup>9</sup> Elle couvre des activités, menées dans l'intérêt général, qui entraînent des risques particuliers.<sup>10</sup> Elle permet enfin d'obtenir réparation de dommages graves et spéciaux provoqués par des décisions qui ne sont pas ou qui, par hypothèse, ne peuvent être entachées d'illégalité, comme des mesures légales de police et

---

<sup>5</sup> Voir A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (10th edn, London, 1959).

<sup>6</sup> Terminologie hérité d'un mot normand 'tort' pour indiquer les divers cas d'ouverture d'une action en responsabilité civile.

<sup>7</sup> Dans le contentieux concernant la police judiciaire, des autres « torts » tel que battery, false imprisonment, malicious prosecution sont néanmoins souvent invoqués.

<sup>8</sup> *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

<sup>9</sup> CE, 21 juin 1895, Cames ; 22 novembre 1946, commune de Saint-Priest-la-Plaine

<sup>10</sup> CE, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers

surtout comme des lois<sup>11</sup> ou des traités internationaux<sup>12</sup> dont il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la validité.

La *common law* reste très attachée à la notion de faute, et ceci est apparent à travers le droit de la responsabilité administrative. Certes, il existe des cas de responsabilité sans faute, connus en anglais sous la terminologie de « *strict liability* ». Mais, les torts relevant de « *strict liability* » ont une importance réduite en matière de responsabilité administrative. C'est le cas du « tort » de « *Rylands v Fletcher* ». Ce tort prend en effet son nom d'une décision célèbre de la Chambre des Lords qui a énoncé le principe selon lequel le propriétaire d'un terrain est responsable du dommage causé par la fuite de ce qu'il a accumulé sur son terrain dans l'exercice d'une activité anormale (*non natural*), et ce même s'il n'y a pas eu faute de sa part.<sup>13</sup>

Même si aux Etats-Unis, *Rylands v Fletcher* a engendré un principe large de la responsabilité sans faute, en droit anglais, l'application de ce principe est restée très restreinte. Les tentatives d'élargir la notion de responsabilité sans faute dans des torts traditionnels tel que celui de nuisance ont été plutôt rejetées.<sup>14</sup>

### Approche restrictive de la responsabilité

En droit français, il existe une notion très étendue de la faute. Toute illégalité vaut faute. Une faute peut également résulter, indépendamment de toute décision, d'un agissement quelconque de l'administration. Une organisation défectueuse du service ou un mauvais fonctionnement constituent une faute.

Les choses sont différentes en droit anglais. En droit anglais, il existe une approche essentiellement privatiste des actions en responsabilité administrative : les tribunaux ont tendance à concevoir des actions comme des cas de « professional negligence » (responsabilité des personnes exerçant une activité professionnelle).

Contrairement au droit français, la simple illégalité de l'acte administratif ne vaut pas faute. Il faut démontrer une faute selon la conception privatiste de la notion : c'est à dire dans le cas de « negligence » une violation du devoir de prendre soin (*breach of a duty of care*). Le tort de « breach of statutory duty », qui reprend dans un certain sens l'idée de responsabilité pour violation d'une norme, a été qualifié de responsabilité sans faute en droit anglais.<sup>15</sup> Ceci est l'une des raisons pour lesquelles ce tort a été strictement interprété par les tribunaux.

La notion de faute en tant qu'agissement de l'administration a été restrictivement interprétée par les juridictions anglaises. Malgré le principe d'égalité évoqué par Dicey, une approche différenciée a été adoptée par les juridictions anglaises dans des actions contre la puissance publique. Le tort de negligence a été restrictivement appliqué, notamment dans des cas concernant les activités de la police,<sup>16</sup> des pompiers,<sup>17</sup> des services sociaux,<sup>18</sup> des autorités de régulation financière,<sup>19</sup> et des instances d'urbanisme.<sup>20</sup>

---

<sup>11</sup> CE, 14 janvier 1938, SA des produits laitiers La Fleurette

<sup>12</sup> CE, 30 mars 1966, compagnie générale d'énergie radioélectrique.

<sup>13</sup> *Rylands v Fletcher* (1868) LR 3 HL 330.

<sup>14</sup> voir Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (2003, Oxford University Press).

<sup>15</sup> *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633, 747.

<sup>16</sup> *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53.

<sup>17</sup> *Capital & Counties PLC v Hampshire County Council* [1997] QB 1004.

<sup>18</sup> *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633. See J. Wright, 'Local Authorities, the Duty of Care and the European Convention on Human Rights' (1998) 18 OJLS 1.

## Fondements de la responsabilité

Nous avons déjà vu que la *common law* reste attachée à la notion de responsabilité individuelle. Les systèmes français et anglais ont adopté des approches très différentes sur la question de savoir qui doit assumer les conséquences dommageables d'une activité à risque exercée dans l'intérêt public.

En France, est évoquée la nécessité d'éviter que les administrés soient affectés de façon disproportionnée par des activités de la puissance publique. Des activités menées dans un intérêt collectif ne doivent pas entraîner de préjudice particulier pour tel ou tel individu, qui serait alors victime d'une rupture d'égalité devant les charges imposées à tous.

Les fondements de la réparation dans la *common law* sont très différents. Les tribunaux anglais ont eu tendance à considérer que les conséquences des risques créés par des activités de la puissance publique devraient peser sur l'individu plutôt que la collectivité :

« Les services publics du gaz, de l'eau ainsi que de l'électricité sont presque une nécessité de la vie moderne, ou du moins sont en général considérés comme des besoins requis par l'intérêt commun, l'un ou plusieurs d'entre eux sont très rapidement installés dans chaque village et hameau du pays sous la contrainte ou la sanction législative. Il paraîtrait donc étrange que ces installations si recherchées par la communauté et approuvées par le législateur soient à l'origine d'action en responsabilité ».<sup>21</sup>

Par ailleurs, les tribunaux ont considéré que le fait que le dommage soit la conséquence logique et nécessaire de l'activité administrative conférerait à celle-ci une irresponsabilité. Cette approche, frappante aux yeux des juristes continentaux, est justifiée par les tribunaux anglais comme suit :

La philosophie fondamentale est simplement que l'intérêt public résultant de la construction et de l'utilisation d'ouvrages publics comme celle du chemin de fer doit primer sur les droits privés des propriétaires et occupants des terrains avoisinants afin que leurs droits découlant de la *common law* ne soient pas violés par ce qui serait autrement passible d'une action en nuisance. En résumé, l'intérêt privé doit céder devant l'intérêt public.<sup>22</sup>

Dans la *common law*, les juges ont adopté une approche très pragmatique de la notion de responsabilité en tenant compte ouvertement des contraintes de l'action administrative pour formuler les principes de responsabilité administrative.

C'est le Tribunal des conflits qui a énoncé dans le célèbre arrêt *Blanco* que la responsabilité de la puissance publique « n'est ni générale, ni absolue » et qu'il faut tenir compte de la spécificité de

---

<sup>19</sup> Par exemple *Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175; *Davis v Radcliffe* [1990] 2 All ER 536. Voir C. Hadjiemmanuil, *Banking Regulation and the Bank of England* (London, 1996), chapter 5; H. McLean, 'Negligent Regulatory Authorities and the Duty of Care' (1988) 8 OJLS 442.

<sup>20</sup> *Strable v Dartford BC* [1984] JPL 329; *Lam v Brennan* [1997] PIQR P488; *Ryeford Homes Ltd v Sevenoaks District Council* [1989] 2 EGLR 281.

<sup>21</sup> *Dunne v North Western Gas Board* [1964] 2 QB 806, 832. "Gas, water and also electricity services are well-nigh a necessity of modern life, or at least are generally demanded as a requirement for the common good, and one or more are being taken with considerable despatch to every village and hamlet in the country with either statutory compulsion or sanction. It would seem odd that facilities so much sought after by the community and approved by their legislators should be actionable at common law."

<sup>22</sup> *Allen v Gulf Oil Ltd* [1981] AC 1001, 1023: « The underlying philosophy plainly is that the greater public interest arising from the construction and use of undertakings such as railways, must take precedence over the private rights of owners and occupiers of neighbouring lands not to have their common law rights infringed by what would otherwise be actionable nuisance. In short, the lesser private right must yield to the greater public interest.»

l'action administrative en déclarant qu'« elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Et pourtant, c'est dans la jurisprudence issue des juridictions anglaises que cette spécificité de l'action administrative a eu un impact décisif sur le contenu de la règle juridique de la responsabilité.

En adoptant une approche restrictive de la responsabilité de l'Etat, les juridictions anglaises se sont prévaluées de la position particulière de l'action administrative. En ce qui concerne le tort de « négligence », les tribunaux ont évoqué plusieurs raisons pour refuser de reconnaître la responsabilité d'une personne publique, faisant référence à une série de *policy reasons* (justifications de politique jurisprudentielle). Les juridictions craignaient en particulier d'entraver l'action de l'administration<sup>23</sup> dans des domaines où les actes et décisions qu'elle doit prendre sont très sensibles et délicats.<sup>24</sup> Derrière certaines décisions, on trouve aussi une considération budgétaire, par souci de protection des deniers publics.<sup>25</sup>

### **Des tendances au rapprochement<sup>26</sup>**

Malgré ces différences d'approche et de fondement, il est possible de déceler une évolution parallèle dans les deux pays en ce qui concerne la notion de risque et de réparation.

Tout d'abord, nous sommes tous confrontés à des nouveaux phénomènes de risque. Il existe des risques sériels en matière pharmaceutique, avec la crise concernant les vaccinations (thalidomide) dans les années 70 et plus récemment encore avec le sang contaminé, l'hormone de croissance ou l'amiante.

En dehors du risque sériel, il existe d'autres domaines dans lesquels des risques individuels ont touché la sensibilité nationale. Deux exemples frappants sont à citer, dans le domaine médical, l'aléa thérapeutique et dans le domaine de régulation les risques financiers par exemple suite à des défaillances des banques. Dans tous ces cas, il existe une apparition de risques minimes avec des effets disproportionnés pour les victimes.

L'avènement de ces nouveaux phénomènes de risque a fait évoluer les fondements de réparation. En premier lieu, les règles du droit de réparation ont changé afin de tenir compte de ces risques. L'un des premiers exemples se trouve au niveau européen, où la directive sur les produits défectueux a été promulguée en partie en raison de la crise concernant les vaccinations. A été instauré un régime harmonisé de responsabilité sans faute des fabricants des produits. Transposée au niveau national, cette directive a été invoquée dans des cas de risques sériels.<sup>27</sup>

Nous trouvons également d'autres exemples de l'influence sur la jurisprudence. En matière médicale, les juridictions françaises ont développé des solutions novatrices en matière d'aléa thérapeutique.<sup>28</sup> Récemment dans un contentieux né des contaminations par l'amiante, les juridictions ont sanctionné l'abstention de l'administration. L'administration française n'avait pas prévenu de manière adéquate, compte tenu des données scientifiques alors disponibles, les

---

<sup>23</sup> *Rowling v Takaro Properties Ltd* [1988] AC 473, 502; *Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175, 198; *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53, 63.

<sup>24</sup> *X(Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633, 750.

<sup>25</sup> *Phelps v Hillingdon LBC* [1999] 1 WLR 500, 522 (CA). Infirmé par la Chambre des Lords : *Phelps v Hillingdon LBC* [2001] 2 AC 619.

<sup>26</sup> Voir B. Stirn, D.Fairgrieve et M.Guyomar, *Droit et Libertés en France et au Royaume Uni* (2006, Editions Odile Jacob).

<sup>27</sup> *A and Others v National Blood Authority and another* [2001] 3 All E.R. 289; [2001] Lloyd's Rep. Med. 187 (Hépatite C)

<sup>28</sup> CAA Lyon, 21 décembre 1990, *Gomez*, [1990] Rec 498 ; CE 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec 127..

risques courus par les travailleurs exposés à des produits contenant de l'amiante et avait ainsi commis une faute de nature à engager de la responsabilité de l'Etat.<sup>29</sup>

Au Royaume Uni, l'indemnisation pour des conséquences d'accidents médicaux est en cours de réforme suite à une série de rapports en matière de responsabilité médicale.<sup>30</sup>

Un deuxième développement face à ces cas de risques est le développement en parallèle d'autres voies de réparation que l'action en responsabilité devant le juge. Le législateur a mis en place des mécanismes de solidarité pour assurer une réparation forfaitaire de certains risques ressentis comme relevant de la solidarité nationale. En France ont ainsi été créés des fonds d'indemnisation chargés de verser une réparation aux victimes d'attentats terroristes, aux hémophiles contaminés par le virus du SIDA, et, en vertu de la loi du 4 mars 2002, aux patients qui subissent un préjudice grave imputable à un aléa thérapeutique. Dans ces différentes hypothèses, assurance et solidarité l'emportent sur la responsabilité.

Au Royaume Uni, des fonds ont été créés pour répondre aux besoins de ceux qui ont subi un préjudice dû au sang contaminé (SIDA et Hépatite C) et pour réparer les conséquences des vaccinations obligatoires. Les risques liés à l'aléa thérapeutique ont aussi provoqué une réforme en matière médicale, toutefois moins importante que celle ayant eu lieu en France.

Il faut noter qu'en droit anglais, les modes alternatifs de réparation sont également très développés. Il existe une tradition de versement d'indemnité basé sur l'équité (*ex gratia payments*)<sup>31</sup> et ce même dans le cas où les principes juridiques ne l'imposent pas. L'intervention de l'un des médiateurs, le Parliamentary and Health Service Ombudsman ou Local Government Ombudsman, dont l'action s'appuie sur des principes inspirés du droit administratif français,<sup>32</sup> permet souvent aux administrés d'obtenir réparation au terme d'une procédure rapide et peu onéreuse.

Cette évolution en droit anglais a été complétée par une évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité administrative.

## Evolution de la jurisprudence anglaise

L'approche traditionnelle des juridictions était restrictive en matière de responsabilité de la puissance publique. Il est possible de voir le début d'un changement.

La tendance actuelle est en faveur d'un élargissement des conditions d'action en responsabilité administrative. Dans une série de décisions récentes, les juridictions ont dans le cadre des actions en « négligence », imposé des devoirs juridiques de « *prendre soin* » (*duty of care*) dans des domaines d'activité administrative jadis jouissant d'une quasi-irresponsabilité.<sup>33</sup> Cette tendance se trouve renforcée par les développements concernant le « tort » de « *misfeasance in public office* » puisque la Chambre des Lords, dans deux arrêts récents portant sur un litige initié par des déposants contre la Banque d'Angleterre, pour défaut de surveillance de la Bank of Credit and

---

<sup>29</sup> CE, 3 mars 2004, ministre de l'emploi et de la solidarité c/ consorts Borella.

<sup>30</sup> *Learning from Bristol: the report of the public inquiry into children's heart surgery at the Bristol Royal Infirmary 1984 –1995* (Command Paper: CM 5207), Chief Medical Officer, *Making amends: a consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS* (2003).

<sup>31</sup> Voir C. Harlow and R. Rawlings, *Law and Administration* (London, 1997) chapitre 18.

<sup>32</sup> N. Lewis, M. Seneviratne, and S. Cracknell, *Complaints Procedures in Local Government* (Sheffield, 1987) para 2.11.3

<sup>33</sup> Notamment dans des cas concernant les activités des services sociaux et de la police : voir P.P. Craig and D. Fairgrieve, 'Barrett, Negligence and Discretionary Powers' [1999] PL 626.

Commerce International, a assoupli considérablement les conditions du tort en acceptant que la Bank of England puisse être responsable en dehors d'une faute strictement intentionnelle.<sup>34</sup>

Cette évolution est le fruit de plusieurs influences. Tout d'abord, la jurisprudence a été fortement influencée par le droit européen.<sup>35</sup> Le droit communautaire ainsi que la CEDH ont fait une contribution importante au renouvellement du droit de la responsabilité administrative. Tout d'abord, le droit communautaire a permis aux juges d'appliquer des règles de nature différente de celles du droit commun, inspirant le développement de toute la responsabilité par un « effet de contagion » (spill over effect).<sup>36</sup> La Convention européenne a également eu un impact considérable. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg a, au travers du dialogue entre les juges nationaux et internationaux, participé à l'ouverture des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité.<sup>37</sup>

L'évolution vient aussi d'un changement de mentalité des juges. Il existe maintenant une reconnaissance de l'importance du droit des victimes. Les « policy reasons » en faveur de l'administration ont moins de poids et les juges ont commencé à donner la priorité à la nécessité d'indemniser les victimes. Comme a été énoncé par Lord Bingham : « le principe d'ordre public qui doit primer en droit est celui selon lequel les torts doivent être réparés. »<sup>38</sup>

### **La responsabilité en matière militaire : le problème de la « justiciabilité »**

Comme dans le droit américain, la jurisprudence anglaise de la responsabilité a été souvent confrontée à la question récurrente de savoir comment tracer le contour de ces zones au-delà desquelles les juges ne peuvent pas s'aventurer – les zones de non-droit. Comme Jeffrey Jowell l'a écrit dans un article devenu célèbre « Which decisions Should Judges Not Take ? » - c'est à dire quelles questions ne sont tout simplement pas justiciables ?

Cette évolution et les difficultés y afférentes sont illustrés par un arrêt de la Cour Suprême en 2013 concernant la responsabilité en matière militaire, *Smith v Ministry of Defence*.<sup>39</sup> Ce litige portait sur la qualité de l'équipement et matériel militaire utilisé en Irak. Les demandeurs considéraient que cet équipement était défectueux et que la formation concernant notamment les véhicules utilisés était inadéquate. Afin de contourner l'irresponsabilité de la puissance publique concernant les actes « *in the heat of the battle* », les victimes et leurs familles ont choisi de poursuivre le Ministère de la défense sur la base du tort de négligence (ainsi que pour la violation de l'Article 2 CEDH) pour des fautes dans l'organisation et préparation des opérations militaires (« *in the planning and preparation of active operations against the enemy.* »)

La Cour Suprême a été divisée par cette question – sans doute à cause de l'enjeu du litige car en réalité cet arrêt posait des questions fondamentales concernant le rôle du juge. Quatre des sept juges ont finalement conclu en faveur des demandeurs en les autorisant à intenter un procès. Les opinions dissidentes de Lord Mance et de Lord Carnwath étaient néanmoins très hostiles à toute action concernant l'activité militaire de près ou de loin, même en ce qui concerne la préparation

---

<sup>34</sup> *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

<sup>35</sup> Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (2003, Oxford University Press). Voir *JD v East Berkshire Community Health* [2003] EWCA Civ 1151.

<sup>36</sup> En particulier l'absence d'un lien entre l'illégalité d'un acte administratif et la faute dans le contentieux de responsabilité a été remise en cause en partie par l'apport du droit communautaire.

<sup>37</sup> Voir J-P. Costa, « The Provision of Compensation under Article 41 of the ECHR » dans *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* (Bücl, 2002).

<sup>38</sup> *M (A Minor) v Newham London Borough Council* [1995] 2 AC 648, 663.

<sup>39</sup> [2013] UKSC 41.

des opérations de guerre. Lord Mance considérait que c'était un domaine dans lequel "*the common law should not tread*"<sup>40</sup> puisqu'indissociable des activités militaires. A titre d'illustration, Lord Mance a posé la question de savoir si "*many disastrous casualties of the First World War have been avoided if the War Office had recognised the significance of the proposal for a tank* »<sup>41</sup>.

La majorité des 4 juges dans *Smith v Ministry of Defence* ont pris une autre position. Lord Hope a considéré qu'alors que les tribunaux ne pouvaient pas examiner les fondements politiques des décisions prises, ou l'aspect financier du budget militaire, ou bien évidemment les décisions prises concernant l'utilisation du matériel militaire sur le terrain, les questions d'organisation en amont de la fourniture de l'équipement militaire étaient tout à fait justiciables, surtout dans le contexte d'un marché public soumis aux contraintes européennes.

Quelles sont les leçons à tirer de cet arrêt? Cet arrêt conforte l'analyse du recul des zones de non-droit, qui a déjà été constaté auparavant. Il semblerait que le juge anglais est prêt maintenant à examiner de près certaines décisions qu'il aurait eu plus de réticence à considérer il y a 10 ou 15 ans. D'ailleurs, Lord Hope a -dans son 'leading judgment'- indiqué que l'irresponsabilité de la puissance publique en matière des activités de guerre ("*combat immunity*") devrait être conçu de façon restrictive. Mais l'aspect le plus frappant est que le juge n'hésite pas à faire un tri concernant les questions qui lui sont posées afin de s'assurer que les questions sont vraiment "justiciables."

### **Responsabilité de la police**

En matière de responsabilité de la police, l'approche traditionnelle a été plutôt restrictive car les tribunaux ont souvent refusé de reconnaître, dans le cadre d'une action en *negligence*, que la puissance publique avait un devoir légal de prendre soin d'éviter le dommage subi par le demandeur (« *duty of care* ») L'arrêt topique est *Hill v Chief Constable of Yorkshire*.<sup>42</sup> Pendant les années 70, un tueur en série a fait beaucoup de victimes en Angleterre et sa dernière victime était une étudiante qui habitait dans la région d'Angleterre où le criminel a commis la plupart de ses crimes. La mère de la victime a intenté une action sur la base de *negligence* contre la police, considérant que cette dernière a été défaillante dans son rôle de poursuivre et arrêter le suspect de ces activités criminelles. La Chambre de Lords a rejeté l'action indemnitaire. Les juges ont décidé que la police n'était pas soumise à un *duty of care* dans leur rôle de suppression d'activité criminelle. Peu importe la gravité de la faute ou le préjudice subi par la victime, une action en responsabilité administrative sur la base de *negligence* ne pouvait pas aboutir à un résultat favorable pour des victimes.

Quelles sont les raisons données par les juridictions anglaises? Tout d'abord, ils ont considéré que le demandeur n'avait pas démontré que les parties aux litiges (la famille de l'étudiante décédée et la police) étaient suffisamment « proche » (notion de *proximity*). L'étudiante était simplement une personne parmi des milliers de victimes potentielles du tueur. Il n'y avait pas de moyens de l'identifier avec plus de précision. Les juges se sont également basés sur le fait qu'il n'était pas « juste » (just, fair and reasonable) d'admettre un *duty of care* de la police dans de telles circonstances. Ce principe a été rappelé dans des décisions ultérieures<sup>43</sup> et s'est trouvé étendu à des domaines voisins à l'activité policière.

---

<sup>40</sup> Paragraphe 150 du jugement.

<sup>41</sup> Paragraphe 133 du jugement.

<sup>42</sup> [1989] AC 53.

<sup>43</sup> *Brooks v Commissioner of the Metropolis* [2005] 1 WLR 1495; *Smith v Chief Constable of Sussex* [2009] 1 AC 2.

# La responsabilité de la puissance publique en Russie<sup>1</sup>.

---

L'expression de *responsabilité administrative* n'est pas inconnue en droit russe, mais elle ne désigne pas la même réalité juridique qu'en France.

En Russie, l'expression de *responsabilité administrative* désigne ce que l'on pourrait qualifier de « petite responsabilité pénale », car elle est engagée lors de la commission d'infractions de moindre importance, que l'on pourrait assimiler à des contraventions en droit français, et qui sont énumérées dans le Code des infractions administratives. Ceci explique que les comparaisons qui ont déjà pu être menées sur ce thème, l'ont été au regard du droit français des sanctions administratives et non pas au regard du droit français de la responsabilité administrative<sup>2</sup>.

Néanmoins, le droit russe consacre bel et bien le principe de responsabilité pécuniaire des autorités publiques et de leurs agents. Et ceci vaut à tous les échelons de l'organisation politique et territoriale, qu'il s'agisse de la Fédération de Russie, des Sujets de la Fédération de Russie ou des Municipalités (auto-administration locale<sup>3</sup>). Mais, il le fait sur des fondements et selon des régimes juridiques complexes que l'on peut brièvement présenter en s'intéressant en premier lieu aux sources, puis, en second lieu aux conditions d'engagement de la responsabilité des pouvoirs publics russes.

---

<sup>1</sup> Cette synthèse a été réalisée à la suite de l'organisation par le Centre Michel de l'Hospital, d'un colloque consacré à la responsabilité de la puissance publique en France et en Russie.

Elle a été réalisée à partir des contributions de M. Belevitch, Mme Filatova, M. Golovko, M. Starilov.

<sup>2</sup> En ce sens : A. Belevitch, « Evolution de la législation sur la responsabilité administrative dans la fédération de Russie », in C-A. Dubreuil (dir.), *Regards croisés sur l'évolution du droit administratif en France et en Russie*, P.U.F., Thémis, p.203.

<sup>3</sup> Article 12 de la Constitution de 1993.

## Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique en Russie

De manière préalable, il convient de rappeler que le dualisme juridique qui caractérise le système juridique français, et qui conduit à inscrire la responsabilité administrative dans le cadre des études de droit public, a été totalement gommé à l'époque soviétique. Ce n'est que récemment que le droit public a été, en quelques sortes, redécouvert<sup>4</sup> ou réintroduit au sein du droit russe, ce qui s'est traduit par l'adoption de nouvelles législations relatives, notamment, à la procédure administrative (Code de procédure administrative entré en vigueur le 15 septembre 2015).

Il n'est donc pas étonnant de constater, lorsque l'on s'intéresse aux sources du droit de la responsabilité pécuniaire des pouvoirs publics en Russie, que celles-ci relèvent du droit commun et non pas d'un droit public exorbitant. Par ailleurs, l'absence de véritables tribunaux administratifs chargés d'assurer le contrôle juridictionnel de l'administration explique que les actions indemnitaires intentées contre l'administration le soit devant les juges de droit commun ou de commerce (tribunaux d'arbitrage) selon la nature juridique du demandeur ou de la demande<sup>5</sup>. On verra toutefois que la procédure suivie devant ces juridictions, selon le type de demande ou de litige qu'il s'agit de traiter, est amenée à varier.

Sans nier l'existence d'un pouvoir créateur et d'interprétation dont disposent les juges dans l'application des dispositions légales dont on donnera quelques exemples<sup>6</sup>, on s'arrêtera ici aux sources principales que sont les sources écrites.

Parmi celles-ci, peuvent être relevées tant des sources constitutionnelles que législatives.

---

<sup>4</sup> A. Gazier, « La redécouverte du droit public par le droit russe contemporain et l'importation de concepts qui lui sont liés », in Sylvie Martin (dir.) *Circulation des concepts entre Occident et Russie*, ouvrage collectif, Institut européen Est-Ouest, ENS de Lyon, 2008.

<sup>5</sup> Bien que l'article 118 de la Constitution précise que le pouvoir judiciaire s'exerce selon les formes constitutionnelle, civile, administrative et pénale, la discussion concernant la création d'un système indépendant de justice administrative a plusieurs fois été relancée pendant les deux dernières décennies. Or, après la fusion des deux tribunaux suprêmes : Le Tribunal Suprême de la Fédération de Russie et le Tribunal Suprême de commerce de la Fédération de Russie en 2014, on a pris la décision de ne pas créer de tribunaux administratifs mais de créer un code spécifique de procédure administrative. C'est pour cela que ce code a été adopté dans de très brefs délais et est entré en vigueur en septembre 2015.

<sup>6</sup> Peter H. Solomon Jr., « Judicial Power in Russia: Through the Prism of Administrative Justice », *Law and Society*, 2004, 549.

Ainsi trouve-t-on dans le deuxième chapitre du Titre premier de la Constitution de la Fédération de Russie, consacré aux droits et libertés de l'homme et du citoyen, plusieurs dispositions garantissant aux victimes le droit d'obtenir réparation des préjudices causés par l'Etat.

Outre l'article 46 qui consacre le droit de contester devant un tribunal les décisions et les actes (ou omissions) des organes du pouvoir d'Etat, des municipalités, ainsi que des fonctionnaires, il convient de souligner particulièrement les articles 52 et 53 qui proclament, respectivement, que l'Etat assure aux victimes l'accès à la justice et l'indemnisation du dommage causé en cas d'abus de pouvoir et le droit de chacun à la réparation par l'Etat du préjudice causé par les actes (ou omissions) illégaux des organes du pouvoir d'Etat ou de leurs fonctionnaires.

Pour ce qui concerne, ensuite, les sources législatives, c'est principalement au sein du Code civil que l'on trouve les dispositions intéressant la responsabilité pécuniaire des pouvoirs publics en Russie. Il convient d'insister sur ce point, pour bien comprendre que l'obligation de réparer le préjudice causé relève bien du droit commun et non pas d'un droit public dérogatoire.

Si l'on met de côté certaines lois spéciales ayant instauré des régimes de responsabilité particuliers<sup>7</sup>, deux dispositions doivent être mises en lumière : les articles 106<sup>8</sup> et 107<sup>9</sup> du Code civil qui établissent, d'une part, la règle selon lesquelles le préjudice causé à un citoyen ou à une

---

<sup>7</sup> Il en va ainsi pour les demandes indemnitaires en cas de dépassement des délais raisonnables de jugement ou d'exécution de la chose jugée. Un régime spécial, reposant sur le Code de procédure administrative, a été institué en 2010 à la suite de la décision *Bourdov c/Fédération de Russie (n°2)* rendue par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette décision, la Cour a constaté un dépassement systématique du délai raisonnable de jugement ou d'exécution des jugements des litiges où l'Etat est partie.

<sup>8</sup> Article 1069. Liability for the Injury Inflicted by State and Local Self-government Bodies, and Also by Their Officials

The injury inflicted on an individual or a legal entity as a result of unlawful actions (inaction) of state and local self-government bodies or of their officials, including as a result of the issuance of an act of a state or self-government body inconsistent with the law or any other legal act, shall be subject to redress. The injury shall be redressed at the expense of the state treasury of the Russian Federation, the respective subject of the Russian Federation or the respective municipal body, as the case may be.

<sup>9</sup> Article 1070. Liability for the Injury Inflicted by the Illegal Actions of the Bodies of Inquest, Preliminary Investigation, the Procurator's Office and the Court of Law

1. The injury inflicted on an individual as a result of illegal conviction, illegal institution of proceedings on criminal charges, illegal application of remand in custody as a measure of suppression or of a written understanding not to leave one's place of residence, of illegally taking to administrative responsibility in the form of administrative arrest, as well as the damage inflicted upon a legal entity as a result of illegally taking to administrative responsibility in the form of an administrative suspension of the activity shall be redressed in full at the expense of the state treasury of the Russian Federation and in cases, stipulated by law, at the expense of the state treasury of the respective subject of the Russian Federation or of the respective municipal body, regardless of the fault of the officials of bodies of inquest, preliminary investigation, procurator's offices or courts of law in the procedure established by law.

2. Injury inflicted on an individual or a legal entity as a result of the illegal activity of bodies of inquest, preliminary investigation, procurator's offices, which has not entailed the consequences, specified by Item 1 of this Article, shall be redressed on the grounds and in the procedure, provided for by Article 1069 of this Code. Injury inflicted during the administration of justice shall be redressed in cases, if the fault of a judge has been established by the court's judgement that has entered into legal force.

## La responsabilité de la puissance publique en Russie

personne morale du fait d'une activité (ou carence) irrégulière des organes de l'Etat (Fédération de Russie et Sujets de la Fédération de Russie), des organes municipaux ou des personnes chargées de les représenter doit être réparé et, d'autre part, la règle selon laquelle les violations particulièrement graves de la liberté individuelle (arrestation illégale, garde à vue illégale, etc.) engage la responsabilité sans faute des organes de l'Etat et des municipalités.

Il convient enfin d'évoquer l'article 16.1 du Code civil, récemment adopté, qui prévoit la possibilité, dans les cas prévus par la loi, d'engager la responsabilité des pouvoirs publics ayant agi régulièrement. Sur ce fondement, le législateur, épaulé par la Cour suprême, a prévu un régime indemnitaire permettant de réparer les dommages causés par les mesures de lutte contre le terrorisme.

Sur ces différents fondements, les victimes de préjudices causés par l'administration du fait d'une activité illégale ou légale ont la possibilité de saisir le juge afin d'obtenir une réparation pécuniaire. A ce stade, également, le droit russe manifeste son originalité, si on le compare au droit français. Les conditions d'engagement de la responsabilité de la puissance publique répondent en effet à des exigences procédurales plutôt complexes.

## **Les conditions d'engagement de la responsabilité pécuniaire des pouvoirs publics en Russie**

Deux questions principales peuvent être évoquées : celle relative aux conditions encadrant l'action en responsabilité intentée par la victime d'un préjudice, d'une part, et celle relative à la répartition de la responsabilité entre l'administration et ses agents, d'autre part.

### **L'action en responsabilité**

Toute victime d'un dommage causé par l'administration est tenue, afin d'obtenir réparation, de déterminer la procédure qu'il convient de mettre en œuvre devant le juge compétent.

La question de la réparation d'un préjudice causé par l'activité de l'Etat (régulière ou irrégulière) ou par les organes de l'Etat relève de la procédure civile classique. Il n'existe pas de procédure spéciale pour ce genre de litige, l'Etat (ou son représentant) est considéré comme un défendeur ordinaire dans le cadre d'un litige ordinaire ; il n'y a donc pas de règles spéciales applicables à ce

genre de litige (par exemple, pour ce qui concerne la charge de la preuve). Autrement dit, l'action visant à engager la responsabilité de l'administration est considérée comme une simple action de caractère pécuniaire tout à fait assimilable à celle qui vise à obtenir le versement des diverses prestations dues par l'Etat (prestations sociales, retraites, etc.). On doit toutefois noter que, en dehors des hypothèses précisément définies par la loi (Art. 1070 C. civ), l'action en responsabilité exige que la victime rapporte la preuve d'une faute commise par un agent public. Par ailleurs, dans tous les cas, elle est tenue d'établir la réalité du lien de causalité entre le fait générateur contesté et son préjudice, qu'elle prouve son intérêt pour agir ainsi que la réalité de son préjudice matériel (actuel, perte de chance ou manque à gagner) ou moral, lorsque la loi le prévoit (Art. 151, 1100).

Cette action indemnitaire devra être portée soit devant le juge de droit commun (civil), soit devant le juge commercial (tribunal d'arbitrage), selon des critères de répartition assez flous qui tiennent compte, notamment, de la « nature commerciale » du requérant. Dans les deux cas, le litige indemnitaire sera réglé en application des règles du droit civil.

Reste que, ce schéma se complique lorsque l'action en responsabilité est intentée sur le fondement d'une action ou d'une inaction illégales de l'administration (Article 1069 C. civ)<sup>10</sup>. Dans une telle hypothèse, l'action indemnitaire est couplée à une action en contestation de la légalité qui ne répond pas aux mêmes règles procédurales.

Ainsi, lorsqu'une victime entend obtenir réparation d'un préjudice causé par une action ou une inaction irrégulières, elle est en principe tenue d'intenter une action en contestation de la légalité en faisant application soit du code de procédure administrative adopté en septembre 2015 soit du code de procédure commerciale<sup>11</sup>. Cette action peut être introduite dans un délai de 3 mois et conditionne la recevabilité de l'action indemnitaire qui peut, elle, être introduite pendant trois ans devant le juge de droit civil en application du droit civil.

Pour remédier à la rigidité d'un tel système, la jurisprudence a admis que le dépassement du délai de trois mois pour introduire un recours en contestation de la légalité d'une décision ou d'une

---

<sup>10</sup> Tout comme en droit français, l'illégalité commise par l'administration russe laisse présumer la commission d'une faute de nature à engager sa responsabilité.

<sup>11</sup> Il en ira ainsi dans le cadre de litiges relatifs à la légalité de décisions administratives intervenues dans le domaine du droit des entreprises ou, plus largement, du droit des affaires ou du droit économique.

carence de l'administration ne prive pas la victime de son droit à obtenir réparation dans un délai de trois ans du fait de cette illégalité.

### **La responsabilité des agents publics**

Le droit russe ne connaît pas la distinction bien connue en France entre la faute personnelle et la faute de service. Néanmoins, il a développé un régime juridique assez complet relatif à la responsabilité des agents publics et à ses rapports avec la responsabilité civile de l'administration.

Ce régime est récent dans la mesure où, à l'époque soviétique, il n'existait pas de législation propre aux services publics et donc pas de nécessité d'instaurer des règles spécifiques visant à régir la responsabilité des agents publics. Ce n'est qu'au cours des quinze dernières années qu'une intense production normative relative aux services publics et aux fonctionnaires s'est développée.

Dans ce contexte, le droit russe a institué cinq hypothèses de responsabilité des fonctionnaires : disciplinaire, pénale, administrative<sup>12</sup>, matérielle<sup>13</sup> et civile. Ces différents régimes, mettant en cause différents types de fautes ou d'infractions, ont en commun de reposer sur la constatation de la mauvaise exécution ou de l'inexécution des obligations de service imposées aux fonctionnaires, dont la liste est fixée par des textes. .

Du point de vue matériel, le droit administratif russe s'intéresse prioritairement à la responsabilité disciplinaire et matérielle des fonctionnaires agissant dans le cadre des trois catégories de services publics : le service civil, le service militaire et le service de « lutte contre la criminalité ». La loi détermine la procédure disciplinaire, respectueuse des droits de la défense, ainsi que la liste des sanctions pouvant être prononcées qui peuvent diverger selon la nature du service public en cause. Toute sanction disciplinaire peut faire l'objet d'une contestation, soit dans le cadre d'un recours administratif, soit dans le cadre d'un recours juridictionnel.

Logiquement, ce n'est qu'en matière de responsabilité civile que le droit russe a prévu la possibilité pour l'administration employant un agent dont la faute a conduit à l'engagement de sa responsabilité, de se retourner contre lui par le truchement d'une action récursoire. Cette action peut être introduite dans un délai d'un an et peut conduire le fonctionnaire à reverser à

---

<sup>12</sup> La responsabilité administrative et pénale des fonctionnaires (et non des autres agents publics) relève soit du Code des infractions administratives, soit du Code pénal en cas de commission d'infraction.

<sup>13</sup> La responsabilité matérielle des fonctionnaires permet à l'administration, en application des règles du droit du travail, d'obtenir réparation du dommage que lui a causé la faute d'un agent qu'elle emploie.

## La responsabilité de la puissance publique en Russie

l'administration entre un mois et trois mois de salaire en compensation de l'indemnité que celle-ci a dû verser à la victime. La loi prévoit toutefois certaines hypothèses, rares, dans lesquelles, en raison de circonstances aggravantes, l'agent sera tenu de rembourser l'intégralité de l'indemnité versée par l'administration à la victime.

## La responsabilité publique en droit suédois

Patricia Jonason

Le droit suédois de la responsabilité de la puissance publique – comme le droit de la responsabilité en général auquel il a été intégré – n'existe sous une forme codifiée et complète que depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1972 de la loi (1972 :207) sur la responsabilité (skadeståndslagen). Il convient de pointer d'entrée de jeu le caractère prépondérant de ce régime légal<sup>1</sup> et sa dichotomie. La loi de 1972 contient en effet un dispositif de nature civile sur la responsabilité des commettants pour les faits de leurs préposés qui a vocation à s'appliquer aux dommages causés dans le cadre d'activités *de gestion privée* de l'administration. La loi contient également un dispositif spécifique au secteur public, composé des règles sur la *responsabilité de la puissance publique*, qui s'applique quand la survenance des dommages a lieu dans *l'exercice des pouvoirs d'autorité*. Notons que la quasi-totalité des règles concerne autant la responsabilité des collectivités territoriales/communes que celle de l'État<sup>2</sup>.

Après avoir retracé la formation du régime juridique de la responsabilité publique, qui couvre l'ensemble des activités de l'administration (1), nous examinerons le régime général contemporain de cette responsabilité (2) et les traits spécifiques de la responsabilité étatique en raison des actes des plus hautes autorités de l'État. (3).

### 1. La formation du régime juridique de la responsabilité publique

Examinons comment le droit de la responsabilité s'est forgé tant d'un point de vue historique (1.1) que dans ses fondements (1.2)

#### 1.1 Historique de la responsabilité de la puissance publique

La responsabilité publique trouve ses lointaines racines dans le droit pénal et est étroitement liée à l'évolution des règles sur la responsabilité civile qui chronologiquement constituera sa première branche (1.1.1). L'adoption de la loi de 1972 sur la responsabilité consacre pour la première fois l'instauration d'un régime légal général de la responsabilité publique (1.1.2). L'évolution postérieure des règles reflète un mouvement vers le renforcement de la responsabilité publique (1.1.3).

##### 1.1.1 Les origines : un lien étroit avec le droit pénal et les règles sur la responsabilité civile

---

<sup>1</sup> Ce qui se reflètera dans l'exposé ci-dessous qui ne s'intéressera que de façon exceptionnelle aux régimes spéciaux existant.

<sup>2</sup> Le terme de communes englobe les municipalités (290 au total), les départements (20) et les syndicats de communes, Chapitre 3, article 1 *in fine* de la loi sur la responsabilité.

Les premières règles générales sur la responsabilité proprement, introduites au moyen de la loi nommée *loi pénale (strafflagen)* de 1864, ont remplacé le système de *bot* du Moyen-âge, qui tenait à la fois de la sanction pénale et de la réparation civile. Tandis que le modèle retenu était celui de la *culpa* tiré du droit romain<sup>3</sup>, la loi pénale subordonnait la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur du dommage à la commission d'une infraction pénale. Ces règles posées par le chapitre 6 de la loi pénale ont constitué un socle sur lequel s'est développé de manière principalement jurisprudentielle le droit de la responsabilité, jusqu'à l'adoption de la loi sur la responsabilité en 1972<sup>4</sup>. Une première piste empruntée par la jurisprudence a consisté à étendre, par analogie, la responsabilité individuelle prévue par la *loi pénale* aux dommages causés hors la survenance d'actes criminels<sup>5</sup>. Une seconde piste a amené les tribunaux, pour tenir compte des transformations de la société suédoise face l'industrialisation (XXe siècle), à faire évoluer le droit de la responsabilité en posant le principe de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés. A cette époque un certain nombre de textes spéciaux ont également été adoptés afin de réglementer la responsabilité dans le cadre d'activités présentant des dangers particuliers, notamment dans le domaine des transports (chemin de fer, aéronautique)<sup>6</sup>. Cependant, aussi bien les Cours s'autorisaient à retenir la responsabilité de l'État et des communes lorsque les activités à l'origine du dommage étaient similaires aux activités exercées par le secteur privé, telles que la voirie, les activités portuaires, les soins et les activités militaires, autant elles refusaient de retenir la responsabilité des pouvoirs publics lorsque les dommages étaient causés dans l'exercice des pouvoirs d'autorité<sup>7</sup>. Il a fallu attendre l'adoption de la loi de 1972<sup>8</sup> pour que soit, à côté de la codification dans cette loi du régime de la responsabilité du commettant, applicable aux activités privées des pouvoirs publics, créé de toutes pièces le régime juridique de la responsabilité de la puissance publique.

---

<sup>3</sup> Selon lequel l'auteur d'un dommage était tenu à réparation dans le cas où il avait causé le dommage volontairement (dolus) ou par négligence (culpa).

<sup>4</sup> Voir SOU 1993:55, p. 44.

<sup>5</sup> Cela valait pour les préjudices personnels et matériels tandis que les juges requéraient la commission d'une infraction pour la réparation des préjudices moraux.

<sup>6</sup> Voir aussi la loi de 1899 sur la réparation dans certains cas pour des dommages causés par des fonctionnaires (lag om ersättning i vissa fall för skada som förorsakats av ämbets- eller tjänstemän m. fl.) qui prévoyait entre autres la responsabilité de l'État pour les agents chargés de l'exécution des décisions de justice qui auraient détourné les fonds dont ils avaient la charge. Voir également la loi de 1945 sur la réparation dans certains cas des détenus ou condamnés (lag om ersättning i vissa fall av oskyldigt häktade eller dömda m.fl.). B. Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, Norstedt & Söners förlag, 1978, p. 8.

<sup>7</sup> L'arrêt de principe de la Cour suprême en la matière, NJA 1930 s 45, concernait le commandant d'une forteresse qui avait donné des ordres de service à l'un des candidats à un emploi auprès de ladite forteresse alors même que la nomination n'avait pas encore pris effet. La décision de nomination ayant finalement été annulée suite au recours intenté par un candidat concurrent, le candidat engagé *de facto*, avait, en raison de l'erreur commise par le commandant, subi un dommage économique. L'État n'a toutefois pas été considéré comme devant endosser la responsabilité du dommage.

<sup>8</sup> Notons que le premier pas en direction de l'adoption d'une loi sur la responsabilité a été réalisé en 1946 dans le cadre de la coopération nordique, dont l'ambition sur ce point était d'adopter un régime juridique de la responsabilité commun aux pays nordiques. Voir SOU 1993:55, p. 45 et s.

### 1.1.2 L'instauration de la responsabilité publique par la loi sur la responsabilité de 1972

Le législateur a posé comme principe l'obligation de réparation par l'État ou une collectivité territoriale/commune des dommages causés en raison d'une faute ou d'une négligence « *dans l'exercice des pouvoirs d'autorité dans le cadre d'activités dont l'État ou la commune répondent de l'accomplissement* ». Bien que ce dispositif ait pu être qualifié de « changement radical dans l'ordre juridique suédois »<sup>9</sup>, force est de constater que le législateur a fait preuve de prudence en limitant le droit à réparation à l'aide de quatre mécanismes dont les trois premiers ont par la suite disparu du paysage juridique suédois. Le premier mécanisme, connu sous le nom de « règle standard » (standardregeln) (chapitre 3, article 3 de la loi sur la responsabilité) soumettait la mise en jeu de la responsabilité étatique à la condition que « les exigences normalement légitimes au regard du caractère et de l'objet de l'activité (n'aient) pas été respectées ». Le second, qualifié de « règle de la passivité » (passivetsregeln, chapitre 3, article 4), en faisant obstacle à l'indemnisation de dommages qui auraient pu être évités au moyen d'un recours, sanctionnait la victime d'un préjudice causé par une décision de l'administration qui avait omis d'intenter un recours contre la décision dommageable. Le troisième dispositif prévoyait l'application d'une appréciation en équité pour la réparation des dommages purement patrimoniaux causés aux entrepreneurs. Le quatrième et dernier mécanisme de limitation de la responsabilité étatique, prévu à l'article 7 du chapitre 3 et seul à subsister de nos jours<sup>10</sup>, restreint la possibilité d'engager une action en responsabilité de l'État en raison d'une faute de ses plus hautes instances<sup>11</sup>.

En dépit de son caractère novateur le volet responsabilité publique de la réforme sur la responsabilité était passé relativement inaperçu dans les premiers temps de sa mise en application, de sorte que dans les premières années les demandes d'indemnisation ont été peu nombreuses<sup>12</sup>. Quand les règles sur la responsabilité publique ont été découvertes par le public et le monde du droit et que certaines affaires ont fait grand bruit, des voix se sont fait entendre dénonçant leur caractère restrictif<sup>13</sup>. Une première réforme a été adoptée, ouvrant la voie à d'autres, toutes dans le sens d'une extension de la responsabilité des pouvoirs publics.

---

<sup>9</sup> B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 101.

<sup>10</sup> Avec quelques modifications moindres par rapport à sa rédaction originelle.

<sup>11</sup> Nous reviendrons plus en détail sur la mise en œuvre de cette disposition dans la partie relative à la responsabilité de la puissance publique pour ses activités normatives et juridictionnelles.

<sup>12</sup> B. Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, Norstedts Juridik, 1996, p. 12.

<sup>13</sup> B. Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, Norstedts Juridik, 2001, p. 12.

### 1.1.3 Des réformes dans le sens du renforcement de la responsabilité publique

La première réforme datant de 1989<sup>14</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1990, a consisté à supprimer les règles limitatives sur le standard (la plus appliquée en pratique<sup>15</sup> elle était celle qui avait attiré le plus de critiques), la règle de la passivité et celle sur l'appréciation en équité.

La seconde réforme, datant de 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999, a étendu le champ des activités couvertes par le régime de la responsabilité en introduisant des règles prévoyant (dans un nouvel article 3 du chapitre 3), la responsabilité des autorités publiques en raison de la délivrance d'informations et de conseils erronés hors de l'exercice des pouvoirs d'autorité. A l'instar de la précédente, cette réforme a été adoptée en réaction à des décisions juridictionnelles au résultat aléatoire. C'est ainsi qu'avaient été considérées comme fournies "dans l'exercice des pouvoirs d'autorité" - et donc entraînant réparation au titre du chapitre 3, article 2 - des informations incorrectes concernant les allocations parentales délivrées au parent d'un enfant malade<sup>16</sup>. A l'inverse, des informations erronées relatives au rattachement d'une propriété au tout à l'égout fournies à un agent immobilier préalablement à l'achat d'une propriété n'avaient pas été interprétées comme fournies "dans l'exercice des pouvoirs d'autorité"<sup>17</sup>.

Les dernières modifications significatives du droit suédois de la responsabilité publique, toujours dans le sens d'un renforcement de celle-ci, l'ont été sous l'action des juges qui, faisant fi de l'absence de texte, ont condamné l'État à verser des dommages-intérêts en raison de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce fut le cas notamment dans l'arrêt NJA 2005 s. 462 relatif au versements de dommages-intérêts pour violation de l'article 6 de la Convention<sup>18</sup> et de NJA 2007 s. 584 concernant la violation de l'article 8<sup>19</sup>. La Cour suprême s'est

---

<sup>14</sup> Les amendements datant de 1989 de la loi sur la responsabilité coïncident à peu près avec la refonte de la responsabilité pénale des employés qui revenait sur les réformes opérées en 1976 et réintroduisait la possibilité de condamner pour faute de service celui qui « *volontairement ou par négligence, dans le cadre de l'exercice de l'autorité publique, par son action ou sa passivité contrevient aux obligations qui lui incombent* (...) ». (20:1 du Code Pénal).

<sup>15</sup> Cette exception a été soulevée dans le cadre de demandes d'indemnisation traitées par le Chancelier de la Justice (JK) notamment dans les cas de la survenance de préjudices de moindre ampleur dus à des erreurs négligeables ou au retard pris dans la procédure de traitement des affaires. Voir Prop 1989/90:42, p. 13. Les juridictions ont également eu à connaître de la mise en œuvre de la règle du standard. Un exemple est fourni par l'arrêt NJA 1987 s 867 concernant la remise par les autorités policières à une compagnie d'assurance et non au propriétaire lui-même d'un bateau à voile égaré. La Cour suprême, se référant à la règle sur le standard a conclu que les policiers en ne procédant pas à l'audition du véritable propriétaire dans le cadre de la procédure prévue par la loi sur les objets trouvés n'avaient pas commis de faute ou négligence telle qu'elle puisse engager la responsabilité de l'État. La règle du standard a été abrogée en 1989 mais une partie du raisonnement qui fondait cette disposition a toujours une certaine actualité. Voir *infra* 2.3.1.

<sup>16</sup> Arrêt NJA 1985 s. 696 I.

<sup>17</sup> Arrêt NJA 1985 s.696.

<sup>18</sup> L'Etat s'est vu condamné par la Cour suprême à verser des dommages et intérêts en raison du préjudice moral subi par un individu du fait du non respect de son droit à être jugé dans un délai raisonnable.

ainsi référée aux obligations incombant à l'État suédois en vertu de l'article 13 de la CEDH qui requiert l'octroi d'un recours effectif". En l'absence d'une voie de recours la Cour a considéré qu'il lui appartenait, même sans base légale, de se prononcer sur un droit à réparation à la charge de l'État. Suite à cette "pression" d'origine prétorienne le législateur a enclenché la prise de mesures pour mettre le droit suédois en conformité avec le droit européen<sup>20</sup>. Alors même que le dispositif législatif est encore en phase d'élaboration les juges vont plus loin dans l'extension de la responsabilité publique en appliquant aux violations des droits fondamentaux énoncés dans la Constitution suédoise les principes dégagés à propos de la CEDH. A ce jour les juridictions suédoises se sont prononcées sur un certain nombre de droits tels le droit à la nationalité suédoise (arrêt NJA 2014 s 323<sup>21</sup>) et le droit de propriété (arrêt NJA 2014 s. 332), garantis respectivement par les articles 7 et 18 du second chapitre de l'Instrument de Gouvernement (Constitution)<sup>22</sup>.

## 1.2 Les fondements de la responsabilité publique en droit suédois<sup>23</sup>

Parmi les arguments avancés pour soutenir, d'abord, l'instauration de règles sur la responsabilité publique puis asseoir et renforcer, ensuite, cette responsabilité, certains sont propres au droit de la réparation, d'autres sont plutôt de nature politico-administrative<sup>24</sup>.

Les considérations en termes de *droit à l'indemnisation* ont sans aucun doute pesé de façon négative dans un premier temps sur les contours du dispositif de responsabilité : les limites au droit de la responsabilité instaurées en 1972 se fondaient principalement sur la crainte d'une réforme trop coûteuse, notamment pour les petites collectivités<sup>25</sup>. Ont cependant prévalu les arguments en

---

<sup>19</sup> En l'espèce l'Etat a été condamné à indemniser de leur préjudice des fillettes soumises à des examens gynécologiques après que les autorités sociales, soupçonnant à tort le père d'avoir commis sur elles des infactions à caractère sexuel, aient alerté les autorités de police.

<sup>20</sup> A ce jour (mai 2016) la procédure législative en est à son premier stade, celui de la publication d'un rapport SOU (*Statens Offentliga Utredningar*), remis par la commission parlementaire en charge du dossier. chargée par le Gouvernement de proposer un nouveau texte de loi ou des amendements à un texte de loi existant. Le SOU en question, qui porte le numéro 2010:87 est intitulé *Réparation et Convention européenne des droits de l'Homme*. (Skadestånd och Europakonventionen).

<sup>21</sup> En l'occurrence l'Etat s'est vu imposer de réparer le préjudice moral découlant de la radiation de la nationalité suédoise.

<sup>22</sup> B. Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SVJT 2014 p. 431.

<sup>23</sup> Il est intéressant de rappeler ici une particularité – partiellement dépassée - du système juridique suédois qui permet en partie d'expliquer la réticence initiale de la Suède de soumettre la puissance publique à des règles sur la responsabilité. Il s'agit de la tradition juridique suédoise de l'absence de contrôle juridictionnel des actes de l'administration. Un représentant suédois présent lors de la réunion nordique des juristes de 1931 aurait ainsi exprimé qu'en Suède où n'est pas permis le contrôle juridictionnel des actes de l'administration « *il serait fort choquant et considéré comme allant à l'encontre de l'autorité des pouvoirs publics et du bon ordre qu'un acte de l'administration, tandis qu'il produit des effets de droit, soit jugé comme étant contraire au droit et engendrant une responsabilité* », B. Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, Norstedt & Söners förlag, 1978, p. 11.

<sup>24</sup> Bien sûr cette classification est artificielle et arbitraire, certains arguments relevant des deux catégories.

<sup>25</sup> Ainsi lors de la réforme de 1989 qui a conduit à un assouplissement des conditions du droit à la réparation, le Svenska kommunförbundet, l'association suédoise des collectivités locales, faisait-elle part de ses craintes que les modifications de la législation n'entraîne des coûts notamment dans le domaine de la législation sur l'urbanisme Voir notamment Prop. 1989/90:42 p. 7.

faveur de l'instauration et du renforcement de la responsabilité publique : faire porter le poids de la réparation à l'autorité et non au fonctionnaire auteur de la faute - pas toujours solvable par ailleurs - ; procurer aux particuliers la possibilité de demander réparation des préjudices purement patrimoniaux causés par l'administration, préjudices rarement assurables<sup>26</sup> ; ou encore, compenser au moyen de la réparation l'emprise de plus en plus large de l'administration sur la situation des citoyens et l'augmentation concomitante de la probabilité qu'ils encourent de subir des « dommages administratifs ».

Les réformes sur la responsabilité publique s'inscrivent dans un mouvement plus vaste touchant aux *relations entre l'administration et les particuliers*. Ce mouvement s'est notamment exprimé dans les années 1970 dans le processus de codification de la procédure administrative<sup>27</sup>, et dans les années 1980 par l'adoption d'un arsenal visant renforcer la sécurité juridique des citoyens dans leurs rapports avec l'administration. L'introduction et le renforcement de la responsabilité publique complète à cet égard des mesures telles que l'introduction d'une obligation de service dans la fonction publique<sup>28</sup> et le renforcement de la responsabilité pénale des agents de l'administration<sup>29</sup>. Dans la même veine, la réforme de 1998 sur la responsabilité de la puissance publique en raison de la délivrance d'informations et conseils erronés a mis en exergue la recherche d'une plus grande efficacité administrative: l'élargissement de la responsabilité de la puissance publique dans ce domaine étant susceptible de constituer pour les administrations une incitation à améliorer leurs procédures<sup>30</sup>. Un autre argument souvent mis en avant est celui de la responsabilité de la puissance publique comme condition *sine qua non* de la confiance des citoyens envers l'État<sup>31</sup>, l'individu étant davantage enclin à accepter l'intervention de la puissance publique dans ses affaires lorsque celle-ci est prête à prendre en charge la réparation en cas de dommages. La dernière phase d'extension de la responsabilité publique à ce jour (violation de la CEDH et des droits fondamentaux garantis par la constitution suédoise) est davantage marquée par l'idéologie des droits de l'homme que par une problématique administrativiste.

Maintenant que nous avons pris la mesure du changement radical qu'a inauguré la loi de 1972

---

<sup>26</sup> Les préjudices purement patrimoniaux, c'est-à-dire les préjudices se traduisant par une perte économique sans relation avec un dommage physique se produisent principalement, mis à part au sein des rapports contractuels, dans le cadre des rapports de l'administré avec l'administration.

<sup>27</sup> En effet, au début des années 1970 furent adoptées les premières lois suédoises sur la procédure administrative, procédure non contentieuse et procédure juridictionnelle.

<sup>28</sup> Introduite dans la loi réformée sur la procédure administrative non contentieuse en 1986.

<sup>29</sup> A l'automne 1989.

<sup>30</sup> Prop 1997/98:105, p. 35. Notons toutefois que des voix se sont élevées contre cette même réforme au motif que l'extension de la responsabilité des collectivités conduirait notamment à une réticence de leur part dans le service rendu au public sous la forme de conseils et d'informations. Voir B. Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, Norstedts Juridik, 1996, p. 29.

<sup>31</sup> B. Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, Norstedts Juridik, 1996, p. 25 qui renvoie aux travaux préparatoires de la réforme de 1989.

dans le domaine de la responsabilité publique examinons de plus près les traits fondamentaux de son régime juridique.

## **2. Le régime de la responsabilité de la puissance publique**

Après un bref examen des sources de la responsabilité publique (2.1) nous analyserons successivement les domaines de la responsabilité publique (2.2), les critères d'application du principe de responsabilité (2.3), la typologie de la responsabilité publique (2.4) les préjudices réparables (2.5) et enfin les auteurs des actes dont répondent les pouvoirs publics (2.6).

### **2.1 Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique**

Le droit positif de la responsabilité de la puissance publique est constitué, en sus de textes de loi, dont le principal est la loi (1972 :207) (2.1.1), de la jurisprudence des Cours et du Chancelier de la Justice (2.1.2), des travaux préparatoires (2.1.3) ainsi que de la doctrine (2.1.4).

#### **2.1.1 La loi**

A côté du régime général institué par la loi de 1972 sur la responsabilité, régime que nous étudierons plus loin, existe un certain nombre de textes et régimes spéciaux. Certains sont communs au secteur privé et au secteur public. C'est le cas par exemple en matière d'activités présentant un risque pour l'environnement (Chap. 32 du Code de l'environnement), dans les domaines de l'électricité, des chemins de fer, de l'énergie nucléaire, qui ont en partage un régime de responsabilité objective, sans faute (*strikt ansvar*, littéralement responsabilité stricte). C'est également le cas du régime mis en place par la loi sur les données personnelles, qui prévoit un droit à réparation pour préjudices moraux, et de celui en matière scolaire (par la loi sur l'école (2010:800) qui prévoit la présomption de responsabilité de l'établissement scolaire dans des situations de harcèlement moral notamment.

D'autres régimes spéciaux sont au contraire spécifiques au secteur public tels celui de la loi (1998:714) sur la réparation pour privation de liberté et autres mesures coercitives<sup>32</sup>. Ce texte prévoit – sous certaines conditions - la responsabilité sans faute de la puissance publique en raison des préjudices patrimoniaux et moraux causés suite à une détention injustifiée ainsi que pour les dommages causés aux personnes ou aux biens lors d'actions policières et douanières

---

<sup>32</sup>Lag om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder.

notamment. Un autre exemple est constitué par la loi sur la saisie-arrêt (1978 :880)<sup>33</sup> qui prévoit une responsabilité sans faute de l'État dans certaines conditions.

### 2.1.2 La jurisprudence

La jurisprudence pertinente en matière de responsabilité étatique est le fait de deux types d'instance, les tribunaux de l'ordre judiciaire et le Chancelier de la Justice.

Bien que le Royaume connaisse le dualisme juridictionnel c'est aux juridictions de l'ordre judiciaire (tribunaux d'instance, cours d'appel, Cour suprême) qu'est dévolue la compétence en matière de responsabilité étatique. Leur jurisprudence a joué un rôle moteur dans le renforcement de la responsabilité publique<sup>34</sup>. Avant l'adoption de la loi de 1972, elles ont favorisé l'application des règles de nature jurisprudentielle sur la responsabilité du commettant aux fautes commises par les pouvoirs publics dans l'accomplissement d'activités privées. Après l'adoption de la loi, les juridictions ont interprété, dans un sens favorable aux victimes, les dispositions législatives, telle la disposition subordonnant la mise en oeuvre de la responsabilité à la survenance du dommage « dans l'exercice des pouvoirs d'autorité »<sup>35</sup>, et encore plus récemment, en abaissant le seuil de gravité de l'erreur commise dans l'application d'un texte de loi (NJA 2013 s.842<sup>36</sup>). Les cours ont également innové, on l'a vu, en étendant le droit à réparation au-delà du régime légal aux préjudices causés en raison d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme ou des droits fondamentaux inscrits dans la constitution<sup>37</sup>.

Peut-être faudrait-il voir dans les arrêts de ces mêmes juridictions - qui avant l'adoption de la loi avaient conclu à la non possibilité de mettre en oeuvre la responsabilité des pouvoirs publics pour des dommages causés dans l'exercice de l'autorité publique<sup>38</sup>, et après son adoption avaient mis en exergue l'iniquité produites par les limitations originaires posées<sup>39</sup> - autant de sollicitations adressées au législateur pour qu'il renforce le dispositif législatif ?

Quoi qu'il en soit, tandis que les Cours de l'ordre judiciaire (et notamment la Cour suprême) manifestent une volonté d'aller de l'avant et agissent en éclaircisseurs vis à vis du législateur, voire lui

---

<sup>33</sup> Lag om betalningssäkring.

<sup>34</sup> Voir en ce sens B. Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SVJT 2014, p. 431.

<sup>35</sup> Voir *supra* 2.2.1.

<sup>36</sup> Voir SVJT 2014 s 431 B.Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SVJT 2014, p. 431.

<sup>37</sup> Voir 1.1.3.

<sup>38</sup> Voir *supra* 1.1.1.

<sup>39</sup> Voir *supra* p. 1.1.3.

forcent la main, le Chancelier de la Justice, quant à lui, dans son rôle d'application des règles sur la responsabilité, se cantonne au plus près du droit positif.

*La jurisprudence du Chancelier de la Justice (Justitiekansler, JK)*, constitue à côté des décisions des juridictions judiciaires, une incontournable source du droit de la responsabilité de la puissance publique, ainsi que l'illustrent les cas que nous citerons plus loin<sup>40</sup>. Cet *ombudsman* du gouvernement<sup>41</sup>, à qui a été confié entre autres les tâches de trancher les questions de réparation et de défendre l'État lors de procès qui lui sont faits, assume traditionnellement ses fonctions en toute impartialité. Il "suit en général très scrupuleusement les intentions du législateur et de la jurisprudence"<sup>42</sup> et « ne fait en principe d'écart, ni en faveur de l'État, ni en faveur des particuliers »<sup>43</sup>.

### 2..1.3 Les travaux préparatoires

Les *travaux préparatoires* sont cités ici en raison de la place centrale qu'ils occupent dans l'ordre juridique suédois parmi les sources du droit. Pour faire simple, la procédure législative en Suède est constellée de différents travaux préparatoires : des *SOU*, rapport confectionné par une commission parlementaire, ou plus rarement des *Ds*<sup>44</sup>, rapport élaboré au sein d'un ministère puis des *Prop.*, la proposition de loi rédigée par le Gouvernement et soumise par lui au Riksdag.

Ils ont la particularité d'être très fournis et fort détaillés et, pour ce qui concerne les *Prop.*, contiennent les "motifs" du législateur, c'est-à-dire des explications sur la façon dont les règles de droit proposées devront être interprétées et appliquées<sup>45</sup>. Comme on peut le constater une bonne

---

<sup>40</sup> Les illustrations des sections concernant les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité étatique en général ainsi que de la responsabilité étatique en raison des actes du Parlement, du gouvernement et des Cours suprêmes seront en partie puisées dans la jurisprudence du Chancelier de la Justice.

<sup>41</sup> A ne pas confondre avec le *Justitieombudsman*, l'ombudsman pour le compte du Parlement, qui a donné son nom à l'institution de l'Ombudsman.

<sup>42</sup> B. Bengtsson, E. Strömbäck, *Skadeståndslagen – En kommentar m.m.*, Norstedts Juridik, 2014, p.102.

<sup>43</sup> B. Bengtsson, *Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten*, SVJT 2014, p. 439. Au contraire "Dans certains cas la jurisprudence du JK peut être plus généreuse à l'encontre d'une personne victime d'un dommage que ce que l'on pourrait attendre d'une juridiction, que ce soit sur le terrain de la charge de la preuve de la part des particuliers victimes d'un dommage comme sur d'autres questions. B. Bengtsson, E. Strömbäck, *Skadeståndslagen – En kommentar m.m.*, Norstedts Juridik, 2014, p.102. Il n'en demeure pas moins que lorsque son point de vue est sollicité comme cela se doit dans le cadre de la procédure qui précède l'adoption de nouvelles règles ou la modification de règles existantes touchant au domaine de la responsabilité de la puissance publique, le JK a tendance à adopter une position protégeant les intérêts financiers de l'État, soit une position frileuse à l'égard de toute règle tendant à l'élargissement de la responsabilité de la puissance publique.

<sup>44</sup> Departementsserie.

<sup>45</sup> Pour ce faire le législateur illustre à force d'exemples les situations couvertes par la loi, ce que nous observerons *infra* à la faveur de l'examen du concept d'« exercice des pouvoirs d'autorité » (*myndighetsutövning*).

compréhension de la législation sur la responsabilité implique de se reporter aux principaux travaux préparatoires, notamment prop. 1972:5 qui a présidé à l'adoption de la loi de 1972, Ds 1989:12, et prop. 1989/90:42 qui ont précédé la réforme de 1989 ainsi que SOU 2010:87 intitulé *Réparation et Convention européenne*, qui n'a pas encore débouché à ce jour sur une modification de la législation.

#### 2.1.4 Doctrine

La doctrine suédoise en matière de responsabilité publique est portée par un nombre – réduit – de juristes spécialistes de droit privé. Cette anomalie apparente résulte de l'agencement du dispositif juridique lui-même, qui est inclus dans la loi générale sur la responsabilité. Souvent traitée dans les ouvrages de droit civil parmi les autres cas de responsabilité au sein d'études portant sur la loi<sup>46</sup>, la responsabilité publique, et plus particulièrement la responsabilité de la puissance publique, fait plus rarement l'objet de d'études spécifiques approfondies<sup>47</sup>. Les ouvrages de droit administratif consacrent quant à eux tout au plus quelques pages à la question<sup>48</sup>.

Aussi bien le législateur, notamment dans la partie des travaux préparatoires présentant le droit positif<sup>49</sup>, que les juridictions dans leurs décisions<sup>50</sup>, font grand cas des commentaires, explications et propositions de la doctrine<sup>51</sup>.

En Suède, plus peut-être que dans d'autres pays, il est courant qu'une même personnalité incarne successivement les tâches de rédaction de la loi (en participant aux travaux préparatoires), d'interprétation de la loi (sous les traits d'un magistrat) et de commentaire de la loi (en participant à l'élaboration de la doctrine). Le droit de la responsabilité de la puissance publique ne fait pas

---

<sup>46</sup> B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen, En kommentar ; J. Hellner, M. Radetzki, Skadeståndsrätt

<sup>47</sup> Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I (1976) och II (1978), Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, 1996.

<sup>48</sup> Ainsi l'un des ouvrages de référence de droit administratif *Allmän förvaltningsrätt* d'Håkan Strömberg et Bengt Lundell consacre moins de 10 pages à la question tandis que d'autres, tel que *Förvaltningsrättens grunder* d'Alf Bohlin, Wiweka Warnling-nerrep, ne l'abordent pas du tout. Il convient de préciser que les ouvrages de droit administratifs suédois traitent comme sujet principal de la procédure administrative non contentieuse.

<sup>49</sup> En témoigne la similarité de fond et de forme entre l'ouvrage de Bengtsson et Strömbäck et les travaux préparatoires SOU 2010 :87 sur la façon de traiter la question de la responsabilité étatique. Le législateur indique d'ailleurs explicitement se fonder sur les développements doctrinaux.

<sup>50</sup> Par exemple dans son arrêt NJA 1987 s 954 la Cour suprême renvoie aux travaux de Bertil Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I et II.

<sup>51</sup> Il ne serait pas étonnant que l'article de Bengtsson sur la question de la responsabilité étatique en raison de la violation de droits garantis par le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution suédoise, article dans lequel l'auteur débat de la pertinence d'appliquer en la matière les règles dégagées en matière de préjudices causés du fait de la violation de la CEDH, ait incité le juge à se saisir de la question. Voir supra 1.1.3.

exception à la règle. Il est en quelque sorte incarné par un célèbre juriste, le Professeur Bengtsson, qui, du fait de sa fonction universitaire a de plus à largement contribué à la diffusion de cette pensée doctrinale.

## 2.2 Les domaines de la responsabilité de la puissance publique déterminés par la loi

Les règles régissant la responsabilité de la puissance publique sont, ainsi que nous l'avons vu, principalement consignées dans la loi (1972:207) sur la responsabilité. Au regard de cette loi, la responsabilité de la puissance publique peut être engagée dans trois types de situations.

1. Lorsqu'un dommage est causé par la puissance publique dans le cadre de la gestion privée. Dans ce cas la responsabilité suit le droit commun de la responsabilité du commettant pour les faits de son préposé, en l'espèce le chapitre 3, article 1. D'après cet article « *Celui qui a l'employé à son service doit réparer*

*1. les préjudices personnels ou matériels causés par la faute ou la négligence dans le service*

*2. les préjudices purement patrimoniaux causés en raison de la commission d'une infraction par l'employé dans le cadre du service, et*

*3. les dommages causés suite à une atteinte à la personne telle que prévue par le chapitre 2, article 3, en raison d'une faute ou d'une négligence dans le service.*

2. Lorsque le dommage est causé lors de l'exercice de pouvoirs d'autorité.

Dans ce cas la responsabilité de l'État et des communes suit les règles spécifiques posées par le chapitre 3, article 2 sur la responsabilité de la puissance publique qui prévoient que "L'État ou une commune doivent réparer

*1 les préjudices personnels, matériels et purement patrimoniaux causés par la faute ou la négligence dans l'exercice des pouvoirs d'autorité dans le cadre d'activités dont lesquelles l'État ou la commune répondent de l'accomplissement,*

*2 les dommages causés suite à une atteinte à la personne telle que prévue par le chapitre 2, article 3, en raison d'une faute ou d'une négligence dans l'exercice des pouvoirs d'autorité."*

3. Lorsque le dommage est dû à la délivrance d'informations ou de conseils erronés, hors situations d'exercice des pouvoirs d'autorité. Ce cas est régi par des règles particulières posées au chapitre 3, article 3 selon lesquelles :

*« L'État ou une commune répare les préjudices patrimoniaux causés par une autorité publique qui, en raison d'une faute ou d'une négligence, fournit des informations ou des conseils erronés à la condition qu'existent des raisons particulières. A cet égard il doit tout spécialement être tenu compte de la nature des*

*informations et des conseils, de leur rapport avec le domaine d'activité de l'autorité publique concernée ainsi que des circonstances qui ont entouré la fourniture d'informations et de conseils*".

Voyons d'abord comment s'opère la délimitation entre les activités entrant dans le champ des pouvoirs d'autorité et les autres activités (2.1.1) avant d'examiner le cas spécifique de l'engagement de la responsabilité des autorités publiques en raison de la délivrance d'informations erronées (2.1.2).

### **2.2.1 Le concept de « pouvoir d'autorité » (myndighetsutövning)**

La délimitation de l'exercice des pouvoirs d'autorité et les activités de gestion privée emporte des différences dont certaines, et non des moindres, consistent dans des conditions de mise en œuvre du droit à réparation plus généreuses en ce qui concerne la responsabilité au titre de l'exercice des pouvoirs d'autorité.

Lorsque l'État et les communes agissent dans le cadre d'une activité de gestion privée ils répondent des dommages qu'ils causent selon les règles de la responsabilité du commettant pour les fautes commises par son employé. Dans ce cadre les préjudices corporels et matériels sont indemnisés lorsqu'a été commise une faute ou une négligence. Quant aux préjudices purement financiers, ils ne sont indemnisés qu'à la condition que soit en outre établie une contravention à la loi. La situation est autre lorsque le dommage a été causé dans l'exercice des pouvoirs d'autorité puisque les trois types de préjudices - corporels, matériels et purement financiers - sont soumis à la seule condition de la commission d'une faute ou d'une négligence.

D'où l'importance de cerner le concept de pouvoirs d'autorité et de caractériser par des exemples concrets les activités « autres » de la fonction publique (que nous appellerons par commodité « activités de gestion privée » de l'administration).

Non défini par la loi, le concept de pouvoirs d'autorité qui sert à délimiter le champ d'application du régime spécifique de la responsabilité de la puissance publique, est en revanche abondamment discuté dans les travaux préparatoires de la loi<sup>52</sup>. Selon la prop. 1972 :5 il doit s'entendre de *"décisions ou mesures qui sont l'expression ultime des pouvoirs de la société ou, pour employer un terme plus ancien, de la supériorité de l'État sur les citoyens en leur qualité de membres de la société"*<sup>53</sup>. Les mêmes travaux préparatoires indiquent que *« les dispositions de la loi ont une importance pratique avant tout en ce*

---

<sup>52</sup> Le concept de *pouvoirs d'autorité* se retrouve dans différents pans du droit public suédois. Dans le domaine pénal, plus précisément en matière de faute de service (tjänstefel) prévue chapitre 20, article 1 du Code pénal le concept de pouvoir d'autorité a un contenu identique au concept utilisé en matière de droit de la responsabilité. Dans d'autres instruments juridiques, tels la loi sur la procédure administrative non contentieuse ou la Constitution, il a en revanche une acception différente. Voir P. Jonason, Les caractères essentiels du droit suédois de la procédure administrative. *In* Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure / [ed] Jean-Bernard Auby, Brussels: Bruylant, coll. Droit administratif Bruylant, 2016.

<sup>53</sup> Prop. 1972:5, p. 312.

*qui concerne les dommages causés par les décisions des administrations dans le cadre de l'activité de l'État ou des communes qui fondent des obligations ou des droits pour les personnes privées ou les personnes de droit public. »*

Suit une liste « d'exemples typiques » de ce qu'il faut entendre par ce concept de pouvoirs d'autorité<sup>54</sup> : « *les décisions prises par les instances juridictionnelles, policières ou exécutives ainsi que par le procureur, ou les préfetures. Il s'agit de nombreuses autres décisions dans le cadre des activités administratives, telles que l'hospitalisation forcée que dans le domaine des soins, les décisions d'appel et de sursis dans le domaine militaire, les décisions en matière d'inscription ou toutes autres décisions concernant les élèves qui entraînent des effets de droit à leur encontre, mesures disciplinaires incluses (...) dans le domaine de l'éducation* » : La liste se prolonge sur treize lignes encore.

En résumé les pouvoirs d'autorité concernent non seulement les décisions ou mesures prescriptives qui prennent la forme du langage de la force et s'imposent aux particuliers mais également des mesures qui leur accordent un avantage, la caractéristique étant que ces particuliers se trouvent d'une façon ou d'une autre dans un état de contrainte ou dans une situation de dépendance à l'égard de la puissance publique<sup>55</sup>. C'est le cas lorsqu'une autorité administrative refuse l'octroi d'une prestation ou d'une autorisation (délivrance de permis de construire ou de passeport par exemple). Les décisions à caractère général, telles que celles du gouvernement, peuvent également constituer l'exercice des pouvoirs au sens de la loi sur la responsabilité<sup>56</sup>.

La responsabilité de l'État et des collectivités/communes en vertu du chapitre 3, article 2 de la loi sur la responsabilité couvre les dommages causés aux particuliers du fait de la décision ou de la mesure administratives c'est-à-dire *l'exercice* en tant que tel des pouvoirs d'autorité. Elle couvre également les dommages causés *dans le cadre (vid)* de l'exercice des pouvoirs d'autorité<sup>57</sup> ce qui veut dire que l'acte à l'origine du dommage sans être lui-même exercice des pouvoirs d'autorité peut n'avoir qu'un lien de connexité avec cet exercice, comme lorsque un policier endommage le véhicule d'un particulier lors d'un contrôle. L'extension du champ d'application du chapitre 3, article 2 aux actes connexes rend la disposition applicable aux dommages causés en amont de l'acte, par exemple dans le cadre des investigations préparant à la prise de décision ou encore en aval lorsque par exemple est commise une faute lors de la consignation de la décision dans les minutes<sup>58</sup>.

Les activités des pouvoirs publics tombant hors du champ du concept d'exercice des pouvoirs d'autorité ainsi défini relèvent en principe du champ des activités de gestion privée de l'État et des communes. Il s'agit d'activités traditionnellement mises en oeuvre par des sujets de droit

---

<sup>54</sup> Prop 1972:5, p. 499.

<sup>55</sup> SOU 1993 :55, p. 84 et s.

<sup>56</sup> SOU 2010:87, p. 80. Voir cependant *infra* 3.1.

<sup>57</sup> Voir prop 1972:5, p.502. Pour plus de détails voir SOU 2010 :87, p. 81.

<sup>58</sup> Exemples cités par SOU 2010 :87 p. 81 et 82.

privé, tels que la construction ou les services de nettoyage ou encore d'activités qui dans leur grande majorité sont exercées par le secteur public tels que les soins hospitaliers et l'instruction<sup>59</sup>. Tombent également dans le domaine des activités de gestion privée les activités de conseil ou autres services délivrés par les autorités publiques tels que les conseils familiaux et autres conseils sociaux auxquels les particuliers ont recours de leur plein gré et qu'ils pourraient consulter hors du cadre de l'administration<sup>60</sup>.

### 2.2.2 La responsabilité de l'administration pour informations erronées

Les pouvoirs publics peuvent bien sûr être obligés, en vertu du chapitre 3, article 2, de réparer les dommages – par définition purement patrimoniaux - causés en raison de la délivrance d'informations et de conseils erronés dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'autorité. Cette obligation vaut également en vertu du chapitre 3, article 3, depuis la réforme de 1998, lorsque la délivrance d'informations a lieu *en dehors de l'exercice des pouvoirs d'autorité*<sup>61</sup>. La règle du chapitre 3, article 3 peut potentiellement s'appliquer à toutes les sortes d'information qu'une *autorité publique* distribue, y compris les communiqués de presse et les conseils délivrés au public dans son ensemble<sup>62</sup> et quelle que soit la forme sous laquelle sont fournies les informations, par écrit ou oralement par téléphone ou lors d'entretiens<sup>63</sup>.

## 2.3 Les critères d'application du principe de responsabilité

Le principe en droit suédois de la réparation est celui de la responsabilité publique en raison de la commission d'une faute ou d'une négligence (2.3.1), assorti dans certains cas de figure de conditions complémentaires, sous la forme de l'exigence de la commission d'une infraction (2.3.2) ou encore de l'existence de « raisons particulières » (2.3.3).

### 2.3.1. Le principe général de la responsabilité pour faute ou négligence

La loi subordonne la responsabilité des pouvoirs publics à la commission d'une faute ou d'une négligence, que ce soit dans le domaine des activités de gestion privée ou dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'autorité. Toutefois la particularité de l'exercice des pouvoirs d'autorité,

---

<sup>59</sup> En matière d'hôpitaux voir par exemple l'arrêt NJA 1974 s 476 et en matière scolaire l'arrêt NJA 1976 s 1.

<sup>60</sup> SOU 2010 :87 p. 81.

<sup>61</sup> Les dommages aux personnes et aux biens dus à la délivrance d'informations et conseils erronés sont également couverts par le chapitre 3, article 1 même si les travaux préparatoires sont peu clairs sur cette question (Prop 1997/98:105, p. 39), ce qui semble être dû à un oubli. Voir B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 130 qui renvoie à B. Bengtsson i Festskrift till Fredrik Sterzel, p. 36.

<sup>62</sup> Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p 132.

<sup>63</sup> La victime du dommage peut éprouver des difficultés à apporter la preuve des paroles prononcées durant l'entretien téléphonique, aussi le JK fait-il bénéficier les administrés d'un allègement de la charge de la preuve. Voir B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 132.

situation sur laquelle vont porter les développements qui vont suivre<sup>64</sup>, influe sur les exigences requises en matière de commission d'une faute ou d'une négligence. Les pouvoirs exorbitants des autorités publiques et la situation de forte dépendance des particuliers à leur égard justifient que leur soient imposée une forte exigence de diligence et de jugement. A l'inverse, il convient dans l'appréciation de la commission du fait dommageable et de la commission d'une négligence ou d'une faute, de tenir compte de la difficulté d'exercer des activités administratives sans commettre aucune erreur, difficulté qui peut tenir à un manque de ressources des services, à la complexité parfois des dossiers à traiter (qui plus est dans un laps de temps très court) ou encore à l'imperméabilité des textes à appliquer<sup>65</sup>.

Autrement dit, cette situation spéciale qui caractérise l'exercice de la puissance publique implique qu'il y ait parfois des raisons d'apprécier la faute ou la négligence de manière tantôt souple, tantôt sévère<sup>66</sup>.

La succincte présentation qui sera faite ci-dessous ne suivra pas la classification des fautes, (traditionnelle dans le droit français mais non dans le droit suédois) en fonction de leur degré de gravité<sup>67</sup> mais dans l'optique de la doctrine suédoise prendra appui sur des exemples-types de situation : les activités de contrôle de l'administration, la procédure de recrutement de personnels et le cas des saisies et d'autres mesures similaires de prises en charge<sup>68</sup>.

Dans le cas des *activités de contrôle* effectuées par l'administration la responsabilité de la puissance publique est rarement engagée. Il revient en effet en premier lieu à l'entreprise en charge de l'activité dommageable (des travaux, par exemple), la responsabilité de prévenir la survenance des dommages. Cela a été affirmé par la Cour suprême dans un arrêt NJA 1984 s 340 I-III concernant le contrôle d'une construction par une commune. La collectivité n'avait pas à renforcer son contrôle, sauf justification particulière.

*Dans le cadre de la procédure de recrutement de personnels*, situation dans laquelle l'administration dispose d'une liberté importante pour apprécier les mérites des postulants, la responsabilité de la puissance publique ne sera mise en jeu que lorsque celle-ci s'écarter des textes et des limites de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Ainsi dans sa décision NJA 1985 s 360, la cour Suprême

---

<sup>64</sup>En ce qui concerne la responsabilité dans le cadre d'activités de gestion privée il arrive qu'un niveau de vigilance plus élevé soit requis, quand il est question de respect de la réglementation sur la protection par exemple. Dans d'autres cas existe au contraire une tolérance plus grande à l'égard des erreurs commises, comme par exemple en ce qui concerne les erreurs de diagnostic du personnel soignant. Voir SOU 2010:87. p 75.

<sup>65</sup> Voir B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 112.

<sup>66</sup> SOU 2010 :87, p. 83. Lorsqu'un droit de la Convention européenne des droits de l'homme a été enfreint l'indemnisation peut être accordée même en dehors de la commission d'une faute ou d'une négligence telles qu'on les entend en vertu du 3 :2 de la loi sur la responsabilité. Voir B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 117 qui fait référence à l'arrêt NJA 2007 s.862 de la Cour suprême.

<sup>67</sup> Les concepts de faute simple et fautes lourdes ne sont pas usitées en droit suédois.

<sup>68</sup> Nous donnons ailleurs dans l'article des exemples relatifs à la responsabilité de la puissance publique dans le cadre de son activité normative et juridictionnelle et également des exemples relatifs à l'application pratique des dispositions sur la responsabilité de l'administration en raison de la délivrance d'informations erronées.

n'a pas retenu la responsabilité du conseil d'administration d'une école qui avait nommé une personne à un poste sur lequel finalement le gouvernement a nommé un autre candidat. D'après la Cour la décision recrutement par les autorités de l'école n'avait pas été prise sur un fondement dénué de pertinence (*ovidkommande grunder*), ni ne constituait un écart manifeste par rapport aux principes qui s'appliquent ordinairement.

*La responsabilité dans le cadre des saisies et d'autres mesures similaires de prises en charge (ombändertagande).* Dans les situations de prise en charge matérielle - telle la saisie - situations où l'on peut déceler des éléments de type contractuel (lorsqu'un bien a été confisqué par la puissance publique et est endommagé ou disparaît), la responsabilité de l'administration est renforcée et la puissance publique répond des dommages s'il n'est pas démontré que la survenance du dommage est sans rapport avec un acte de l'administration. Selon la doctrine y a là présomption de responsabilité<sup>69</sup>. Illustre cette situation le cas jugé par la Cour suprême dans l'arrêt NJA 1989 s 191 dans lequel l'État a été tenu pour responsable de dommages causés à un bateau qui sous le coup d'une saisie conservatoire avait été mis en gardiennage hivernal chez un armateur. Un même raisonnement devrait selon la doctrine pouvoir s'appliquer dans des situations de prise en charge de personnes, par exemple un individu en état d'ébriété qui serait blessé durant son séjour en cellule de dégrisement<sup>70</sup>.

D'après les travaux préparatoires l'appréciation de la faute commise par la puissance publique est « objective »<sup>71</sup> aussi bien en ce qui concerne la responsabilité dans le cadre des activités de gestion privée que dans celui de l'exercice des pouvoirs d'autorité<sup>72</sup>. Ce qui prime est le résultat fautif de l'action (ou inaction) de l'agent/de l'autorité publique et non les raisons de la commission de la faute. Il importe peu que la faute soit due à un manque de compétence ou d'expérience de la part de l'agent ou résulte de déficiences dans l'organisation du service<sup>73</sup>. En matière de préjudice causé

---

<sup>69</sup> Voir 2010 :87, p. 85 qui renvoie à des travaux préparatoires antérieurs, Prop. 1972:5 p.357 et s. et Prop. 1989/90 :42, p. 16.

<sup>70</sup> Voir 2010 :87, p. 85 qui renvoie à B. Bengtsson et E. Strömbäck.

<sup>71</sup> Prop 1972 :5, p. 497.

<sup>72</sup> Cette interprétation a été sujette à controverse mais confirmée par l'arrêt de la Cour Suprême NJA 1990 s 137 qui concernait une décision du service du recouvrement forcé d'échanger des dollars, objet d'une saisie, contre des couronnes suédoises, sans demander l'avis des intéressés. Cette opération avait conduit à une perte de valeur due notamment à une dévaluation de la devise suédoise. Voir SOU 2010 :87, p. 83.

<sup>73</sup> SOU 2010 :87, p. 83. Le caractère objectif se retrouve aussi dans le cadre de la responsabilité de la puissance publique en raison de la délivrance d'informations erronées. Par information erronée s'entend une information objectivement incorrecte. Par conséquent une information trompeuse mais correcte n'entraîne pas la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique. Voir dans ce sens la décision du Chancelier de la justice qui, à propos d'informations trompeuses (*misvisande och misledande*) mais non incorrectes concernant les conditions d'inscription à un cours, n'a pas considéré comme applicable le chapitre 3, article 3 relatif à la responsabilité de la puissance publique du fait de la délivrance d'informations erronées. Décision Dnr 3100-08-40.

en raison de retards<sup>74</sup> par exemple, peut être mises en cause une organisation du service manifestement déficiente, ou une claire mauvaise appréciation de la question de la priorité des affaires. La véritable question qui se pose est celle de l'adéquation de la prestation effectuée au regard de ce que le particulier était en droit d'attendre de l'administration en fonction de la nature et des buts de l'activité<sup>75</sup>.

### 2.3.2 La condition de la commission d'une infraction

La condition de la commission d'une infraction est posée par la loi sur la responsabilité en matière de préjudices purement pécuniaires en ce qui concerne la responsabilité des pouvoirs publics dans le cadre d'activités de gestion privée ainsi qu'en matière de préjudices moraux pour certaines atteintes spécifiées dans le cas des deux branches de la responsabilité publique.

En matière de *préjudices purement pécuniaires* occasionnés par la puissance publique dans le cadre d'activités de gestion privée, la loi pose comme condition à la mise en jeu de la responsabilité la commission d'une infraction à la loi (chapitre 3, article 2). Cette exigence s'explique par le fort lien entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile dans le droit suédois<sup>76</sup>.

La loi pose également la condition de la commission d'une infraction pour les préjudices moraux découlant d'une « *atteinte sérieuse à la liberté, la tranquillité ou l'honneur d'une personne causée par la négligence ou la faute commise dans le cadre de l'accomplissement d'activité de gestion privée ou de l'exercice de l'autorité publique* »<sup>77</sup>.

### 2.3.3 La condition de l'existence de « raisons particulières »

En matière de responsabilité de la puissance publique en raison de la délivrance d'informations ou de conseils erronés, la loi (chapitre 3, article 3) fait dépendre la responsabilité de l'administration de l'existence de *raisons particulières* ayant amené le particulier à se fier à l'information ou aux conseils délivrés. Dans la détermination de l'existence de ces raisons particulières il doit « *tout spécialement être tenu compte de la nature des informations et des conseils, de leur*

---

<sup>74</sup> Voir Prop 1989/90 :42, p.16. Il est intéressant de remarquer que les travaux préparatoires indiquent que le public doit compter avec un certain retard dans le traitement des affaires et qu'est requis un retard très important (inacceptable) pour qu'il soit considéré comme entraînant la responsabilité des pouvoirs publics. Voir Prop 1989/90 :42, p.16. Au regard du développement qui a eu lieu dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique depuis que l'incorporation de la Convention européenne dans le droit suédois se pose toutefois la question de la validité de ces motifs tirés des travaux préparatoires.

<sup>75</sup> Ceci montre que le raisonnement qui prévalait du temps de l'existence de la règle du standard (voir supra p.1.1.3) est d'une certaine façon toujours d'actualité. SOU 2010 :87, p. 83.

<sup>76</sup> Voir *supra* 1.1.1

<sup>77</sup> Voir *supra* 2.5 sur les préjudices réparables.

*rapport avec le domaine d'activité de l'autorité publique concernée ainsi que des circonstances qui ont entouré la fourniture d'informations et de conseils*" (chapitre 3, article 3, al. 2 SKL).

Parmi les facteurs à prendre en compte, le format sous lequel est délivrée l'information et la forme de l'information elle-même peuvent jouer un rôle : l'information a-t-elle été délivrée à l'oral, à l'écrit<sup>78</sup>? Était-elle vague ou détaillée<sup>79</sup>? Le particulier a-t-il eu la possibilité de vérifier la pertinence des informations reçues de la part de l'administration? Ainsi par exemple le Chancelier de la Justice (le JK) a-t-il considéré que la responsabilité d'une université n'était pas en jeu dans le cas de la délivrance d'informations erronées dans la mesure où le demandeur pouvait se procurer des informations correctes dans un autre document – en l'occurrence une attestation d'inscription (Dnr 4671-06-46). L'information reçue relève-elle du champ d'activités de l'autorité publique? Si c'est le cas, par exemple lorsqu'une préfecture fournit, dans le cadre de la délivrance d'une autorisation concernant les transports internationaux, des informations erronées sur les documents à garder avec soi, tout porte à croire que le particulier a des raisons de se fier à leur véracité (décision du JK, Dnr 1986-05-4)<sup>80</sup>. La loi prévoit également que dans la détermination de l'existence de raisons particulières il faut tenir compte des circonstances de la délivrance de l'information, tel par exemple son caractère plus ou moins spontané ou encore le temps de préparation dont a pu disposer l'administration<sup>81</sup>.

## **2.4 La typologie de la responsabilité publique**

Si un dommage est causé dans le cadre de l'accomplissement d'une activité d'une autorité publique, l'agent de l'administration à l'origine du dommage voit rarement sa responsabilité personnelle engagée. C'est en effet en général à l'autorité publique de répondre du dommage sur le fondement des règles de la responsabilité pour le fait d'autrui, règles qui diffèrent selon que le fait dommageable a eu lieu dans le cadre d'une activité de gestion privée de l'autorité publique ou dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'autorité. S'appliquent dans le premier cas les règles de droit commun de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés (chapitre 3, article 1) et dans le second les règles sur la responsabilité de la puissance publique (chapitre 3, article 2). Dans le cadre de dommages causés au cours d'activités de gestion privée les pouvoirs publics peuvent en outre voir leur responsabilité engagée en raison d'une faute propre. La responsabilité

---

<sup>78</sup> Voir Prop. 1997/98:105, p. 61.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Voir B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 133. À l'inverse, le JK n'a pas retenu la responsabilité d'une préfecture pour la délivrance d'informations relatives aux conditions d'obtention d'un nouveau permis de conduire, informations qui ne relevaient pas de son domaine de compétence mais de celui de Vägverket, l'administration nationale des routes (Dnr 1701-01-40).

<sup>81</sup> Prop. 1997/98:105, p. 38.

pour *faute propre de l'État et des collectivités/communes* est ainsi engagée lorsque le fait dommageable est dû à un « organe », c'est-à-dire à des « personnes physiques qui exercent les plus hautes fonctions de décision et d'exécution en vertu des règles régissant l'activité »<sup>82</sup>. Cette responsabilité qui s'attache au comportement d'un « organe » est régie par les règles du droit commun de la responsabilité pour fait personnel (chapitre 2, article 1 en ce qui concerne les préjudices personnels et matériels et chapitre 2, article 2 en ce qui concerne les préjudices purement pécuniaires). La distinction entre la responsabilité pour faute propre et responsabilité pour le fait d'autrui n'existe pas quant à elle en ce qui concerne la responsabilité du fait d'actes fautifs commis dans l'exercice des pouvoirs d'autorité<sup>83</sup>.

## 2.5 Les préjudices réparables

Les pouvoirs publics sont susceptibles de répondre de la réparation des préjudices personnels, matériels, purement patrimoniaux et moraux :

Les *préjudices personnels et matériels* sont sujets à réparation dès lors que la faute est établie, que ce soit dans le cadre d'accomplissement d'activités de gestion privée ou de puissance publique (chapitre 3, article 1 et chapitre 3, article 2).

La réparation *des préjudices purement pécuniaires* est soumise à l'établissement d'une faute commise lorsque les dommages sont survenus dans le cadre de l'exercice de pouvoirs d'autorité. En ce qui concerne les dommages survenus dans le cadre de l'accomplissement d'activités de gestion privée ils seront réparés à la condition que soit établie la commission d'une infraction (chapitre 3, article 1 et chapitre 3, article 2).

Les *préjudices moraux* sont susceptibles d'être réparés au titre des préjudices personnels dont la définition recouvre notamment les souffrances physiques et psychiques<sup>84</sup>.

Il peuvent également être réparés en vertu du chapitre 2, article 3 lorsque, en violation de la loi, une atteinte sérieuse est portée à la liberté, la tranquillité ou l'honneur d'une personne, causée par la négligence ou la faute commise dans le cadre de l'accomplissement d'activité de gestion privée<sup>85</sup> ou de l'exercice des pouvoirs d'autorité<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Prop. 1972:5, p. 532.

<sup>83</sup> J. Hellner, M. Radetzki, Skadeståndsrätt, Norstedts Juridik, 2014, p 412.

<sup>84</sup> J. Hellner, Skadeståndsrätten, En introduktion, Norstedts Juridik, 2003, p. 88.

<sup>85</sup> Le chapitre 3, article 1. 3 fait un renvoi au chapitre 2, article 3 de la loi sur la responsabilité.

<sup>86</sup> Le chapitre 3, article 2.2 3 fait un renvoi au chapitre 2, article 3 de la loi sur la responsabilité.

La condition selon laquelle l'atteinte doit comporter un certain degré de gravité rend l'existence d'une simple faute de service insuffisante pour engager la responsabilité des pouvoirs publics, même lorsque l'acte peut être considéré comme désobligeant ou humiliant<sup>87</sup>. Dans une affaire qui date de 1977, NJA 1977 s 43, n'a pas été considéré comme entraînant l'obligation de réparation le comportement inapproprié d'un magistrat à l'égard d'une partie et de son avocat.

## **2.6 Les auteurs des actes dont répond la puissance publique**

La réponse à la question de savoir des actes de qui la puissance publique endosse la responsabilité varie selon les situations.

*Dans le cadre de la gestion d'activités privées*, pour lesquelles s'appliquent les règles générales de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, l'État et les communes sont responsables des dommages commis par les employés à leur service (« i någons tjänst »), expression qui recouvre les salariés au sens du droit civil, et inclut les personnes embauchées temporairement. Les pouvoirs publics répondent également des actes des personnes assimilées à des employés (travailleurs/préposés) en vertu du chapitre 6, article 5 de la loi sur la responsabilité, c'est-à-dire des recrues, internés, écoliers et mandataires indépendants. En revanche les pouvoirs publics ne répondent pas en principe des actes fautifs causés par des collaborateurs occasionnels<sup>88</sup>.

Les pouvoirs publics sont responsables lorsque le dommage est causé par le préposé dans le cadre de son service (*i tjänsten*). Sont regardés en principe comme ayant lieu dans le cadre du service tous les faits et actes accomplis pendant le temps de travail quand bien même ceux-ci ne feraient pas partie des tâches incombant à l'employé. Une exception est faite cependant pour les actes qui ne sont ni prévisibles, ni contrôlables.

La responsabilité publique s'applique quelle que soit la position hiérarchique occupée par l'employé. Un bémol est toutefois mis à cette règle puisque la commission d'actes fautifs dans le cadre de certains postes de haut niveau assumant une position d'« organes » engage la responsabilité propre de ces organes, sur le fondement du chapitre 2, article 1 de la loi sur la responsabilité<sup>89</sup>.

### ***La responsabilité dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'autorité***

---

<sup>87</sup> L'atteinte causée par une décision ou autre mesure administrative considérée comme discriminatoire est toutefois susceptible d'être réparée sur le fondement de la législation contre les discriminations. Voir B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 129.

<sup>88</sup> Cependant, en application des principes généraux du droit le donneur d'ordre peut dans certains cas être considéré comme responsable des dommages causés par des collaborateurs (medarbetare) indépendants, par exemple lorsqu'un dommage intervient dans un cadre contractuel. Voir SOU 2010:87, p. 74.

<sup>89</sup> Voir *supra* 2.4.

La puissance publique est responsable des dommages rattachés à ce qui peut être considéré comme « *exercice des pouvoirs d'autorité* ». L'exercice de ces pouvoirs peut être le fait d'employés ou assimilés en vertu du chapitre 6, article 5 de la loi sur la responsabilité<sup>90</sup>.

Afin de déterminer si le dommage est causé ou non dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'autorité il convient de considérer la nature de l'acte dommageable, c'est-à-dire si celui-ci a un caractère privé ou public. Ceci n'est pas sans rappeler la condition de la commission de l'acte « *durant le service* » telle que posée par la loi en matière d'activités de gestion privée<sup>91</sup>. Des exemples instructifs sont présentés dans la littérature et les travaux préparatoires<sup>92</sup>, celui du policier qui durant son temps libre maltraite un ennemi personnel et celui du policier qui durant ses loisirs fait interner une personne afin de lui nuire, en se servant de sa carte professionnelle. Seul le second cas sera considéré comme exercice des pouvoirs d'autorité.

La puissance publique est également responsable des actes dommageables causés dans le cadre d'une « *délégation d'autorité publique* ». Il s'agit du cas dans lesquels l'État et les communes ont confié l'exercice de l'autorité publique à un organe indépendant, telle par exemple la société AB Svensk Bilprovning à qui l'État a donné mission de procéder au contrôle technique des véhicules avec pouvoir de prononcer des injonctions voire des interdictions.

L'idée sous-jacente de la règle tirée du chapitre 3, article 2 étant que c'est toujours en dernier ressort l'État ou la commune qui doit répondre des dommages causés dans l'exercice des pouvoirs d'autorité, la puissance publique ne peut échapper à sa responsabilité en privatisant les activités ou en confiant des missions à des collaborateurs extérieurs à l'administration centrale ou locale<sup>93</sup>.

La puissance publique peut également être tenue pour responsable d'actes de collaborateurs qui s'inscrivent *dans l'exercice* des pouvoirs d'autorité<sup>94</sup> même s'ils ne constituent pas en eux-mêmes l'exercice de ces pouvoirs. En outre l'État est responsable des dommages causés « *en relation avec* » l'exercice des pouvoirs d'autorité de plusieurs instances ou personnes plus ou moins indépendantes (*fristående*) tels par exemple les caisses de sécurité sociale, les notaires (*notarius publicus*), les agents de surveillance dotés de compétences empruntées à la police ainsi que la Chambre des Avocats (le barreau) lorsqu'elle commet des fautes dans l'exercice de ses compétences disciplinaires<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> J. Hellner, M. Radetzki, *Skadeståndsrätt*, Norstedts Juridik, 2014, p. 424.

<sup>91</sup> *Id.*, p. 425.

<sup>92</sup> Voir B. Bengtsson, *Skadestånd vid myndighetsutövning I*, Norstedt & Söners förlag, 1976, p. 329 et s et Prop. 1972:5, p. 505.

<sup>93</sup> SOU 2010 :87, p. 88.

<sup>94</sup> «*I samband med myndighetsutövning* ».

<sup>95</sup> SOU 2010 :87, p. 89.

Tandis qu'en matière de responsabilité dans le cadre de la gestion privée la question de savoir si l'État ou la commune est responsable dépend de l'identification de l'« employeur » du préposé<sup>96</sup> à l'origine du fait dommageable, en matière de responsabilité dans l'exercice des pouvoirs d'autorité il s'agit d'identifier quelle est l'autorité publique, État ou commune, qui tel que l'exprime la loi (chapitre 3, article 2) « répond de l'accomplissement » de l'activité dans le cadre de laquelle est apparu le dommage<sup>97</sup>. Pour déterminer si c'est à une commune ou bien à l'État d'endosser la responsabilité il faut tenir compte de l'instance qui a employé le titulaire du poste, mais aussi de facteurs tels que l'origine du financement de l'activité, du donneur d'ordres dans la mise en œuvre de l'activité etc.<sup>98</sup>.

En matière de responsabilité publique dans le cadre de la gestion privée tout comme dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'autorité, il n'est pas besoin que l'acte fautif soit rattaché à une personne en particulier. Les « fautes anonymes » tout comme les « fautes cumulées » peuvent en effet entraîner la responsabilité de l'État comme des communes<sup>99</sup>.

***En ce qui concerne la responsabilité publique sur le fondement du chapitre 3, article 3, en raison de la délivrance d'informations erronées,*** le cercle des personnes pour lesquelles les autorités publiques sont susceptibles d'engager leur responsabilité est plus restreint que dans le cadre du chapitre 3, article 2. Si l'autorité publique répond dans ce cas de figure des dommages causés par ses agents, quelle que soit leur position hiérarchique<sup>100</sup>, elle ne répond pas de ceux causés par des collaborateurs tels des experts ou chargés d'audit missionnés par l'administration. Elle ne répond pas non plus des dommages causés par des informations erronées délivrées par des sociétés par actions dont l'État est propriétaire<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> «Celui qui a l'employé à son service doit réparer ... ». Voir supra 2.2.

<sup>97</sup> Voir supra 2.2.

<sup>98</sup> SOU 2010 :87, p. 89. Dans l'arrêt de la Cour suprême NJA 1987 s 954 l'État a été considéré comme responsable de fautes commises par le Service public de recouvrement forcé bien que des négligences d'une autorité communale avaient été constatées.

<sup>99</sup> Voir SOU 2010:87, p. 75. Erreurs qui regardées séparément sont de moindre importance mais qui considérées ensemble sont constitutives d'une négligence de la part de l'administration. B. Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, Norstedts Juridik, 1996, p. 57.

<sup>100</sup> B. Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, Norstedts Juridik, 1990, p 132.

<sup>101</sup> Id., p. 131.

### **3. Un régime spécial de responsabilité pour les décisions des plus hautes autorités de l'État**

Les organes les plus hauts de l'État font l'objet d'un régime à part dans le droit de la responsabilité étatique puisque, en matière de responsabilité pour des dommages causés dans l'exercice des pouvoirs d'autorité les règles du chapitre 3, article 2 ne leur sont pas en principe applicables<sup>102</sup>. En effet, le chapitre 3, article 7 de la loi sur la responsabilité s'oppose à toute action en responsabilité (taleförbud) contre les décisions du Parlement et du gouvernement (3.1) ainsi que pour les actes des instances juridictionnelles les plus hautes<sup>103</sup>.

#### **3.1 Le régime spécial de responsabilité pour les décisions du Parlement et du gouvernement**

Le principe est celui de l'irresponsabilité étatique pour les dommages causés par les actes du Parlement et du gouvernement (3.1.1). Et ce n'est que dans des cas bien précis que la responsabilité peut être engagée (3.1.2).

##### **3.1.1 Un principe général d'irresponsabilité**

La loi sur la responsabilité prévoit en son chapitre 3, article 7 l'interdiction d'intenter une action en réparation (skadeståndstalan) contre les décisions du Parlement (le Riksdag) ou du gouvernement. Cette interdiction vaut également - ainsi en a décidé la Cour suprême - en cas d'inertie décisionnelle, telle que l'absence de décision dans la mise en conformité du droit suédois avec le droit international (NJA 1987 s 125)<sup>104</sup>.

La règle de l'interdiction d'intenter une action contre les décisions du Parlement et du gouvernement<sup>105</sup> érige un obstacle procédural, puisqu'en pratique elle signifie que toute requête

---

<sup>102</sup> Dans le cadre de la responsabilité privée il n'existe aucune exception pour le Parlement ou le gouvernement. J. Hellner, M. Radetzki, Skadeståndsrätt, Norstedts Juridik, 2014, p. 411.

<sup>103</sup> Les décisions des instances inférieures qui ont été l'objet d'un appel auprès du gouvernement, de la Cour suprême ou de la Cour administrative suprême sans que les décisions n'aient été ni annulées ni modifiées sont considérées de la même manière que les décisions de ces instances supérieures. (chapitre 3, article 7. Voir SOU 2010 :87, p 92.)

<sup>104</sup> Voir dans SOU 2010 :87, p 91. Voir aussi NJA 2006 N 32 relatif au défaut de prise de décision concernant un recrutement. Voir dans SOU 2010 :87, p. 92.

<sup>105</sup> Le principe de l'interdiction de mettre en jeu la responsabilité du gouvernement a fait l'objet d'une remise en question, à la fin des années 1980, à l'occasion des débats portant sur un renforcement de la responsabilité étatique. Voir Prop. 1989/90:42, p. 21. Un *statu quo* a finalement été décidé sur ce point, eu égard à la récente introduction dans l'ordre juridique suédois d'un dispositif permettant aux citoyens droit de porter devant une juridiction une décision du gouvernement à la faveur de l'adoption de la loi sur le rättsprövning (contrôle juridictionnel de légalité) (1988 :205). La loi de 1988 a depuis été remplacée par la loi (2006:304).

de cette nature doit être rejetée<sup>106</sup>. Elle traduit la volonté du législateur de ne pas faire porter à l'État la responsabilité des décisions des hautes sphères politiques et notamment du gouvernement, caractérisées par un pouvoir d'appréciation étendu et un caractère politiquement marqué<sup>107</sup>. Par ailleurs la responsabilité des membres du gouvernement pouvant être mise en œuvre devant la commission constitutionnelle du Riksdag en vertu du Chapitre 13 de l'Instrument du Gouvernement (constitution), il contreviendrait au caractère substantiel du régime politique que de permettre aux citoyens de se tourner vers la justice pour déterminer de surcroît si le gouvernement a agi de façon fautive à l'aune du droit de la réparation<sup>108</sup>.

### 3.1.2 Les exceptions au principe

Il existe tout de même des cas où il est possible de faire jouer la responsabilité étatique pour des décisions du Parlement et du gouvernement : en cas d'abrogation ou de modification d'une décision irrégulière ou en cas de violation du droit européen.

La responsabilité étatique pour les décisions du parlement, le Riksdag, et du Gouvernement peut être ainsi engagée si la décision à l'origine de l'irrégularité a été abrogée ou modifiée. Ce sera le cas lorsque le Riksdag ou le gouvernement apportent par eux-mêmes une correction à une décision considérée comme entachée d'erreur, situation qu'illustre une décision du Chancelier de la Justice relative à la loi sur les loteries (lotterilagen) (Dnr 2944-01-40).

Si la modification est due à un motif autre que l'erreur, il n'est pas attribué de dommages et intérêts. Ainsi dans une décision 1981 s. 186 JK a rejeté une demande d'indemnisation en faisant valoir que la modification incriminée – celle d'une décision du gouvernement concernant la limitation de vitesse pour le trafic maritime – avait été motivée par la volonté d'assurer une meilleure mise en balance des intérêts en présence et non par la commission d'une faute ou d'une négligence<sup>109</sup>.

L'action en responsabilité peut également être engagée si, en application du mécanisme de lagprövning (sorte de contrôle de constitutionnalité effectué par les Cours) prévu au chapitre 11, article 14 de l'Instrument de Gouvernement, une Cour écarte l'application d'un texte de loi ou d'un règlement pour défaut de conformité avec la constitution. C'est ce qu'a affirmé la Cour suprême dans sa décision NJA 2000 s. 637 relative à une délégation de compétence décidée par le

---

<sup>106</sup> B. Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, Norstedts Juridik, 1996, p. 121.

<sup>107</sup> *Id.*, p. 119.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> B. Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, Norstedts Juridik, 1996, p. 121.

gouvernement en violation des règles constitutionnelles. En l'occurrence un organe international s'était vu attribuer le droit de prononcer des interdictions d'exercer le droit de pêche<sup>110</sup>. La puissance publique peut être ainsi tenue responsable des cas de fautes ou négligences commises dans le cadre de la législation.

L'abrogation des décisions du gouvernement peut également faire suite à un contrôle juridictionnel de légalité (rättsprövning) ou un pourvoi en révision.

La responsabilité étatique peut également être engagée lorsqu'est en cause le droit européen. En effet, lorsqu'une action en responsabilité est fondée directement sur la violation de la CEDH ou du droit de l'Union européenne, l'obstacle procédural posé par le 3:7 SKL est dénué d'effet puisqu'il s'agit de situations non couvertes par le 3:2 SKL<sup>111</sup>. A pu être ainsi retenue la responsabilité de l'État en raison de la transposition défectueuse d'une directive européenne effectuée à l'époque où la Suède était membre de l'accord EEE<sup>112</sup>.

### **3.2 Le régime spécial de responsabilité pour les décisions des Cours suprêmes**

A l'instar de ce qui existe pour les décisions du Parlement et du Gouvernement, le principe est celui de l'interdiction d'intenter une action à l'encontre des actes des juridictions suprêmes (3.2.1), règle qui est écartée lorsque la décision contestée a été modifiée ou abrogée (3.2.2).

#### **3.2.1 Un principe général d'irresponsabilité**

Les fondements de l'obstacle procédural mis à l'engagement de la responsabilité étatique sont dans le cas des juridictions de nature principalement pratique et pragmatique. Ils sont liés à la difficulté de trouver une instance adéquate à qui confier le soin d'examiner les demandes de dommages et intérêts pour les préjudices causés par les cours suprêmes. Ils se rapportent aussi à la faible probabilité de ce type de contentieux.

#### **3.2.2 Les exceptions au principe**

La responsabilité étatique peut toutefois être engagée pour les décisions des Cours suprêmes lorsque la décision contestée a été abrogée ou modifiée. Cela implique que le plaignant qui entend

---

<sup>110</sup> Voir aussi l'arrêt NJA 2001 s 210.

<sup>111</sup> Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014, p. 147. Le risque de commission de faute dans ce cas n'est pas écarté en pratique, comme le démontre par exemple la décision du Chancelier de la Justice 1991 s 143.

<sup>112</sup> NJA 2004 s. 6629.

demander des dommages et intérêts en raison du préjudice causé par une décision de justice doit au préalable se pourvoir en révision ou faire usage d'une autre voie de recours extraordinaire afin de faire constater le caractère fautif de la décision.

### Conclusion

La présentation du régime juridique de la responsabilité en droit suédois a fait apparaître que le droit de la responsabilité publique est jeune, surtout dans la branche «puissance publique». Elle montre également que d'origine quasi exclusivement jurisprudentielle - dans sa branche civile - le droit de la responsabilité publique est depuis la loi sur la 1972 régi par un corpus légal cohérent et exhaustif. Loin de constituer un bloc monolithique le régime de la responsabilité a maintes fois évolué, sous l'influence de facteurs endogènes ou exogènes. D'ailleurs on retrouve dans ce domaine, de façon peut-être plus marquée que dans d'autres, une relation dialectique entre les différentes sources de droit qui au fur et à mesure (et sauf exception) génère une avancée du droit de la responsabilité étatique dans le sens d'une responsabilité plus forte à la charge des pouvoirs publics<sup>113</sup>. Force est de constater quoi qu'il en soit que la maîtrise des juridictions judiciaires sur le contentieux de la responsabilité publique se cumulant avec un manque d'intérêt manifeste de la part des juristes de droit public fait obstacle à l'émergence d'un véritable *droit public de la responsabilité* en droit suédois.

---

<sup>113</sup> Les informations sur les transformations du droit de la responsabilité données dans la section sur l'évolution du droit de la responsabilité en sont un bon exemple.

## Bibliographie

### *Travaux préparatoires*

Prop. 1972:5 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.

SOU 1993:55 Det allmännas skadeståndsansvar

Prop. 1997/98:105 Det allmännas skadeståndsansvar

Prop 1989/90:42 om det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen

SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen

### *Ouvrages et articles*

B. Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, Norstedt & Söners förlag, 1976

B. Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning II, Norstedt & Söners förlag, 197

B. Bengtsson Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, Norstedts Juridik, 1990

B. Bengtsson Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, Norstedts Juridik, 1996 (réédité en 2001)

B. Bengtsson, E. Strömbäck, Skadeståndslagen – En kommentar m.m., Norstedts Juridik, 2014,

B. Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SVJT 2014 s 431

J. Hellner, Skadeståndsrätten, En introduktion, Norstedts Juridik, 2003.

J. Hellner, M. Radetzki, Skadeståndsrätt, Norstedts Juridik, 2014.

P. Jonason, Les caractères essentiels du droit suédois de la procédure administrative. *In* Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure / [ed] Jean-Bernard Auby, Brussels: Bruylant, coll. Droit administratif Bruylant, 2016.

**L'INFLUENCE**  
**DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**  
**SUR LES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT**

**Charlotte DENIZEAU**

**Maître de conférences - Université Panthéon-Assas**

**DOCUMENT PROVISOIRE**

**I. L'INFLUENCE TENUE SUR LES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONVENTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES**

A. L'ABSENCE DE PRINCIPE GENERAL D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE INTERNE DE L'ÉTAT

- 1°) *Le silence de la Convention sur une obligation générale de responsabilité interne de l'État*
  - a) Le silence
  - b) Le palliatif : le principe de « prééminence du droit »
- 2°) *Les régimes d'irresponsabilité de l'État aux prises avec la Convention*
  - a) La réduction des régimes d'irresponsabilité
  - b) La persistance de régimes d'irresponsabilité

B. L'ENCADREMENT PROCEDURAL DE L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT PAR L'ARTICLE 6 §1 DE LA CONVENTION

- 1°) *La responsabilité de l'État engagée pour violation du droit au procès équitable*
- 2°) *Le contentieux de la responsabilité publique aux prises avec l'article 6*

**II. L'HARMONISATION DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE CONVENTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES**

A. L'OBJECTIVISATION DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE ETATIQUE CONVENTIONNELLE DEVANT LE JUGE INTERNE

- 1°) *L'engagement de la responsabilité de l'État pour violation normative ou juridictionnelle de la Convention*
  - a) La responsabilité primaire des États fondée sur le principe de subsidiarité
  - b) La subsidiarité procédurale : l'épuisement des voies de recours interne
  - c) La subsidiarité, garante de la diversité et du pluralisme
- 2°) *L'effacement de la responsabilité pour faute*

B. L'HOMOGENEISATION DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE CONVENTIONNELLE DEVANT LE JUGE EUROPEEN

- 1°) *Appréciation élargie des conditions d'engagement de la responsabilité étatique : conception extensive des notions de victime, d'État et de juridiction.*
- 2°) *Les obligations processuelles et procédurales communes aux États*
- 3°) *Les limites communes de l'engagement de la responsabilité des États*
  - a) Les limites procédurales
  - b) Les limites substantielles

Mesurer l'influence du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État n'est pas chose aisée. En 2001, J.-P. Costa confiait avoir eu « *l'impression que la Convention européenne des droits de l'homme et la responsabilité publique étaient deux mondes étanches qui n'avaient guère de communication* »<sup>1</sup>. Et ajoutait-il « *c'est tellement vrai que dans les manuels ou dans les recueils de jurisprudence consacrés à notre Cour, on ne trouve pas ou très rarement le mot responsabilité* »<sup>23</sup>, assertion qui se vérifie. En droit de l'Union européenne, les choses sont différentes. Il existe une littérature foisonnante sur la responsabilité de l'État aux prises avec le droit communautaire<sup>4</sup>.

Pour ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, on observe rapidement **qu'elle ne consacre aucun traitement à la responsabilité publique**, aucun régime général de responsabilité, **pas plus qu'elle n'impose aux États un modèle particulier de responsabilité publique extra-conventionnelle**. Par « extra-conventionnelle », il faut entendre la responsabilité interne qui n'est pas liée à la violation d'un droit ou d'une liberté garanti(e) par la Convention, responsabilité distincte de la responsabilité internationale, liée à l'engagement conventionnel de l'État. L'expression responsabilité de l'État ou responsabilité étatique peut être entendue ici comme équivalente à celle de responsabilité publique car c'est toujours par le vecteur de la notion d'État qu'est appréhendée la responsabilité de la puissance publique par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle retient une acception large de la notion d'État qui englobe l'État central, l'État déconcentré et décentralisé et ses démembrements. C'est dans cette acception la plus large qu'elle sera retenue ici, étant entendu que les expressions responsabilité publique, responsabilité de la puissance publique désignent ainsi le même champ.

Parmi les 47 États membres, **les régimes internes sont pluriels, divers, hétérogènes**<sup>5</sup>. La Convention, pas plus que la Cour, n'ont cherché à homogénéiser ces régimes internes qui sont

---

<sup>1</sup> J.-P. COSTA, « La pratique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Actes du colloque de Paris XIII, 11 et 12 mai 2001, Sénat, pp. 25-34.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> S'agissant de la France, on trouve les thèses d'H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, 2001, L'Harmattan, 512 p. et de J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Pedone, 2000 Voir également J. MOREAU, « L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 409 ; A. ILIOPOULOU-PENOT, « Les catégories du droit de la responsabilité de la puissance publique », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français*, sous la direction de J.B. Auby, Dalloz, 2010, pp. 791-812.

<sup>4</sup> D. SIMON, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire », *AJDA*, 1996, p. 489 ; G. VANDERSANDEN et M. DONY (dir), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et droit national comparé*, Bruylant, 1997, p. 353 ; C. Broyelle, « L'influence de l'Union européenne sur le régime de la responsabilité administrative », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, 2014.

<sup>5</sup> Voir les études comparatistes produites dans le cadre de la présente recherche collective. Par ailleurs, hormis quelques travaux récents, (voir en particulier la thèse de A. JACQUEMET-GAUCHE, *La responsabilité de la puissance*

étroitement liés à la spécificité des systèmes juridiques, aux choix d'organisation juridictionnelle, à la culture, aux traditions juridiques et à la place du droit public dans ces États. Ceci tient au fait que la « *responsabilité administrative n'est pas seulement un corps de règles techniques gouvernant les relations patrimoniales entre les administrés victimes et l'administration auteur de dommages, mais elle est aussi et surtout l'expression juridique de la démocratisation de la société et de la progression de la limitation de l'État par le droit* »<sup>6</sup>. L'organisation de cette limitation reste aux mains des États. Ils jouissent en la matière de leur pleine marge d'appréciation.

Plus encore, nous observerons que la Cour européenne tolère des **régimes d'irresponsabilité publique**. La démarche globale de la Cour pour finalité de juguler les tentatives nationales visant à empêcher les actions en réparation de prospérer, elle tend à réduire le champ des irresponsabilités. Néanmoins il existe des cas où l'irresponsabilité de l'État est admise et tolérée par le juge de Strasbourg. Tel est le cas lorsqu'il estime qu'il n'y a pas de droit reconnu en droit interne<sup>7</sup>. En outre, il tolère également des régimes de responsabilité fondée sur le droit interne<sup>8</sup> ou encore des régimes d'immunité.

Le droit conventionnel n'exercerait donc qu'une influence réduite sur les conditions d'engagement de la responsabilité étatique interne, allant jusqu'à la tolérance des régimes d'irresponsabilité.

S'en tenir à ce constat serait insatisfaisant et réducteur. En réalité, si l'on examine les choses plus avant, on observe que **le droit de la convention exerce une influence certes ténue, mais perceptible sur les conditions d'engagement de la responsabilité interne de l'État**. Les États doivent, dans le cadre des procédures juridictionnelles mettant en jeu leur responsabilité interne, respecter **les règles procédurales fixées par l'article 6 §1** de la Convention. Cet article, qui garantit le « droit à un procès équitable », consacre en ce sens le principe fondamental de prééminence du droit dans une société démocratique<sup>9</sup>. La Cour a considéré que l'article 6§1 devait être appliqué aux actions en responsabilité contre l'État devant les juridictions administratives<sup>10</sup>.

---

*publique en France et en Allemagne*, 2013, LGDJ, 594 p.) il y a peu de littérature juridique comparée systématique sur les régimes de responsabilité.

<sup>6</sup> « Responsabilité » par M. DEGUERGUE, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1347.

<sup>7</sup> CEDH, 23 octobre 1985, *Bentben c/ Pays-Bas*, req. n°8848/80, CEDH, 21 juin 2000, *Plattform "Ärzte für das Leben" c/ Autriche*, req. n° 10126/82, CEDH, 6 avril 2000, *Athanassoglou et autres c/ Suisse*

<sup>8</sup> CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. n° 87/1997/871/1083 ; CEDH, 10 mai 2001, *Z autres c/ Royaume-Uni et T.P. c/ K c/ Royaume-Uni*, req. n° 29392/95.

<sup>9</sup> CEDH, 26 avril 1979, *Sunday times*, § 55.

<sup>10</sup> Au sujet d'un traitement médical dans un hôpital public, CEDH, 24 octobre 1989, *H c/ France*, A. 162, note O. DUGRIP et F. SUDRE, *RFDA*, 1990, p. 203 ; Au sujet de la contamination d'un hémophile par le virus du sida, CEDH, 31 mars 1992, *X c/ France*, *JCP G*, 1993, I, 3654, n°11, chron. F. SUDRE).

Qu'en est-il lorsqu'est en jeu la responsabilité conventionnelle de l'État ? Lorsque celui-ci a porté atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention ? Dans cette seconde perspective, l'influence du droit européen est toute autre. Ici le droit européen porte en germe le principe de responsabilité. L'État qui ratifie la Convention s'engage à la respecter ; à défaut il engage sa responsabilité. Autrement dit, le **principe de responsabilité est consubstantiel à l'appartenance de l'État membre à l'ordre public européen des droits de l'homme**<sup>11</sup>.

Dans ce contexte, les États sont tenus d'organiser, devant leurs juridictions internes, un régime de responsabilité à raison des dommages causés par une violation des droits et libertés garantis par la Convention, en application du principe de subsidiarité.

On observe que l'influence conventionnelle conduit à **l'altération du régime de la responsabilité pour faute**, dans les États qui connaissent ce régime. En effet l'obligation de réparation qui pèse sur un État membre résulte non pas d'une faute, mais d'une violation du traité. La notion de faute est absente du mécanisme et conforme à la tendance du droit international à retenir une conception objective de la responsabilité fondée sur l'imputabilité du fait générateur à l'État. On peut considérer, en ce sens, que le droit conventionnel conduit à l'objectivisation des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État.

Ensuite, la responsabilité de l'État peut être engagée, après épuisement des voies de recours internes, devant la Cour européenne. Cette responsabilité internationale de l'État est limitée à la violation des droits et libertés conventionnels, la Convention fixant une compétence à la Cour qu'elle ne peut pas excéder. Les 47 États membres sont soumis aux mêmes obligations mécaniquement, le **droit conventionnel homogénéise les conditions et les limites de l'engagement de la responsabilité étatique devant la Cour**.

Ces observations conduisent à articuler la réflexion autour de deux axes. Il s'agira dans un premier temps de s'intéresser à l'influence tenue de la Convention sur la conditions d'engagement de la responsabilité interne étatique ; on ne pourra que constater l'hétérogénéité persistante, ou à tout le moins la variété et la diversité, des régimes de responsabilité, à l'exception des obligations procédurales nées de la Convention (I) .

En revanche, s'agissant de la responsabilité conventionnelle, liée à la violation des droits et libertés protégés par la convention, on pourra utilement mesurer l'influence déterminante et uniformisante, ou du moins harmonisante, du droit conventionnel. L'étude des procédures et de la jurisprudence atteste de la convergence des modalités et des conditions d'engagement de cette

---

<sup>11</sup> CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/Turquie*, req. n° 15318/89.

responsabilité devant le juge interne, et nécessairement devant la Cour européenne des droits de l'homme (II).

## **I. L'INFLUENCE TENUE SUR LES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONVENTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES**

Deux éléments sont saillants. On note qu'une part qu'il n'existe, comme indiqué précédemment, dans le texte de la Convention et dans la jurisprudence de la Cour, aucun principe d'engagement de la responsabilité de l'Etat (A). Toutefois, la Convention pénètre les régimes de responsabilité de Etats membres par le biais de l'article 6§1, relatif au droit au procès équitable (B).

### **A. L'absence de principe général d'engagement de la responsabilité de l'Etat**

*1°) Le silence de la Convention sur une obligation générale de responsabilité interne de l'Etat*

a) Le silence

Dans la Convention, aucun article ne fixe un principe général suivant lequel la puissance publique doit être responsable de ses actes en général. Autrement dit, aucun article ne pose l'obligation pour les Hautes parties contractantes de répondre des dommages qu'elles peuvent causer et celle conséquente d'en assumer et d'en réparer les conséquences. On ne trouve pas le principe inscrit à l'article 19. 4 de la Loi fondamentale allemande, au terme duquel, quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel<sup>12</sup>.

b) Le palliatif : le principe de « prééminence du droit »

Néanmoins le principe de responsabilité de l'Etat pour les dommages qu'il cause découle implicitement du principe de « prééminence du droit », inscrit dans le préambule de la Convention<sup>13</sup>. Ce principe, expression du principe d'Etat de droit, est inscrit lui-même dans certaines Constitutions étatiques<sup>14</sup>, tout en étant une condition d'adhésion au Conseil de

---

<sup>12</sup> « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire. L'article 10, al. 2, 2e phrase n'est pas affecté ».

<sup>13</sup> « Résolus en tant que gouvernements d'Etats européens, animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective des droits énoncés dans la déclaration universelle ».

<sup>14</sup> Présent dans de nombreux Constitutions, notamment allemande, espagnole, portugaise, bulgare, hongroise, roumaine, russe ou tchèque

l'Europe. La Convention l'identifie comme le « patrimoine commun » des Etats parties à la convention<sup>15</sup>, comme l'a affirmé la Cour européenne dans le célèbre arrêt *Godler* en 1975<sup>16</sup>.

Or, le principe de la « prééminence du droit » comme celui de l'Etat de droit, se présente comme un faisceau de sous-principes, parmi lesquels on trouve la responsabilité de la puissance publique - aux côtés d'autres sous-principes fondamentaux que sont les principes de primauté de la Constitution et de sa garantie juridictionnelle, la soumission de l'administration et de la justice à la loi et au droit, la réserve de loi qui interdit à l'exécutif d'agir dans une base législative suffisante, le principe d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs, la sécurité juridique, le principe de proportionnalité, le droit au recours et les garanties procédurales<sup>17</sup> -. Comme le notait A. Iliopoulou, « *La responsabilité forme incontestablement une pièce essentielle de l'Etat de droit, dont les exigences se trouvent renforcées par les droits de la CEDH et de l'Union européenne* »<sup>18</sup>.

Il en résulte que l'exigence de prééminence du droit dans l'ensemble des 47 Etats membres implique et sous-tend la responsabilité de la puissance publique et la mise en place de mécanismes de garantie qui permettent sa mise en jeu. Néanmoins, la Cour européenne n'a jamais été plus loin pour donner une interprétation extensive de ce principe, elle n'en a tiré comme conséquence que la protection des droits garantis par la Convention, rien au-delà.

## 2°) *Les régimes d'irresponsabilité de l'Etat aux prises avec la Convention*

**Il existe dans les ordres juridiques interne des immunités qui empêchent effectivement les requérants d'intenter une action. La Cour les examine au regard du droit d'accès à un tribunal.** Dans certaines hypothèses, elle tolère encore ces régimes d'irresponsabilité de la puissance publique. Soulignons toutefois, avec F. Sudre, que la jurisprudence de la Cour qui fixe les conditions de la compatibilité de ces immunités avec le droit d'accès à un tribunal est « *fort prudente en la matière* »<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Voir O. JOUANJAN, « Etat de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* p., 649.

<sup>16</sup> CEDH, 21 février 1975, R. PELLOUX, « L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1975, vol 21, n°1, pp. 330-339. La Cour consacre dans cet arrêt de manière définitive le libre accès au tribunal comme un élément inhérent, et donc indispensable, au droit au procès équitable. Autrement dit, elle reconnaît le droit au procès équitable comme la réalisation du principe fondamental de toute société démocratique, à savoir la prééminence du droit ou selon le terme utilisé l'Etat de droit.

<sup>17</sup> O. JOUANJAN, *préc.*

<sup>18</sup> A. ILIOPOULOU, *op. cit.* p. 792.

<sup>19</sup> F. SUDRE, *op. cit.* § 212.

a) La réduction des régimes d'irresponsabilité

Une immunité générale et absolue excluant la responsabilité civile de services de police est condamnées par le juge européen (CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*). Cette affaire *Osman c. Royaume-Uni* concernait une immunité<sup>20</sup> d'ordre public en vertu de laquelle aucune action ne pouvait être intentée pour faute à l'encontre des services de police dans leurs fonctions d'enquête ou de lutte contre la criminalité. Les juges de Strasbourg ont considéré que le but de ce principe d'exclusion pouvait passer pour légitime, dans la mesure où il visait à préserver l'efficacité des forces de police dans la prévention des troubles à l'ordre public et de la criminalité. Cependant, l'application dudit principe sans rechercher plus avant l'existence de considérations d'intérêt général concurrentes **aboutissait à accorder une immunité générale à la police pour ses actes et ses manquements**. Il constituait ainsi une restriction injustifiable du droit d'une personne à ce qu'il soit statué sur le fond de ses griefs. La Cour a par conséquent conclu à la violation de l'article 6.

Ajout : - **Immunité présidentielle : Cour EDH, 3<sup>e</sup> Sect. 2 décembre 2014, *Urechean et Pavlicenco c. République de Moldova*, Req. n<sup>os</sup> 27756/05 et 41219/07 (Uniquement en anglais)**

voir Nicolas Hervieu, « L'immunité présidentielle sous l'épée de Damoclès européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 décembre 2014, consulté le 26 février 2016. URL : <http://revdh.revues.org/1025>

*« Pour la toute première fois de son histoire, la Cour européenne des droits de l'homme a soumis un dispositif d'immunité présidentielle à l'épreuve de la conventionalité. Or, c'est peu dire que le résultat de cet examen inédit est particulièrement détonnant. En effet, par un arrêt en date du 2 décembre 2014, la juridiction européenne a estimé qu'en faisant radicalement obstacle à des poursuites pour diffamation initiées au titre de propos tenus par un président en exercice, cette immunité – telle que mise en œuvre par les juridictions nationales – a emporté une violation du droit d'accès à un tribunal. Pour parvenir à une telle issue, la Cour a fait primer la logique de conciliation des droits et intérêts. Surtout, les juges ont ostensiblement affiché leur refus de toute inviolabilité et immunité absolues, de jure ou de facto. Dès lors, la solution européenne ne peut manquer d'interroger la conventionalité d'autres dispositifs constitutionnels comparables, au premier rang desquels figure le statut du Président de la République française ».*



b) La persistance de régimes d'irresponsabilité

**La Cour tolère des régimes d'immunités internes. Exemples :**

---

<sup>20</sup> - Sur les immunités parlementaires : Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 24 mai 2011, *Onorato c. Italie*, Req. n<sup>o</sup> 26218/06 – [ADL du 29 mai 2011](#) ; Cour EDH, G.C. 3 décembre 2009, *Kart c. Turquie*, Req. n<sup>o</sup> 8917/05 – [ADL du 8 décembre 2009](#) ; Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 24 février 2009, *C.G.I.L. et Cofferati c. Italie*, Req. n<sup>o</sup> 46967/07 – [ADL du 25 février 2009](#) ; Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 8 juillet 2008, *Kart c. Turquie*, Req. n<sup>o</sup> 8917/05 – [ADL du 9 juillet 2008](#).

- **Immunité parlementaire** : la Cour a examiné l'immunité attachée aux débats parlementaires. Dans l'affaire *A c. Royaume-Uni* en 2002, la requérante avait été qualifiée par son député de « voisine infernale », mais l'immunité parlementaire absolue dont jouissait l'auteur de ces propos n'avait pas permis à l'intéressée d'intenter une action. La Cour jugé cette restriction d'accès justifiée par l'importance fondamentale que revêtait la protection de la liberté d'expression au sein du Parlement. Elle observe que cette immunité vise les buts légitimes de la protection de la liberté d'expression au Parlement et le maintien de la séparation entre les pouvoirs législatif et judiciaire, qu'elle est en vigueur parmi plusieurs Etats membres, et n'est pas une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal sous réserve de ce que l'immunité se limite aux agissements liés à l'exercice des fonction parlementaires *stricto sensu* et que le requérant dispose d'autres voies de recours pour protéger ses droits « civils ».

Les juges de Strasbourg sont toutefois parvenus à une autre conclusion dans l'affaire *Cordova c. Italie*, où le requérant, qui exerçait la fonction de Procureur, avait engagé des poursuites pour l'atteinte à sa réputation causée par les déclarations de deux parlementaires. L'immunité dont jouissaient ces derniers avait entraîné l'abandon des poursuites. La Cour a estimé que ces propos avaient été tenus dans un cadre privé plutôt que professionnel et que la décision, prise par des instances politiques, de limiter l'accès du requérant à un tribunal constituait une ingérence disproportionnée<sup>21</sup>.

- **Privilège de juridiction des magistrats** : la même solution que celle adoptée dans l'arrêt *A c/ Royaume-Uni* est retenue *mutadis mutandis* pour le privilège de juridiction des magistrats (CEDH, 15 juin 2003, *Ernst c/ Belgique*). Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'immunité accordée à un magistrat pour les actions intentées au civil en dommages-intérêts était justifiée, tout en mettant l'accent sur le fait que d'autres moyens permettaient aux requérants de défendre leurs intérêts.

- **Régime d'immunité au Royaume-Uni interdisant les actions intentées au civil par des malades mentaux contre le personnel médical ou les autorités sanitaires, sauf allégation d'actes accomplis de mauvaise foi ou avec négligence** (dans ce cas qu'un juge de la Haute Cour délivre une autorisation en ce sens sur la base d'une présomption de mauvaise foi ou d'une faute). La Cour a estimé que les restrictions imposées, qui limitaient la responsabilité des autorités compétentes, ne portaient pas atteinte à l'essence même du droit du requérant à un tribunal et ne méconnaissaient pas davantage le principe de proportionnalité. La Cour a en outre précisé que le requérant aurait pu intenter une action pour faute, puisque l'allégation d'une mauvaise foi ou d'une faute le lui permettait, avec l'autorisation d'un juge (*Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985).

---

<sup>21</sup> CEDH, *A c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 2002 ; *Cordova c/ Italie*, n°1, 30 janvier 2003, RDP, 2004, 813, obs G. Gonzalez

- **Principe d'exclusion interdisant d'intenter des actions contre les collectivités locales au Royaume-Uni** : les arrêts *Z et autres c. Royaume-Uni et T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* (CEDH, 10 mai 2001, Grande Chambre, 28945/95) ont par la suite donné lieu à un **revirement de jurisprudence au regard de l'affaire Osman**. La Cour a constaté qu'un principe d'exclusion identique à celui de l'affaire *Osman* interdisait aux enfants et à leurs parents d'intenter une action à l'encontre des collectivités locales. Dans un revirement de la jurisprudence *Osman*, la Cour a estimé que l'application de ce principe signifiait que la législation britannique ne prévoyait pas l'exercice de ce droit et que, dès lors, l'article 6 n'était pas applicable.

- **Interdiction faite à des militaires d'intenter une action pour faute dans les situations couvertes par un régime de pension d'invalidité sans faute** : dans l'affaire *Roche c. Royaume-Uni* (19 octobre 2005), les juges de Strasbourg ont conclu, dans la lignée des arrêts *Z et autres* et *T.P. et K.M.*, à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal en cas d'interdiction faite à des militaires d'intenter une action pour faute dans des situations couvertes par un régime de pension d'invalidité sans faute. L'absence d'un tel « droit » dans la législation anglaise pertinente rendait par conséquent inapplicable l'article 6.

**Elle tolère également des régimes d'immunité des États<sup>22</sup> ou des organisations internationales fondés sur les relations internationales :**

La Cour européenne juge que la règle de l'immunité de juridictions des organisations internationales constitue une « limitation implicite » du droit d'accès à un tribunal, compatible avec l'article 6, dès lors que les requérants disposent en droit interne d'autres voies de droit pour protéger leurs droits garantis par la convention (voir par exemple les arrêts *Beer & Regan et Waite & Kennedy et c/ Allemagne* de 1999<sup>23</sup>).

Il en va de même pour la règle de l'immunité de juridiction des Etats qui ne saurait passer pour disproportionnée puisqu'elle reflète des « principes de droit international généralement reconnus » : CEDH, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni, Mc Elhinney c/ Irlande et Forgy c/ Royaume-Uni* (21 novembre 2001<sup>24</sup>), qui sont des affaires majeures, bien connues des internationalistes. Dans l'affaire *Al Adsani c. Royaume-Uni*, la Cour a estimé que l'article 6 était applicable à la procédure engagée à l'encontre du gouvernement koweïtien, dans la mesure où

---

<sup>22</sup> - **Sur les immunités diplomatiques** : Cour EDH, G.C. 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, Req. n° 34869/05 – ADL du 29 juin 2011 ; Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 19 janvier 2011, *Guadagnino c. Italie et France*, Req. n° 2555/03 – ADL du 27 janvier 2011 ; Cour EDH, G.C. 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, Req. n° 15869/02 – ADL du 24 mars 2010.

<sup>23</sup> à propos de l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale européenne, février 1999, *RTDH*, 2000, 77, obs. H. Tigroudja

<sup>24</sup> CEDH, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni, Mc Elhinney c/ Irlande et Forgy c/ Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, *RGDIP*, 2002, 893, note I. Pingel ; *JCP*, 2002, I ; 105, obs. F. SUDRE

une action aurait pu être intentée pour préjudice corporel si l'Etat avait levé l'immunité. L'acceptation de l'immunité souveraine du Koweït était conforme au droit international (voir également *Fogarty c. Royaume-Uni*). La Cour, statuant sur la violation ou non de l'article 6 en cas d'immunité accordée aux organisations internationales devant une juridiction nationale, a considéré qu'il existait d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement les droits des requérants.

Enfin la Cour européenne a confirmé récemment l'immunité juridictionnelle de l'Organisation des Nations Unies, quels que soient les faits formant le fond du litige en s'appuyant sur la doctrine internationale, la pratique des États et surtout la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ), y compris lorsqu'elle porte sur l'immunité juridictionnelle des États<sup>25</sup>: CEDH *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c/ Pays-Bas* du 11 juin 2013.

On peut regretter, avec F. Sudre, que le droit d'accès à un tribunal « s'incline devant une doctrine de l'immunité des Etats peu conciliable avec les impératifs de la justice et de la prééminence du droit »<sup>26</sup>. Comme le notait également J.-P. Costa, « ces régimes d'exonération de responsabilité ou d'immunité sont évidemment difficilement conciliables avec un principe général de responsabilité, mais précisément, la Cour admet que le droit à un tribunal n'est pas un droit absolu »<sup>27</sup>, sachant la Cour exerce sur les limitations au droit d'accès à un tribunal un contrôle de proportionnalité.

## **B. L'encadrement procédural de l'engagement de la responsabilité de l'État par l'article 6 §1 de la Convention**

C. Broyelle a noté que « revalorisées, les normes internationales conventionnelles exercent, par ricochet, une influence sur l'évolution des régimes de responsabilité de droit interne »<sup>28</sup>, cette observation se vérifie en particulier au sujet de l'article 6 de la Convention. En vertu de cet article, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Cet article interagit avec les problématiques relative à la responsabilité étatique. D'une part, en ce qu'il permet d'engager la responsabilité de l'Etat qui violerait l'article 6 sur le fondement classique des obligations conventionnelles (1°), mais surtout en ce qu'il s'applique au contentieux de la responsabilité (2°).

---

<sup>25</sup> Immunité de juridiction en cas de crimes d'une particulière gravité à l'encontre du droit humanitaire international

<sup>26</sup> § 212.

<sup>27</sup> *Op. cit.*

<sup>28</sup> C. BROYELLE, « L'influence du droit de l'Union sur le régime de responsabilité administrative », in JB. Auby, *Traité de droit administratif européen*, 2<sup>ème</sup> éd, Bruylant, 2014, p. 1251, pp. 1249-1259.

1°) *La responsabilité de l'Etat engagée pour violation du droit au procès équitable*

Un requérant confronté à une procédure anormalement longue peut engager la responsabilité pour faute simple de l'Etat pour fonctionnement defectueux du service public de la justice, du fait de la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement. Le principe a été posé dans l'arrêt *Magiera* le 28 juin 2002<sup>29</sup>. Si, longtemps, la justice n'a pas réellement tenu compte du temps des procès et de leur durée, une telle période est révolue. Trancher un litige par le droit, c'est certes dire le droit, mais c'est surtout régler un problème concret pour les requérants : à trop faire attendre ceux-ci, la justice en est dévalorisée dans son rôle social et délégitimée auprès des justiciables<sup>30</sup>. Cette exigence sociale est devenue une obligation juridique : sous l'influence de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme, s'est imposée en France **la notion de « délai raisonnable de jugement » comme composante du « standard » du procès équitable.**

Pour le Conseil d'Etat, il résulte des stipulations de la Convention que les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable. Impliqué selon la CEDH par l'article 6§1 de la Convention, le régime de responsabilité a été rattaché par le Conseil d'Etat aux « *principes généraux qui gouvernent la responsabilité publique* », de sorte qu'il couvre des situations initialement non régies par la Convention européenne des droits de l'homme. A travers cet arrêt, le Conseil d'Etat a reconnu pour la première fois la responsabilité pour faute simple de l'Etat du fait du fonctionnement defectueux du service public de la justice administrative, revenant en partie sur la jurisprudence *Darmont*<sup>31</sup> qui exigeait la preuve d'une faute lourde<sup>32</sup>.

Cette évolution jurisprudentielle a ensuite été inscrite dans un décret du 28 juillet 2005<sup>33</sup> qui attribue au Conseil, statuant en premier et dernier ressort, le jugement des « *actions en responsabilité dirigées contre l'Etat pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administratif* ». le Conseil d'Etat en a ensuite précisé la portée<sup>34</sup>. Il en résulte que la France a cessé d'être condamnée par la Cour européenne pour la durée excessive des procédures juridictionnelles.

---

<sup>29</sup> CE, Ass., 28 juin 2002, *Magiera, LPA*, 2 octobre 2002, concl. Lamy.

<sup>30</sup> Discours de JM Sauvé, Justice administrative et Etat de droit, Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, à l'Institut d'études judiciaires de l'Université Panthéon-Assas sur le thème "Justice administrative et Etat de droit", le lundi 10 février 2014.

<sup>31</sup> CE 29 décembre 1978, req. n° 96004, *Darmont* : Rec. p. 542 ; *AJDA* 1979, n° 11, p. 45, note LOMBARD ; D. 1979, jurispr. p. 279, note VASSEUR ; *RDP* 1979, p. 1742, note AUBY Lebon, p. 152.

<sup>32</sup> Pour un rejet explicite de la faute lourde en matière de droit à un délai raisonnable de jugement : CE 16 février 2004, req. n 219516, *De Vitasse Thezy* : *Resp. civ. et assurances* 2004, 230, note GUETTIER.

<sup>33</sup> Décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative

<sup>34</sup> CE, Sect., 17 juillet 2009, *Ville de Brest* du 17 juillet 2009

2°) *Le contentieux de la responsabilité publique aux prises avec l'article 6*

L'article 6 de la Convention européenne se classe dans les droits de procédure qui constituent la seule catégorie de droits dont le contenu ne renvoie pas à une liberté matérielle, mais aux garanties dont un individu dispose dans un Etat de droit, afin de faire valoir ses droits et libertés. Selon les termes de la Convention, cet article ne s'applique pas à tous les litiges, mais seulement aux contestations sur les « *droits et obligations de caractère civil* » et aux accusations « *en matière pénale* »<sup>35</sup>, ce qui *a priori* aurait pu sembler exclure le champ de la responsabilité administrative. Mais il n'en est rien : la Cour européenne a estimé que ces deux notions étaient peu claires et qu'elles devaient, en tant que concept autonome, recevoir un sens européen.

La Cour a choisi de retenir une conception extensive de la notion de matière civile, élargissant l'applicabilité du droit au procès équitable, notamment en matière de responsabilité publique. La Cour a écarté l'interprétation étroite de la notion de « *droits et obligations de caractère civil* », pour considérer qu'elle couvrirait toute « *procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé* »<sup>36</sup>. La nature de la loi (constitutionnelle, civile, commerciale, fiscale, administrative...) n'importe pas ; pas plus que l'autorité juridictionnelle amenée à trancher, même s'il s'agit d'une juridiction administrative. La Cour a retenu la nature *personnelle* ou *patrimoniale* du droit contesté, mettant en place une jurisprudence neutralisant des conceptions nationales qui distinguent entre droit public et droit privé, et permettant ainsi d'asseoir l'emprise de la « *matière civile* » sur nombre de domaines fortement marqués par le droit public<sup>37</sup>. Par suite, cette interprétation extensive a permis **P'applicabilité de l'article 6 au contentieux de la responsabilité publique en droit interne**. En effet, l'efficacité de la juridiction administrative suppose aussi de juger les affaires ordinaires, c'est-à-dire celles qui ne sont pas du fait de la loi astreintes à un jugement très rapide, dans des délais raisonnables.

Ainsi la Cour a pu juger que l'article 6 est applicable à **une action en responsabilité contre l'Etat devant les juridictions administratives**, qu'il s'agisse par exemple de la mise en

---

<sup>35</sup> ARTICLE 6 Droit à un procès équitable « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

<sup>36</sup> CEDH, 28 juin 1978, *König*.

<sup>37</sup> Voir F. SUDRE, *op. cit.*, § 205.

jeu de la responsabilité de la puissance publique à la suite d'un traitement médical dans un hôpital public<sup>38</sup> ou de la contamination d'un hémophile par le virus du sida<sup>39</sup>.

De tout ce qui précède, on peut dégager les idées suivantes : les obligations tenant au procès équitable n'ont pas pour seul effet d'engager la responsabilité de l'Etat en cas de manquement à ces règles, elles grèvent les recours qui mettent en jeu la responsabilité de l'Etat. En dehors de cette influence de l'article 6, le droit conventionnel n'interagit pas avec les régimes internes de responsabilité et n'impacte pas les conditions d'engagement de cette responsabilité. En revanche, lorsque sont en jeu les droits et libertés que la convention garantit, les Etats ont une responsabilité primaire d'en assurer le respect, sous le contrôle de la Cour européenne.

## **II. L'HARMONISATION DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT** **DE LA RESPONSABILITE CONVENTIONNELLE DES ÉTATS MEMBRES**

En préalable, il faut souligner que dans la pratique, la Convention est maintenant incorporée en droit interne dans la quasi-totalité des États membres et qu'elle est généralement reconnue d'effet direct, même si sa place dans la hiérarchie des normes - est variable d'un État à l'autre. Elle est donc invocable et invoquée devant les juridictions nationales elles-mêmes.

Dans ce cadre, la Convention déploie tous ses effets lorsqu'il s'agit d'engager classiquement la responsabilité conventionnelle de l'État. Ici, elle oblige les États à mettre en place dans leur droit interne et devant le juge interne un système de garantie des droits protégés par la Convention (A). Ultérieurement, la responsabilité des États peut être engagée devant la Cour en cas de violation des droits et libertés protégés par la Convention, si les parties considèrent que le juge interne n'a pas apporté les réponses attendues (B).

---

<sup>38</sup> CEDH, *H c/ France*, 24 octobre 1989, A. 162, note O. DUGRIP et F. SUDRE, *RFDA*, 1990, p. 203.

<sup>39</sup> CEDH, *X c/ France*, 31 mars 1992, *JCP G*, 1993, I. 3654, n°11, chron. F. SUDRE.

## A. L'objectivisation des conditions d'engagement de la responsabilité étatique conventionnelle devant le juge interne

1°) *L'engagement de la responsabilité de l'État pour violation normative ou juridictionnelle de la Convention*

- a) La responsabilité primaire des États fondée sur le principe de subsidiarité

Dès la ratification de la Convention, les 47 États membres du Conseil de l'Europe ont été tenus d'organiser, selon leurs règles procédurales propres, un régime de responsabilité à raison des dommages causés par une violation des droits et libertés conventionnels, et ce dans le respect du **principe de subsidiarité**.

Ce principe est l'un des principes fondamentaux sous-tendant tout le système de la Convention. Il signifie que la tâche consistant à assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et non à la Cour. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que cette dernière peut et doit intervenir. Ainsi les États et les juges nationaux ont la « **responsabilité primaire** »<sup>40</sup> d'assurer la protection des droits de l'homme. En ce sens, la Cour n'est pas un quatrième degré de juridiction.

A la différence des traités fondateurs de l'Union européenne, le principe de subsidiarité n'est pas expressément mentionné dans la Convention, et ne l'a pas été par la suite dans ses Protocoles. Il transparait cependant dans l'article 1er de la Convention, intitulé « *Obligation de respecter les droits de l'homme* », qui prévoit que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Cet article 1er est relayé par l'article 13, relatif au **recours effectif**, selon lequel « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* »<sup>41</sup>.

Quant au rôle de la Cour, il est défini dans l'article 19 de la Convention, lequel énonce simplement : « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme (...)* ».

Dans sa jurisprudence, la Cour a défini et expliqué la relation systémique existant entre ces deux dispositions, à savoir que le mécanisme de plainte devant elle, revêt un caractère

---

<sup>40</sup> « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », Jean-Marc SAUVE, Vice-président du Conseil d'Etat, Les Conférences du Conseil d'État - Cycle 2010-2011 : le droit européen des droits de l'homme, 19 avril 2010.

<sup>41</sup> Cet article est crucial et la jurisprudence en a élargi la portée (CEDH, *kuala c/ Pologne* 2000 et aussi *Z et autres c Royaume-Uni*, où la Cour a constaté une absence de violation de l'article 6 §1, mais bien une violation de l'article 13).

subsidaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Déjà en 1968, dans l'affaire « *linguistique belge* »<sup>42</sup>, elle jugeait qu'« *en recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu [violation de la disposition invoquée], la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* ».

Plus récemment, dans l'affaire *Scordino c. Italie* en 2006<sup>43</sup>, la Cour a souligné qu'en vertu de l'article 1er de la Convention, « *la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention revient au premier chef aux autorités nationales. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme* ».

Aujourd'hui cette subsidiarité est un principe cardinal de l'action de la Cour, principe sans cesse réaffirmé. Ainsi dans la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, la Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme soulignait « *la nature subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention et notamment le rôle fondamental que les autorités nationales, à savoir les gouvernements, les tribunaux et les parlements, doivent jouer dans la garantie et la protection des droits de l'homme au niveau national* ». La conférence réitérait « *l'obligation des États parties d'assurer la protection intégrale au niveau national des droits et libertés garantis par la Convention et appelle à un renforcement du principe de subsidiarité* » et soulignait que ce principe implique « *une responsabilité partagée entre les États parties et la Cour* ». Ce principe s'accompagne de règles corollaires procédurales, en particulier celle de l'épuisement des voies de recours interne.

b) La subsidiarité procédurale : l'épuisement des voies de recours interne

La Convention contient plusieurs **règles corollaires** qui appuient la logique de l'engagement initial de la responsabilité de l'État en cas de violation des droits et principes conventionnels devant le juge interne. Il en va ainsi, en particulier, de la règle de **l'épuisement des voies de recours interne**, issue du droit international public et posée à l'article 35 de la Convention comme une condition de recevabilité des requêtes. Cette obligation exige **l'effectivité et l'accessibilité** de ces voies de recours<sup>44</sup>.

Ce qui oblige par conséquent l'ensemble des États membres à offrir des voies de droit et de recours suffisantes pour assurer la réparation de la violation de la Convention.

<sup>42</sup> Affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » c. Belgique, 23 juillet 1968, § 10, série A no

<sup>43</sup> CEDH 2006-V, arrêt du 29 mars 2006, 36813/97

<sup>44</sup> CEDH, *Akvanit et autres c/ Turquie*, 1996

### c) La subsidiarité, garante de la diversité et du pluralisme

Le principe de subsidiarité est un principe ambivalent et fructueux : d'un côté, il a pour effet l'harmonisation des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État, puisque tous les États membres doivent mettre en place un système de garantie.

Et de l'autre il est une source de **richesse** pour la protection des droits de l'homme. Car il est garant de la **diversité et du pluralisme**, sans lequel il n'est pas démocratie. Le caractère subsidiaire du mécanisme de protection présuppose en effet que les principes qui figurent dans ce texte et l'interprétation qui en est donnée par la Cour constituent un **socle** de droits et libertés communs aux 47 États membres du Conseil de l'Europe mais que, dans le respect de ce socle commun, chaque État adapte la mise en œuvre de ces principes à sa **propre culture juridique**. En somme, observait J.P. Costa, la subsidiarité ne saurait déboucher « *ni sur un déni de justice, ni non plus sur une trop grande liberté interprétative laissée aux autorités et juridictions des 47 États : l'harmonisation opérée par la jurisprudence de Strasbourg est indispensable* »<sup>45</sup>.

Il a en effet pour **corollaire la reconnaissance aux États d'une marge nationale d'appréciation**. Si celle-ci est appréciée différemment en fonction du droit ou de la liberté en cause et ne peut être prétexte à une violation des droits garantis par la Convention, elle est en elle-même **une traduction de la diversité des cultures européennes**. Or cette diversité est une composante essentielle de l'humanisme européen, dont le système de la convention est une traduction juridique. Pour J.- M. Sauvé, « *cet humanisme est – en partie du moins- né du dialogue entre ces cultures, cultures dans lesquelles les droits de l'homme doivent s'enraciner pour devenir véritablement universels* »<sup>46</sup>.

#### 2°) L'effacement de la responsabilité pour faute

Le droit européen des droits de l'homme conçoit l'obligation de réparation pesant sur un État comme une conséquence de la violation d'une disposition de la CEDH. La notion de faute est donc absente de cette conception, et est en cela conforme à la tendance du droit international à retenir une conception objective de la responsabilité fondée sur l'imputabilité du fait générateur à l'État.

**A DEVELOPPER, COMPLETER, RENFORCER, ILLUSTRER :** Avec l'analyse de la jurisprudence Gardedieu (CE, Ass. 8 février 2007). Plusieurs auteurs ont proposé de classer la responsabilité du fait de la loi inconstitutionnelle dans la catégorie juridique de la responsabilité sans faute, affranchie toutefois des strictes conditions d'application de la jurisprudence La Fleurette,

<sup>45</sup> Jean-Paul COSTA, intervention de Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme le 19 avril 2010 « le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme ».

<sup>46</sup> J.-M. SAUVÉ, discours du 19 avril 2010 op. cit.

notamment l'exigence de démontrer un préjudice spécial et anormal. Ainsi, on trouverait désormais aux côtés du préjudices né d'un risque ou d'une rupture d'égalité devant les charges publiques celui provoqué par la loi inconstitutionnelle (Voir A. ILIOPOULOU, op. cit. p. p. 803). Voir aussi : C. BROYELLE, « La responsabilité de l'État du fait de la loi non conventionnelle : une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'État », *JCP* 2007, 2083.

Pour deux membres du Conseil d'État, « la loi n'est pas fautive, par définition car la représentation nationale ne peut pas être accusée de commettre des fautes », V. Guy Braibant et B. Stirn, *Le droit administratif français*, Presses de Science-PO Dalloz, 2005, p. 347

### **B. L'homogénéisation des conditions d'engagement de la responsabilité conventionnelle devant le juge européen**

Si l'on se place maintenant au stade suivant : c'est-à-dire au stade de la responsabilité de l'État devant le juge européen des droits de l'homme. Cette responsabilité internationale de l'État est cantonnée logiquement à la violation des droits et libertés conventionnels : la convention fixe une compétence à la Cour qu'elle ne peut pas excéder.

**Trois problématiques se posent** : quelle est d'une part l'**étendue** de cette responsabilité internationale des États membres devant la Cour européenne ? Quelles sont ensuite les **obligations** qui pèsent sur les États lors du procès devant la Cour et s'agissant de l'exécution de l'arrêt<sup>47</sup> ? Enfin existe-t-il des **limites** à l'engagement de la responsabilité internationale de l'État ?

*1°) Appréciation élargie des conditions d'engagement de la responsabilité étatique : conception extensive des notions de victime, d'État et de juridiction.*

**Le champ de la responsabilité est large tout d'abord parce que les requérants potentiels sont nombreux.** L'article 34 en donne une liste étendue puisqu'il s'agit de toutes personnes physiques, toute organisation non gouvernementale ou tout groupement de particuliers. Certes, il n'existe devant la Cour ni *actio popularis*, ni auto-saisine, mais le nombre virtuel et réel est très élevé. Il a même eu pour effet de contribuer à engorger le rôle de la Cour avant l'adoption du protocole 14 et la formation du juge unique qui a permis de rejeter plus rapidement les requêtes irrecevables et de diminuer le nombre d'affaires pendantes.

La notion **d'État** responsable est elle aussi entendue largement. Tous les organes de l'État peuvent engager sa responsabilité: aussi bien le pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire ; toutes les autorités de l'État, qu'elles soient fédérales, fédérées, centralisés, déconcentrés, décentralisés... La

---

<sup>47</sup> Cette thématique est traitée dans le deuxième groupe qui travaille sur la réparation du dommage.

Cour a même admis que l'État puisse être responsable dans certains cas à raison d'agissements de particulier au non de principes comme celui des obligations positives de l'État<sup>48</sup>.

Enfin la notion de **juridiction** de l'État dont relève les personnes au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention est également entendue de façon extensive. Cette juridiction englobe dans la responsabilité de l'État les agents diplomatiques ou les militaires stationnés à l'étranger. Depuis le célèbre arrêt *Loizidou* de 1995, si un État contrôle un autre territoire, il engage sa responsabilité sur ce territoire.

Enfin, **la responsabilité de l'État peut être engagée par « l'effet ricochet »**, posé depuis l'arrêt *Soering c/ Royaume-Uni* de 1989. L'État n'est pas responsable de la violation directement, mais ses agissements risquent d'entraîner une violation de la convention. Ainsi la responsabilité du Royaume-Uni a été engagée pour une extradition vers un État, non partie à la Convention (les États-Unis), en raison des risques de violation de l'article 3 de la convention sur la torture et les traitements inhumains et dégradants<sup>49</sup>.

## 2°) *Les obligations processuelles et procédurales communes pour les États*

L'État défendeur est soumis à des obligations procédurales ou processuelles, qui sont les mêmes pour les 47 États membres.

Les États ont l'obligation de **coopérer** lors du procès devant la Cour. L'article 34 de la Convention impose aux États de ne pas mettre d'entrave à l'exercice du droit de recours par des requérants. En outre, l'État doit se soumettre à la direction du procès par la Cour et notamment respecter les délais de procédure, le principe du contradictoire, accepter la police de l'audience.

En outre, en matière **de preuves et de présomptions**, la jurisprudence de la Cour a dégagé au nom des droits de l'homme des exceptions au principe suivant lequel, normalement, la

<sup>48</sup> voir l'arrêt *Artico c/ Italie* de 1980, ou au nom de la théorie des effets vis à vis des tiers, ou *Drittwirkung* en allemand.

<sup>49</sup> A compter des années 2000, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme les extraditions se sont multipliées et la Cour a sanctionné les États membres qui se rendaient coupables de violation par ricochet. Réunie en Grande Chambre, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 28 février 2008, *Nassim Saadi c/ Italie*, requête n° 37201/06) a jugé que l'Italie a violé l'article 3 de la Convention pour avoir procédé à l'expulsion d'un ressortissant tunisien vers son pays. Voir aussi CEDH, *Ben Khemais c/ Italie* 24 février 2009, req. n° 246/07 ou encore : CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c/ France*, req. n° 19576/08 (engagement de la responsabilité de la France « par ricochet » en raison du risque de torture et de mauvais traitement lors d'un renvoi en Algérie). CEDH, 18 novembre 2010, *Boutagni c/ France*, req. n° 42360/08 (engagement de la France à ne pas expulser un terroriste marocain au Maroc où il risque la torture permet à la France de ne pas être condamnée sur le fondement de l'article 3).

CEDH, 2 décembre 2010, *BA c/ France*, req. n° 14951/09 (un renvoi vers le Tchad n'emporte pas violation de l'article 3 en raison de l'absence de risque d'être arrêté et soumis à des mauvais traitements).

CEDH, 20 juillet 2010, *A. c/ Pays-Bas*, req. n° 4900/06 (engagement de la responsabilité des Pays-Bas « par ricochet » en raison des risques de mauvais traitements encourus lors d'un renvoi en Libye).

CEDH, 28 juin 2011, *Sufi et Elmi c/ Royaume-Uni* (l'expulsion de deux requérants vers la Somalie emporte violation de l'article 3 en raison d'un risque généralisé de mauvais traitement dans l'État de destination).

CEDH, 22 septembre 2011, *H.R. c/ France*, req. n° 64780/09 (violation de l'article 3 « par ricochet » par la France en raison d'un renvoi en Algérie).

charge de la preuve incombe au demandeur. Par exemple, depuis l'arrêt *Tomasi c/ France* de 1992, il est admis que si une personne rentre en bon état de santé dans un commissariat de police par exemple, et en sort en mauvais état, ce n'est pas à cette personne de prouver que les agents des forces publiques lui ont causé ces mauvais traitements, c'est à l'État d'essayer de fournir des explications, et s'il n'y arrive pas il y a, disons, une présomption quasi irréfutable de responsabilité.

De même si une enquête est menée par la Cour dans un État pour essayer de découvrir les faits et obtenir la vérité, cet État en vertu de l'article 38 de la Convention doit lui fournir toutes facilités nécessaires au bon déroulement de cette enquête.

### 3°) *Les limites communes de l'engagement de la responsabilité des États*

Pour finir, existe-t-il des **limites** à l'engagement de la responsabilité des États membres devant la Cour européenne ? La réponse est oui. Elles sont de deux ordres : elles sont soit **purement procédurales, soit plus substantielles**.

#### a) Les limites procédurales

S'agissant des limites procédurales, **celles-ci sont liées aux conditions de recevabilité** : il faut que les conditions soient remplies. Il faut en particulier que le requérant justifie de la qualité de victime, que les voies de recours internes aient été épuisées pour que la requête soit recevable et que le recours ait été exercé dans un délai de six mois à compter de la décision interne définitive, au risque d'être tardive. Sinon le requérant verra sa requête rejetée pour irrecevabilité.

#### b) Les limites substantielles

Les limites plus substantielles sont relatives à la compatibilité de la requête avec la Convention, soit *ratione loci*, soit *ratione temporis*, soit *ratione personae*, ou enfin *ratione materiae*. Ces exigences posent des difficultés extrêmement importantes et difficiles à résoudre, même politiquement.

La compétence *ratione loci* pose le problème de l'application territoriale ou extra-territoriale de la Convention et ses protocoles et de l'exclusion de certains territoires. L'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* de 1999 a montré, à propos de Gibraltar, que la Cour fait des efforts pour étendre cette application territoriale (pour une application récente de l'application extra-territoriale de la Convention : voir CEDH, *Hassan C/ Royaume-Uni*, 16 septembre 2014 **A développer**).

La compétence *Ratione temporis* interroge sur l'application dans le temps de la Convention. Un État ne saurait être tenu pour responsable de violation de la convention antérieure à sa ratification. Cette problématique a concerné la Russie et des États d'Europe de l'Est. Dès lors que les faits sont antérieurs à la ratification, la requête est rejetée par la Cour.

La compatibilité *ratione personae* pose la question relative au point de savoir si les États parties peuvent être tenus pour responsable en tant que membre d'organisations intergouvernementales auxquelles ils appartiennent des violations des droits de l'homme qui leur sont imputées ?<sup>50</sup>

Enfin, la compatibilité *ratione materiae* : on a pu observer que compétence de la Cour peut être étendue par des protocoles ; elle peut être étendue aussi par l'interprétation dynamique de la Convention. Tel est l'exemple du droit à l'environnement non prévu par les auteurs de la Convention en 1950, qui a été rattaché à l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale (voir l'arrêt *Lopes Ostra c/ Espagne*).

A l'inverse, cette compétence peut être limitée, dans le cadre des réserves prévues à l'article 57 de la Convention. Mais en vertu à la fois de cet article lui-même et de l'article 32, la Cour contrôle ces réserves et parfois n'hésite pas à les invalider (voir les l'arrêt *Belilos c/ Suisse*, arrêt de 1988, ou *Gradinger c/ Autriche*, arrêt de 1995).

## CONCLUSION

C'est donc à **l'aune de ces deux influences** que se mesurent les effets de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État. **Les deux mouvements sont corrélatifs et simultanés.**

On observe d'une part **une influence sur les conditions d'engagement de la responsabilité interne**, en dehors de la protection des droits et libertés garantis par la Convention, influence discrète mais sensible. La **Cour pousse les États à développer leurs régimes de responsabilité dans le respect des règles procédurales de la Convention**, en particulier aux règles du procès équitable définies à l'article 6. Par là-même, elle tend à faire **reculer des zones d'irresponsabilité de la puissance publique**, partant du constat que la logique des droits de l'homme et celle de la prééminence du droit sont difficilement conciliables avec celle des immunités.

Pour autant, la Cour n'encadre pas davantage ces régimes de responsabilité internes. Elle ne cherche à dire si l'État doit être responsable sur le terrain de la faute, sur celui du risque, de la rupture d'égalité, ou en vertu de la loi ; ces analyses relèvent de la marge d'appréciation des États, comme ressortit de cette marge d'appréciation le choix du système juridictionnel, qui peut être

---

<sup>50</sup> Voir les affaires "*Senator Lines*" et *Banković et autres*, qui concernent respectivement la mise en jeu de la responsabilité des quinze États membres de l'Union européenne et celle des dix-sept États membres de l'O.T.A.N. L'affaire *Banković* concernait des bombardements de Belgrade par l'O.T.A.N.

moniste comme en Grande-Bretagne, dualiste comme en France ou pluraliste comme en Allemagne. Les États restent libres, indépendants s'agissant de l'organisation juridictionnelle interne, pourvu qu'ils s'acquittent de leurs obligations tenant au respect de la Convention et de la jurisprudence de la Cour.

**Le second volet concerne bien entendu l'engagement de la responsabilité conventionnelle.** La Convention pose des droits et oblige les États parties à les respecter tout d'abord dans leur ordre interne, en tant qu'acteurs primaires. Leur responsabilité est alors engagée devant le juge national. Puis, subsidiairement, ils peuvent être responsables devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ce processus a pour effet d'harmoniser à l'échelle des 47 États membres les conditions d'engagement de la responsabilité conventionnelle de l'État, tenus par la même obligation de résultat.

Car **la victime d'une violation** doit savoir que le droit protégé par la Convention et violé par l'un des 47 État partie, est justiciable ; que sa violation engage la responsabilité de cet État d'abord devant les juridictions internes, quels que soient l'organisation juridictionnelle interne et les régimes de responsabilité existants. La victime doit enfin savoir que si l'État ne s'acquitte pas de ses obligations conventionnelles, en particulier les obligations de réparation et de *restitutio in integrum*<sup>51</sup>, alors il pourra saisir la Cour européenne. En ce sens, l'objectivisation et l'harmonisation des conditions d'engagement de la responsabilité conventionnelle de l'État n'ont qu'une fin qu'il ne faut pas perdre de vue : la protection optimale des victimes, dans l'ordre public européen.

---

<sup>51</sup> Voir l'étude de J. MOLINIER dans le cadre de cette recherche collective (volet réparation).

## La responsabilité extracontractuelle en droit de l'Union européenne

*Marie Gautier-Melleray et Jean Félix Delile*

L'Union européenne a vocation à être une « Union de droit » et elle ne peut à ce titre pas plus méconnaître le principe de responsabilité que celui de légalité. De fait, la nécessité de rendre la Communauté responsable de ses actes a été perçue dès la création de la CECA. Le traité de 1951 a en effet mis en place un mécanisme prévoyant que l'action fautive des institutions de l'Union ou de ses agents était susceptible d'engager sa responsabilité extracontractuelle<sup>1</sup> sans pour autant définir plus précisément les contours de ce régime. Tout en retenant le même principe, le traité de Rome a pu sembler, sur ce dernier point, apporter une précision. En effet, dans une formulation inchangée depuis lors même si le numéro de l'article a beaucoup varié au fil des révisions et des renumérotations successives, le traité indique qu'*« en matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions »*<sup>2</sup>.

Le principe était posé. Il restait à le faire vivre. Or, dans le contexte communautaire, la mise en œuvre du principe de responsabilité est à la fois plus simple et plus compliquée que dans ses Etats membres. Un élément incontestable de simplicité est tout d'abord apporté par le fait que la Communauté, comme plus tard l'Union, n'exerce que très peu de compétences opérationnelles et ses activités se limitent pour l'essentiel à édicter des normes. Dans ces conditions, bâtir un régime de responsabilité revient à construire une responsabilité du fait des activités normatives et juridictionnelles.

Mais les éléments de complexité ne manquent pas. Le premier découle de la diversité des systèmes de responsabilité existant dans les Etats membres de l'Union. À cet égard, la règle posée par le traité selon laquelle l'Union doit réparer les dommages qu'elle cause *« conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres »* est une règle en trompe l'œil tant l'existence de tels

---

<sup>1</sup> Article 40 du Traité CECA : *« la Cour est compétente pour accorder sur demande de la partie lésée, une réparation pécuniaire à la charge de la Communauté, en cas de préjudice causé dans l'exécution du présent traité par une faute de service de la Communauté. Elle est également compétente pour accorder une réparation à la charge de la Communauté en cas de préjudice causé par une faute personnelle d'un agent de celle-ci dans l'exercice de ses fonctions »*.

<sup>2</sup> La disposition qui était inscrite à l'article 215 du TCEE figure aujourd'hui l'article 340, alinéa 2 TFUE.

principes peut paraître, au moins sur certains aspects, douteuse. La nécessité de construire un système autonome est alors évidente, mais sa réalisation s'avère évidemment périlleuse<sup>3</sup>.

Le deuxième facteur de complexité tient, dans la construction d'un régime de responsabilité pour les activités normatives propres à l'Union, à l'indétermination des activités normatives en cause. On sait en effet que la hiérarchie des normes de droit dérivé a longtemps été famélique<sup>4</sup>, les mêmes supports normatifs étant adoptés par les différentes institutions pour servir indifféremment à toutes les fonctions. Dans ces conditions, impossible de construire par exemple un régime de responsabilité du fait des lois distinct d'un régime de responsabilité du fait des actes réglementaires.

Le troisième facteur de complexité tient évidemment à la superposition des niveaux nationaux et communautaire. Elle implique non seulement de construire un régime de responsabilité de l'Union pour ses actes, mais aussi de déterminer les règles applicables aux hypothèses de dommages suscités par la mise en œuvre de ces actes dans et par les Etats membres.

Sachant que le droit primaire assimile l'Union à un Etat de droit soucieux de garantir la protection juridictionnelle effective de ses sujets, on pouvait s'attendre à ce que la Cour délivre une synthèse des principes communs aux Etats, ou plus vraisemblablement une construction originale, qui soit favorable aux victimes de préjudices. Or tel n'est pas complètement le cas. La responsabilité extracontractuelle est un domaine dans lequel la protection juridictionnelle des sujets de droit de l'Union peut encore progresser, sans doute en raison des difficultés évoquées. La Cour n'a par exemple pas voulu consacrer le principe d'une responsabilité sans faute de l'Union.

À cette première problématique, s'est ajoutée ensuite celle de la responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'Union. Alors même qu'il s'agit d'une question très différente et que l'Union n'avait pas nécessairement vocation à en traiter du fait du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, la Cour de justice a non seulement consacré le principe de la responsabilité des Etats du fait de la violation du droit communautaire mais aussi posé les bases de son régime. Ce régime est finalement assez proche de celui construit pour la responsabilité des institutions de l'Union, sans que l'on ne puisse sérieusement avancer que l'un a servi de modèle pour l'autre. De fait, la construction parallèle de ces deux régimes a en réalité donné lieu à un jeu d'influences réciproques qui n'avait pourtant rien d'évident au regard des différences radicales de configuration.

---

<sup>3</sup> Voy. la démonstration opérée dans la thèse de F. Fines, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne ; de la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, LGDJ, 1991.

<sup>4</sup> Ce n'est qu'avec le traité de Lisbonne qu'a été introduite dans le traité la distinction entre actes législatifs et actes non législatifs.

Au terme des évolutions constatées depuis 1957, la Cour de justice a développé une jurisprudence rendant parfois délicate l'obtention d'une réparation des dommages causés tant par les institutions de l'Union que par les Etats membres violant le droit de l'Union. Une première difficulté vient tout d'abord de l'identification du fait dommageable. Si la jurisprudence de la Cour a permis que les auteurs potentiels soient très largement définis, il est parfois délicat de démêler l'écheveau formé par la responsabilité des Etats et de l'Union (I). Mais l'obstacle le plus dirimant vient sans doute des conditions de mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de l'Union et des Etats, lesquelles sont assez restrictivement définies (II).

### I. L'identification de l'auteur du fait dommageable

A priori, la jurisprudence de la Cour de justice est favorable à un engagement de la responsabilité de l'Union ou de l'Etat. En effet, s'il n'est pas toujours évident de déterminer si le fondement de la responsabilité est la faute ou l'illégalité<sup>5</sup>, il semble bien que les illégalités et/ou les comportements fautifs de l'ensemble des acteurs en présence sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Union ou de l'Etat concerné. La jurisprudence a ainsi progressivement admis que toutes les institutions de l'Union sont potentiellement responsables des dommages nés de leur comportement normatif et a parallèlement étendu le champ des organes étatiques qui peuvent voir leur responsabilité engagée pour violation du droit de l'Union (A). La superposition des niveaux étatiques et de l'Union soulève toutefois une difficulté tenant à l'identification du responsable des dommages imputables à la mise en œuvre par l'Etat des actes de l'Union. Or, en la matière, il est possible de considérer que la jurisprudence de la Cour n'est pas parfaitement équilibrée et qu'elle permet peut-être un peu trop aisément à l'Union de se dispenser de l'obligation d'indemniser ces dommages en imposant aux Etats d'assumer cette charge (B).

---

<sup>5</sup> Voir sur cette distinction subtile alors même que l'on peut considérer l'illégalité comme une sorte de faute (même si toute illégalité n'est pas fautive Voy. *infra*, II), surtout lorsque le régime de responsabilité est pour l'essentiel construit sur une responsabilité normative (sur la confusion entre les deux notions dans une telle hypothèse en droit français, Voy. R. Chapus, *Droit administratif général*, n°1454). S. Grossrieder Tissot étend la pertinence de cette analyse au droit de l'Union lorsqu'elle estime que « la responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de ses institutions ne semble plus être fondée sur la faute, mais sur l'illégalité du comportement de l'institution en cause », (« La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission », *RTDE*, 2001, p. 91).

## **A. Une définition complète des auteurs potentiels des fautes indemnisables**

D'une certaine manière, le droit de l'Union ne distingue pas entre les composantes d'un même ensemble. En effet, quel que soit l'auteur de la faute, la responsabilité engagée est bien celle de l'Union dans un cas, ou de l'Etat dans l'autre. Au niveau de l'Union européenne, cette indifférenciation s'explique assez aisément par le fait qu'en dehors du cas particulier de la Banque centrale sur lequel nous reviendrons, aucune des institutions n'a la personnalité morale. Dans ces conditions, la responsabilité ne peut être que celle de l'Union, même si ce sont bien les fautes de toutes les institutions qui la composent qui conduisent à l'engagement de cette responsabilité (1). Au niveau des Etats, la conclusion pouvait paraître moins évidente dès lors que certaines des entités internes aux Etats disposent de la personnalité morale et/ou d'une indépendance qui rend délicate l'imputation à l'Etat d'une responsabilité qui découle de comportements sur lesquels l'Etat central n'a aucune prise. Cette distinction concerne toutefois exclusivement le droit interne et non le droit de l'Union qui envisage globalement l'Etat comme responsable des comportements de l'ensemble des institutions et entités qui le composent (2).

### **1) Les institutions de l'Union**

Comme tout principe, celui selon lequel toutes les illégalités commises par les institutions de l'Union permettent d'engager la responsabilité de cette dernière connaît des exceptions. Avant de les examiner, il convient de brièvement présenter ce principe qui, du fait de sa simplicité et de sa généralité, est a priori favorable à la protection juridique des particuliers.

La responsabilité de l'Union peut être engagée en raison des fautes commises tant par les agents dès lors que ces fautes sont commises dans l'exercice de leurs fonctions ou, pour user d'une terminologie familière aux juristes français, dès lors qu'elles constituent des fautes de service même si la notion reçoit en droit de l'Union une définition plus restrictive<sup>6</sup>, qu'en raison des fautes directement imputables aux institutions. Et ce sont la quasi-totalité des institutions qui sont ainsi concernées. La question n'a jamais fait le moindre doute pour le triangle institutionnel, y compris pour le Parlement européen même si une action contre lui n'a été engagée que tardivement<sup>7</sup>. On

---

<sup>6</sup> La notion de faute commise par les agents dans l'exercice de leurs fonctions est définie de façon plus restrictive par le droit de l'Union que par le droit français, (Voy. CJCE, 10 juillet 1969, *Sayag et Zurich*, 9/69, *Rec.* p. 329).

<sup>7</sup> TPI, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines*, aff. T-203/96, *Rec.* p. II-4239.

notera en outre que la Cour n'a jusqu'ici pas fait de distinguo entre les actes normatifs des institutions susceptibles d'entraîner une responsabilité. Il s'agit tout aussi bien des règlements que des directives et aucune distinction n'est faite selon que ces actes émanent de telle ou telle institution<sup>8</sup>.

La responsabilité de l'Union ne s'arrête toutefois pas avec cette trinité, ni même avec la liste des « institutions » telle qu'elle est posée par l'article 13 TUE. Sont en effet également concernés la Cour des comptes<sup>9</sup>, la Banque européenne d'investissement<sup>10</sup>, le médiateur européen<sup>11</sup> ou l'Office de lutte anti-fraude<sup>12</sup>.

On notera enfin que lorsque plusieurs institutions exercent participent concurremment à la procédure d'édiction d'un acte, l'action en responsabilité extracontractuelle peut être engagée à l'encontre de l'une ou de chacune d'entre elles<sup>13</sup>. C'est ainsi que le Conseil et le Parlement peuvent être collectivement attaqués en raison d'un dommage causé par un acte édicté à l'issue de la procédure législative ordinaire.

Ce principe de responsabilité de l'Union pour les actes de l'ensemble des organes et institutions qui en relèvent comporte toutefois des exceptions. Certaines de ces exceptions sont aisément compréhensibles ; d'autres le sont moins.

On rangera dans la première catégorie la responsabilité de la BCE. En effet, l'exception ne consiste pas ici en un principe d'irresponsabilité mais de responsabilité autonome. Tirant les conséquences de l'attribution à cette institution de la personnalité morale<sup>14</sup>, le Traité de Lisbonne a introduit une disposition spécifique indiquant que « *la Banque centrale européenne doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par elle-même ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions* »<sup>15</sup>. Il s'agit ainsi d'une responsabilité parallèle mais fondamentalement équivalente à celle de l'Union qui ne suscite dès lors guère de question.

Un élément aurait pu être rangé dans la seconde catégorie, mais la voie inaboutie dans laquelle semblent s'être engagées les juridictions communautaires vient tempérer les critiques que l'on aurait pu être tenté de formuler. Il s'agit de la responsabilité du fait des activités juridictionnelles de

---

<sup>8</sup> Notamment depuis CJCE 24 oct. 1973, *Merkeur*, Rec. p. 1055

<sup>9</sup> TPI, 15 juin 1999, *Ismeri*, T-227/97, Rec. p. II-1825.

<sup>10</sup> CJCE, 2 décembre 1992, *SGEEM*, C-370/89, Rec. p. I-6211.

<sup>11</sup> CJCE, 23 mars 2004, *Frank Lamberts*, C-234/02/P.

<sup>12</sup> TPI, 8 juillet 2008, *Franchet*, T-48/05, Rec. p. II-1585.

<sup>13</sup> C'est la conséquence du principe en vertu duquel l'Union doit être représenté par la ou les institutions « *à qui le fait générateur est reproché* », (CJCE, 13 novembre 1973, *Werhan*, 63 et 69/72, Rec. p. 1246).

<sup>14</sup> Article 282, al. 3 TFUE.

<sup>15</sup> Article 340, al. 3 TFUE.

l'Union. Comme nous l'examinerons ci-après, la Cour a consacré le principe de la responsabilité de l'Etat du fait de la violation du droit de l'Union y compris lorsque cette violation découle des activités juridictionnelles de l'Etat en cause. Au regard d'un tel principe, l'irresponsabilité de l'Union du fait des fautes que pourrait commettre l'une de ses juridictions paraît difficile à concevoir. Tel était pourtant le principe que la Cour de justice semblait avoir posé dans un arrêt de 1989<sup>16</sup>. Il est vrai qu'en l'absence de juridiction « externe » et compte tenu de l'unicité de la juridiction communautaire, nonobstant l'existence en son sein de plusieurs organes, l'engagement de la responsabilité de l'Union à raison des actes juridictionnels de la Cour peut poser de redoutables questions procédurales d'examen par la juridiction de ses propres turpitudes<sup>17</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'existe désormais une hypothèse dans laquelle cette responsabilité peut être engagée : celle dans laquelle la procédure juridictionnelle a connu une longueur excessive. Le droit au juge, qui comprend le droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable, a en effet conduit la Cour, dans un arrêt du 17 décembre 1998, à consacrer le droit à une réparation indemnitaire en cas de durée excessive de procédure juridictionnelle imputable à une juridiction de l'Union<sup>18</sup>. Au-delà, les conclusions de l'avocat général sur cette affaire ont très explicitement indiqué que dès lors que la consécration de la responsabilité de l'Union l'était dans le traité à raison de ses institutions, il lui semblait que ni la Cour, ni le tribunal ne devaient être exclus de son champ d'application<sup>19</sup>. Et s'interrogeant alors sur l'impossibilité de confier à un organe juridictionnel l'examen de ses propres turpitudes en raison de la nécessaire impartialité du juge, il en déduisait que « *la compétence du Tribunal pour connaître des recours formés par des personnes physiques ou morales en vertu de l'article 178 du traité [actuel article 268 TFUE] doit s'entendre, dans un souci de protection des justiciables, comme ne comprenant pas les actions en indemnisation dirigées contre les actes juridictionnels qu'il a lui-même adoptés* ». Depuis lors, la mise en œuvre concrète d'une telle responsabilité se fait toujours attendre... Mais la Cour a eu l'occasion de préciser il y a peu que la responsabilité pour durée excessive de procédure imputable au Tribunal devait être engagée devant lui, mais devant une autre formation de jugement<sup>20</sup>.

Reste qu'il pourrait paraître souhaitable que les juridictions de l'Union soient à leur tour soumises à un contrôle juridictionnel extérieur, au moins sur le respect de certaines exigences procédurales

---

<sup>16</sup> CJCE, 30 mai 1989, *Roquette contre France*, 20/88, *Rec.* p.1553. Spécialement le point 20 où la cour écarte la responsabilité qui aurait pu naître de la mise en œuvre de l'un de ses arrêts « *quel que soit le fondement de la demande présentée à cette fin* ».

<sup>17</sup> Voy. ainsi les questions soulevées par l'ordonnance du Trib.UE du 6 janvier 2015, *Kendrion c/ UE*, aff. T-479/14 et exposées par la note de D. Simon, Europe 2015, comm.106.

<sup>18</sup> CJUE, 17 décembre 1998, *Baustablgewebe GmbH*, aff. C-185/95 P, *Rec.* p. I-8417

<sup>19</sup> Conclusions de Ph. Léger, 3 février 1998, C-185/95 P.

<sup>20</sup> CJUE, 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne, Gascogne Sack Deutschland et Kendrion*, aff. C-58/12 P, C-40/12 P et C-50/12 P (3 espèces).

essentielles. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aurait précisément conduit à un tel résultat, mais l'on sait que c'est précisément ce qui a conduit à donner un avis négatif que l'on ne peut évidemment que regretter pour ce motif comme pour d'autres<sup>21</sup>...

Si la question de la responsabilité du fait des actes des juridictions communautaires connaît donc une certaine évolution, demeure entière celle de la responsabilité du fait des actes du Conseil européen. On sait que la responsabilité du fait de ses actes avait été expressément écartée par le tribunal de première instance en 2003 au motif qu'à cette période le Conseil européen ne figurait pas dans la liste des institutions telle qu'elle est définie par le traité<sup>22</sup>, tandis que la Cour avait confirmé la solution mais en s'appuyant sur le fait que les requérants ne démontraient pas l'existence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers<sup>23</sup>. Il n'est à ce stade, alors même que le Conseil européen est entre temps devenu une institution au sens de l'article 13 du TFUE, pas évident de déterminer qu'elle serait la position de la Cour compte tenu des compétences du Conseil européen et des actes qu'il est amené à prendre.

Sous ces réserves, on constate donc que la liste des institutions dont les actes sont susceptibles d'entraîner l'engagement de la responsabilité de l'Union est presque complète. Il en est de même s'agissant des institutions et organes internes dont les actes sont susceptibles d'engager la responsabilité des Etats membres.

## 2) Les institutions étatiques

Le principe même de la responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'Union découle du principe de primauté et a classiquement été rattaché à l'obligation de coopération loyale qui figure désormais à l'article 4 du TUE<sup>24</sup>. Mais le droit de l'Union est alors parfaitement indifférent à l'autorité étatique qui est responsable de la violation du droit de l'Union. Il s'agit là non seulement

---

<sup>21</sup> CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/14 relatif à l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

<sup>22</sup> TPI, ord. du 17 novembre 2003, *Krikorian*, aff. T-346/03.

<sup>23</sup> CJCE, ord. du 29 octobre 2004, *Krikorian*, aff. C-18/04 P.

<sup>24</sup> CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, 6/60, *Rec.* p.1128.

de la reprise de la règle classique en droit international de l'unité de l'Etat mais aussi d'un principe découlant de la structuration de l'espace communautaire. Au fond, c'est le corollaire logique du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale qui fonde les relations entre l'Union et les Etats membres. En vertu de ce principe, « *la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats membres à des organes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat membre* »<sup>25</sup>. En contrepartie, la question de savoir lequel des organes de l'Etat a dysfonctionné et a conduit à une violation du droit de l'Union doit être tout aussi indifférente du point de vue communautaire.

La conséquence logique de cette position est que la Cour a progressivement consacré le principe de responsabilité de l'Etat du fait de la violation du droit de l'Union dans une grande variété d'hypothèses. Même si la question a pu être délicate en droit interne et notamment en droit français, la responsabilité de l'Etat du fait de la violation du droit de l'Union par le législateur national n'a jamais soulevé de difficultés<sup>26</sup>. Il en est de même s'agissant des collectivités décentralisées<sup>27</sup>, voir même des Etats fédérés<sup>28</sup> qui, nonobstant leur autonomie, engagent la responsabilité de l'Etat conçu comme un ensemble. Il en est également de même s'agissant des entités para-publiques ou publiques contrôlées par l'Etat<sup>29</sup>.

Les seules entités pour lesquelles il semble y avoir eu si ce n'est une incertitude, du moins une certaine hésitation, sont les juridictions nationales et notamment les juridictions suprêmes. Au terme d'une longue réflexion dont les étapes ont été exposées par l'Avocat général Léger, la Cour a bien admis en 2003 que la violation du droit communautaire était imputable à une juridiction nationale<sup>30</sup>. C'est alors à l'Etat qu'il appartient d'engager sa propre responsabilité suivant des modalités comparables *mutatis mutandis* à celles mobilisées lorsque le fait générateur d'un dommage est imputable à l'exécutif ou au législatif. Là encore, c'est le principe d'unité qui semble avoir été déterminant, la Cour affirmant notamment que « [l']Etat dont la responsabilité est engagée du fait de la violation d'un engagement international est considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif ». Mais il se combine ici avec l'idée que les juridictions nationales ont un rôle décisif dans la mise en œuvre du droit de l'Union et dans la garantie des droits subjectifs tirés du droit communautaire, ce qui implique qu'une telle responsabilité est au

---

<sup>25</sup> CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, 51 à 54-71, *Rec.* p. 1107.

<sup>26</sup> Voy. déjà l'arrêt *Humblet* précité.

<sup>27</sup> CJCE, 4 juillet 2000, *Haim*, C-424/97, *Rec.* p. I-5123.

<sup>28</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Commission c/ Belgique*, C-236/99, *Rec.* p. I-5657.

<sup>29</sup> CJCE, 24 novembre 1982, *Buy Irish*, 249/81, *Rec.* p. 4005.

<sup>30</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239.

fond presque plus nécessaire encore lorsque la violation émane d'une juridiction suprême. Cette jurisprudence se heurte cependant au fait que la responsabilité du fait des juridictions est en général très restrictivement aménagée dans le droit des Etats membres non seulement du fait de leur indépendance, mais plus encore en raison de la nécessité de composer avec l'autorité de chose jugée. Ces arguments, que les Etats n'avaient pas manqué de faire valoir devant la Cour, ne l'ont donc pas convaincu de ménager une voie particulière pour la responsabilité de l'Etat du fait des violations du droit de l'Union imputables aux juridictions nationales.

Si l'imputation d'un comportement dommageable à une institution de l'Union ou à un organe de l'Etat est donc très largement entendue, une difficulté particulière vient de ce que ces deux niveaux peuvent être enchevêtrés.

## B. Une répartition parfois délicate

Une question cruciale de la responsabilité en droit de l'Union européenne est celle de l'imputabilité à l'Union des dommages causés par les administrations nationales des Etats membres lorsque celles-ci exécutent le droit de l'Union. Le dommage est-il alternativement imputable à l'Union ou à ses Etats membres ; ou bien est-il imputable conjonctivement à l'Union et à ses Etats membres ?

Pour opérer son choix, la Cour de justice a comme de coutume pris en considération l'impératif d'éviter l'engorgement de son prétoire<sup>31</sup>. Pour cette raison, les principes directeurs de l'imputation de la responsabilité des dommages causés par un acte d'exécution du droit de l'Union favorisent le renvoi d'une grande partie des requêtes visant à engager la responsabilité de l'Union devant les juridictions des Etats membres. Cette externalisation de l'imputation du dommage a pour effet collatéral de souvent mettre à la charge des Etats membres l'indemnisation des dommages causés dans le cadre de l'exécution du droit de l'Union. Il convient de distinguer trois hypothèses pour bien constater ce phénomène d'externalisation.

La première hypothèse est celle dans laquelle des actes nationaux exécutent irrégulièrement des actes des institutions. Elle ne soulève pas de difficultés, la responsabilité du dommage est alors logiquement imputée aux Etats membres. L'exécution irrégulière du droit de l'Union par les Etats est fréquente lorsqu'un acte de l'Union exige la restitution d'une taxe indûment perçue. Si un Etat refuse de verser à une personne une somme qui lui est due au titre du droit de l'Union, la responsabilité est logiquement imputée à l'Etat membre. Par exemple, dans l'affaire des *Grands Moulins des Antilles*<sup>32</sup>, une entreprise produisant des céréales avait payé à l'administration française des droits d'exportation alors que le droit de l'Union prohibait aux Etats membres d'imposer des taxes sur les exportations intra-européennes de céréales. L'entreprise céréalière a par suite engagé un recours en responsabilité extracontractuelle contre les institutions de l'Union, leur imputant la responsabilité du dommage causé par le refus opposé par les autorités françaises à sa demande de restitution des taxes indûment perçues. La Cour a alors jugé à bon droit que le préjudice causé par un acte des autorités françaises directement contraire au droit de l'Union européenne ne pouvait être imputé aux institutions de l'Union. Il s'agit donc là d'une externalisation somme toute logique de la responsabilité des dommages causés par les actes d'exécution du droit de l'Union.

---

<sup>31</sup> Il s'agit là d'un motif fondamental, et pourtant rarement souligné, de la subsistance du très contesté test *Plaumann* dans le cadre du contentieux de la légalité, (CJCE, 14 juillet 1963, 25/62).

<sup>32</sup> CJCE, 1975, *Société des grands moulins des Antilles*, 99/74.

Plus délicate est la deuxième hypothèse, celle des dommages causés par des Etats membres qui exécutent régulièrement des actes de l'Union illégaux. En principe, la responsabilité du dommage est imputée aux institutions de l'Union européenne puisqu'elles ont contraint l'Etat membre à violer le droit de l'Union européenne. Le refus par une administration nationale de verser une aide financière à une entreprise est ainsi directement imputable à l'Union lorsque les institutions ont irrégulièrement omis de prévoir cette aide<sup>33</sup>. Il appartient alors en principe aux personnes lésées d'engager une action en responsabilité devant la Cour sur le fondement de l'article 340 du TFUE.

Toutefois, et par exception, lorsqu'un Etat membre s'est fondé sur un Règlement irrégulier de l'Union pour exiger le paiement d'une somme par un opérateur économique, ce dernier peut engager une action en paiement devant la juridiction nationale pour obtenir le remboursement de la somme perçue par l'Etat. Par exemple, dans une affaire *IBC*<sup>34</sup>, la Cour a jugé que la restitution du montant équivalent à une taxe douanière indûment perçue par les autorités italiennes exécutant régulièrement un Règlement communautaire illégale devait être réclamée devant les juridictions italiennes. La Cour de justice confie donc aux juridictions nationales la charge du contentieux de la répétition de l'indu, même lorsque c'est le droit de l'Union qui a imposé aux autorités nationales de percevoir illégalement certaines taxes. Elle invite néanmoins les juridictions nationales à l'interroger par voie préjudicielle sur la légalité des actes de l'Union qui imposent la perception des taxes contestées par des opérateurs économiques. Dans le contentieux de la répétition de l'indu, l'imputation de la responsabilité du dommage à l'Union européenne a donc peu de conséquences pratiques pour le justiciable.

Cette solution qui revient à distinguer l'institution responsable de l'illégalité de celle qui est contrainte d'en indemniser les conséquences dommageables se justifie dans la mesure où elle contraint seulement l'Etat à restituer une entrée fiscale illégale. Il appartient ainsi à l'Etat membre de rembourser la somme qu'il a indûment perçue sur le fondement d'un acte communautaire irrégulier. Mais il est en revanche plus contestable qu'il revienne également à l'Etat de payer les intérêts moratoires alors qu'il n'est pas responsable du préjudice subi par la victime<sup>35</sup>. Rembourser la somme indûment perçue est une chose, rembourser les intérêts moratoires en est une autre. Dans ce cas, la distinction entre l'institution responsable de l'illégalité et l'institution responsable de l'indemnisation apparaît plus critiquable car elle conduit les Etats à supporter des coûts supérieurs

---

<sup>33</sup> CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik*, 5/71.

<sup>34</sup> CJCE, 27 janvier 1976, *IBC*, *importazione bestiame carne*, 46/75.

<sup>35</sup> La Cour juge qu'« il appartient actuellement aux autorités nationales de régler, en cas de restitution indûment perçues, toutes questions accessoires ayant trait à cette restitution », (CJCE, 21 mai 1976, *Roquette frères*, 26/74).

à la somme qu'ils ont illégalement perçue sur le fondement du droit de l'Union. Cette solution a néanmoins pour vertu de ne pas contraindre un opérateur économique à engager deux actions parallèles, l'une devant les juridictions nationales, relative au remboursement de la somme indûment versée, l'autre devant la Cour de justice, relative aux intérêts moratoires qui en sont l'accessoire.

Enfin, la troisième hypothèse est celle dans laquelle un dommage est la conséquence de fautes commises par un Etat membre et une institution de l'Union. La responsabilité est dans ce cas imputée à l'Union et ses Etats membres. Il appartient toutefois aux victimes du dommage de s'adresser prioritairement aux juridictions des Etats membres. Dans l'arrêt *Kampffmeyer*<sup>36</sup>, la Cour a ainsi expliqué qu'un importateur allemand de sorgho ne pouvait en principe pas réclamer aux institutions une indemnisation du préjudice subi en raison d'un refus de délivrance de certificats d'importations par les autorités allemandes alors même qu'il avait été validé par la Commission européenne. C'est en effet seulement s'il subsiste un préjudice à l'issue de la décision définitive prononcée par les juridictions allemandes que l'opérateur économique peut engager un recours devant la Cour de justice sur le fondement de l'article 340 du TFUE. Si bien que la responsabilité de l'Union peut venir pallier le manque de générosité de certains Etats membres. La Cour de justice a ainsi créé un principe de subsidiarité de la responsabilité extracontractuelle de l'Union en cas de dommages causés par deux fautes conjonctives des institutions de l'Union et des Etats membres.

La mise à l'écart du principe de responsabilité *in solidum* des Etats et de l'Union pour faute cumulée peut être déploré. Certes la Cour de justice ne dispose pas d'une voie de droit lui permettant d'engager une action récursoire contre l'Etat co-fautif. Mais le recours en manquement pourrait permettre aux institutions de l'Union d'infliger une amende forfaitaire à l'Etat membre qui refuserait d'assumer sa part financière de responsabilité. En outre, les délais de jugements engendrés par cette solution peuvent être excessivement longs puisqu'elle exige d'épuiser les voies de recours internes avant de former un recours en indemnité devant le Tribunal de l'Union pour obtenir une décision qui pourra encore être l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice.

En somme, la Cour de justice de l'Union européenne s'applique à décentraliser la responsabilité du fait des actes d'exécution du droit de l'Union. Et les Etats membres se voient parfois contraints d'assumer le coût de dommages qui trouvent leur cause dans le comportement des institutions de

---

<sup>36</sup> CJCE, 14 juillet 1967, *Kampffmeyer*, 24/66.

l'Union. Ce n'est donc pas nécessairement l'institution responsable du dommage qui se voit imputée la responsabilité de le dédommager.

Mais une fois résolue la question de l'imputation d'un dommage aux institutions de l'Union ou à ses Etats membres, encore faut-il vérifier que celui-ci est la conséquence d'un comportement fautif pour engager leur responsabilité.

## **II. La mise en œuvre de la responsabilité**

Si le principe de la responsabilité des autorités normatives du système constitutionnel de l'Union est bien ancré dans la jurisprudence de la Cour, il faut noter qu'il s'avère parfois difficile à mettre en œuvre. Le requérant qui entend obtenir la réparation d'un préjudice subi en raison d'une violation du droit de l'Union doit ainsi surmonter d'importants obstacles. La nature de ces obstacles diffère selon que le dommage soit imputé à l'Union ou à ses Etats membres. Mais ils ont en commun d'être le reflet de la place respective des institutions de l'Union et des Etats membres dans le système constitutionnel de l'Union.

Concernant les dommages causés par les institutions, la Cour a dû façonner un régime de responsabilité qui constitue la synthèse de ceux qui s'appliquent dans les ordres juridiques des Etats membres. Délicate tâche dans la mesure où les dénominateurs communs ne sont pas foisons. La Cour a finalement opté pour un régime qui ne tire pas le meilleur des traditions constitutionnelles étatiques, écartant notamment la responsabilité sans faute pourtant connue sous différentes formes par la France et l'Allemagne (A). Concernant les dommages causés par les Etats membres, la Cour a dû conjuguer justice et prudence. Prudence d'abord, car le principe d'autonomie institutionnelle procédurale attribue un rôle prioritaire aux Etats dans la détermination des régimes d'engagement de la responsabilité de leurs institutions. Justice ensuite, dans la mesure où il était nécessaire – tant pour l'unité de l'ordre juridique de l'Union que pour la défense des droits individuels – d'offrir aux justiciables un moyen d'obtenir réparation des dommages causés par des violations étatiques du droit de l'Union. Le compromis trouvé fait écho au régime de responsabilité des institutions, dès lors qu'il permet aux Etats de n'engager la responsabilité de leurs institutions que lorsqu'elles méconnaissent gravement le droit de l'Union (B).

## A. Le difficile établissement de la responsabilité des institutions

Les personnes privées peuvent engager un recours en responsabilité extracontractuelle contre les institutions de l'Union devant la Cour entendu au sens large (le Tribunal connaît de ces recours en 1<sup>ère</sup> instance). Fondée sur l'article 268 du TFUE, cette voie de droit est la seule qui leur permet de demander réparation d'un préjudice causé par un acte communautaire. Mais le régime de responsabilité extracontractuelle instauré par la Cour dans le cadre de sa jurisprudence rend singulièrement difficile l'obtention d'une réparation du préjudice causé par le comportement d'une institution de l'Union.

Les obstacles à l'engagement de la responsabilité de l'Union se déploient dans un cadre classique, dans lequel le cumul de trois éléments est exigé pour imposer à l'Union d'indemniser un préjudice : l'identification d'un comportement fautif (2), ainsi que d'un dommage causalement lié à ce comportement (1).

### 1) Identification du dommage réparable et des techniques d'analyse du lien de causalité

Selon la jurisprudence de la Cour, le dommage réparable doit être réel et certain. Il peut être futur s'il est imminent et prévisible<sup>37</sup>. Le dommage peut être aussi bien matériel que moral. Une institution a provoqué un dommage moral dès lors qu'elle a placé une personne « *dans un état d'inquiétude et d'incertitude* » susceptible d'engager sa responsabilité. Par exemple, dans une affaire *EMEA*<sup>38</sup>, le Tribunal a jugé que le refus d'engager une procédure d'invalidité par l'autorité européenne du médicament a placé un fonctionnaire européen dans un état d'inquiétude quant à ses perspectives financières constitutif d'un dommage. Cette affaire est une illustration du caractère globalement libéral de la jurisprudence de la Cour relative au constat de l'existence d'un dommage réparable.

S'agissant de l'admission du lien de causalité, il faut établir que le comportement des institutions a été la cause déterminante du préjudice<sup>39</sup>. Cela revient à comparer la situation actuelle de la personne alléguant un préjudice à celle qui aurait été la sienne en l'absence de comportement illégal des

---

<sup>37</sup> TPICE, 2000, *Camar et Tico*, T-79/96.

<sup>38</sup> TPICE, 6 mai 2009, *M contre EMEA*, T-12/08.

<sup>39</sup> TPICE, 2006, *Galileo*, T-279/03.

institutions de l'Union. S'il est avéré que la situation aurait été préférable en l'absence d'un tel comportement des institutions, le lien de causalité est établi.

L'existence d'un dommage et du lien de causalité est donc assez aisément admise. En revanche, il n'en va pas de même concernant l'établissement du caractère fautif du comportement générateur du dommage qui s'avère particulièrement complexe.

## 2) L'établissement complexe de l'existence d'une faute

L'absence de régime de responsabilité sans faute (b) rend problématique les difficultés que rencontrent les justiciables pour établir le caractère fautif d'un comportement des institutions (a).

### a) *La responsabilité pour faute*

Les auteurs du Traité instituant la Communauté économique européenne ont retiré en 1957 la référence à la faute qui était inscrite dans l'article 40 du Traité CECA (ancêtre de l'actuel article 340 du TFUE). Mais la Cour de justice s'est rapidement attelée à réintroduire la notion de faute au centre des débats relatifs à la responsabilité extracontractuelle des institutions de l'Union.

On trouve une référence à la faute dès 1963 et l'arrêt *Plaumann*<sup>40</sup> de la Cour qui n'était pas seulement un recours en annulation formé contre une décision de la Commission refusant à l'Allemagne de suspendre les droits de douane à l'importation de mandarines et de clémentines. Dans ce célèbre arrêt, la partie requérante introduisait à titre subsidiaire un recours en responsabilité pour obtenir indemnisation des taxes selon elle indûment versées aux autorités douanières allemandes. Or cette demande a été rejetée comme non fondée par la Cour en l'absence d'une faute qui aurait seulement pu être constituée en présence d'un acte administratif illégal<sup>41</sup>. Des références ponctuelles à la faute ont ensuite été disséminées dans le contentieux de la responsabilité. Par exemple, le comportement de la Commission est qualifié de fautif lorsqu'elle impose en toute illégalité à un fonctionnaire de travailler dans des conditions insalubres<sup>42</sup>. En revanche, le choix de ne pas publier une fiche

---

<sup>40</sup> La Cour indiquait ainsi qu'« un acte administratif non annulé ne saurait être en lui-même constitutif d'une faute », (CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann*, 25/62).

<sup>41</sup> En l'occurrence la décision de la Commission ne pouvait être jugée illégale puisque le recours en annulation formé à son encontre était jugé irrecevable.

<sup>42</sup> TPI, 10 décembre 2008, *Nardone*, T-57/99.

d'information en matière de reconnaissance de diplôme de médecins généralistes est jugé non fautif dès lors qu'il est légal<sup>43</sup>.

Lorsque, dans sa jurisprudence, la Cour examine la légalité d'un acte des institutions de l'Union qui a causé un dommage, elle cherche en réalité à établir l'existence d'un comportement fautif susceptible d'engager la responsabilité de l'Union. Depuis l'arrêt *Bergaderm* de 2000, il est acquis que la faute est le produit « *d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers* »<sup>44</sup>. L'examen de l'existence d'une faute est de ce fait souvent implicite, voilée derrière le masque de l'examen de l'illégalité caractérisée. Mais il faut encore s'interroger sur l'identification de la notion de « violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ». Toute illégalité revêt-elle les caractéristiques d'une telle violation ?

S'agissant des règles de droit qui placent les institutions dans une situation de compétence liée, il n'y a pas de difficulté. La violation de celles-ci engendre en principe une faute qui permet l'engagement de la responsabilité de l'Union. Dans certains cas exceptionnels, la Cour parvient toutefois à faire échapper l'institution agissant en situation de compétence liée à sa responsabilité. Elle emploie pour ce faire la technique du standard juridique qui amène à vérifier si l'irrégularité ou la faute « *n'aurait pas été commise, dans des circonstances analogues, par une administration normalement prudente et diligente* »<sup>45</sup>. Si la Cour constate que l'institution a été normalement prudente et diligente, sa responsabilité ne peut pas être engagée.

L'engagement de la responsabilité des institutions est plus complexe lorsqu'elles bénéficient d'une certaine marge d'appréciation. Dès lors qu'une institution dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le requérant doit établir que l'illégalité causée par cette institution « *a constitué une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposaient à cette institution dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation* »<sup>46</sup>. Une erreur manifeste d'appréciation est donc nécessaire à l'engagement de la responsabilité d'une institution investie d'un pouvoir d'appréciation. Or, dans toutes les affaires où la Cour a considéré qu'une institution disposait d'une large marge d'appréciation pour édicter un acte, la méconnaissance grave des limites de cette marge n'a jamais été établie. Pour la Cour, reconnaître un pouvoir d'appréciation à une institution de l'Union – par exemple pour la gestion des contingents tarifaires d'importation

---

<sup>43</sup> TPI, 28 octobre 1998, *Goldstein*, T-100/98.

<sup>44</sup> CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm*, C-352/98 P.

<sup>45</sup> TribUE, 16 septembre 2013, *Animal Trading Company*, T-333/10.

<sup>46</sup> CJCE, 8 mai 2007, *Citymo*, T-271/04.

de bananes dans l'affaire *Mbanga*<sup>47</sup> – revient implicitement à exclure la possibilité d'engager sa responsabilité extracontractuelle.

En somme, une illégalité n'est pas nécessairement fautive en droit de l'Union. Certaines illégalités qui seraient suffisantes pour entraîner l'annulation de l'acte peuvent ne pas être analysées comme constitutives de fautes. Cette situation est conforme au droit primaire puisque l'article 266 du TFUE prévoit que l'obligation d'exécuter un arrêt d'annulation « *ne préjuge pas celle qui peut résulter de l'application de l'article 340* » relatif à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle. Par exemple, dans l'affaire *Kampffmeyer*<sup>48</sup> la Cour a jugé que la confirmation par la Commission d'une mesure de sauvegarde allemande contraire au droit primaire était un acte illégal qui devait comme tel être annulé. Néanmoins, elle a par la suite estimé que ce comportement normatif de la Commission n'était pas fautif puisqu'il ne constituait pas une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire<sup>49</sup>.

Le contentieux de la responsabilité des institutions est en définitive le miroir négatif de celui de l'annulation. Au contraire du recours en annulation, l'accès au juge de la responsabilité extracontractuelle est libéralement admis. En revanche, l'illégalité d'un acte est plus simplement reconnue que son aptitude à constituer le fait générateur de la responsabilité des institutions. Et cette difficulté d'engager la responsabilité de l'Union sur le terrain de la faute n'est pas compensée par l'existence d'un régime de responsabilité sans faute des institutions.

*b) L'absence de responsabilité sans faute*

La Cour de justice considère que la responsabilité sans faute correspond à la responsabilité du fait de l'action licite<sup>50</sup>. Cette position est contestable puisque, comme cela vient d'être expliqué, une illégalité peut selon la Cour être non fautive.

C'est le Tribunal de l'Union qui a essayé d'introduire la responsabilité sans faute en droit de l'Union européenne. En l'absence d'une illégalité, la responsabilité sans faute pouvait ainsi selon lui être engagée en présence d'un dommage anormal et spécial<sup>51</sup>. Mais la Cour s'est rapidement montrée hostile à un tel régime de responsabilité sans faute des institutions de l'Union qu'elle a très

---

<sup>47</sup> CJUE, 22 mars 2010, *Société des plantations Mbanga*, C-39-09P.

<sup>48</sup> CJCE, 14 juillet 1967, *Kampffmeyer*, préc.

<sup>49</sup> CJCE, 2 juin 1976, *Kampffmeyer*, 56 à 60/74.

<sup>50</sup> CJCE, 9 septembre 2008, *FLAMM*, C-121/06 P.

<sup>51</sup> TPICE, 28 avril 1998, *Dorsch Consult*, T-186/95 ; TPICE, 14 décembre 2005, T-99/00.

clairement rejeté sur pourvoi dans un arrêt *FLAMM* de 2008<sup>52</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une affaire dans laquelle des opérateurs économiques européens subissaient les conséquences de contremesures adoptées par les Etats Unis en réaction à une violation du droit de l'OMC par les institutions de l'Union. Mais le règlement relatif au régime fiscal applicable aux importations de banane contrevenant aux accords OMC ne pouvait être considéré comme illégal dans l'ordre juridique de l'Union dès lors que la Cour de justice refuse de consacrer l'invocabilité du droit de l'OMC. Par conséquent ces opérateurs ne disposaient que de la responsabilité sans faute pour engager la responsabilité des institutions de l'Union, ce que la Cour leur a été refusé.

Le refus de créer un régime de responsabilité sans faute a pu être critiqué dès lors que, comme l'Avocat Général Poiares Maduro le faisait remarquer dans ses conclusions<sup>53</sup>, celle-ci est admise dans de nombreux Etats membres. Il est en effet regrettable que la Cour n'en ait pas pris acte pour juger que la responsabilité sans faute relève des principes généraux communs aux Etats membres auxquels l'article 340 fait référence. En tout état de cause, la responsabilité sans faute a été rejetée en Grande Chambre, et les victimes d'actes légaux gravement préjudiciables doivent s'accommoder de cette situation dans laquelle ils ne peuvent obtenir la réparation de ce préjudice.

Il est donc difficile d'engager la responsabilité de l'Union. L'établissement du caractère fautif d'une illégalité est un véritable défi pour les justiciables qui ne bénéficient pas au surplus de la bouée de sauvetage que peut ailleurs constituer la responsabilité sans faute. Ce régime de responsabilité des institutions a donc été dessiné avec trop peu d'égard pour la protection juridictionnelle effective des personnes privées que l'Union européenne est pourtant supposée garantir.

## **B. La responsabilité des Etats : entre autonomie procédurale et encadrement par le droit de l'Union**

Si la Cour a consacré en 1960 le principe même de la responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'Union<sup>54</sup>, cette affirmation s'accompagnait logiquement d'un renvoi aux Etats membres pour fixer les conditions d'engagement de cette responsabilité. Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale suppose que les normes régissant le fonctionnement des voies de droit nationales instaurées pour permettre aux particuliers de bénéficier des droits qu'ils tirent du

---

<sup>52</sup> CJCE, 9 septembre 2008, *FLAMM*, préc.

<sup>53</sup> Poiares Maduro, 2 février 2008, conclusions sur *FLAMM*, préc.

<sup>54</sup> Voy. *supra*, A du I.

droit de l'Union sont librement déterminées par les Etats membres. Mais on sait aussi, la problématique est bien connue, que le principe d'autonomie ne saurait être absolu<sup>55</sup>. En effet, il doit se combiner avec l'exigence existentielle d'unité du droit de l'Union et l'interdiction corrélative des discriminations entre citoyens européens. De cette nécessité de concilier les deux exigences parfois antagonistes d'autonomie et d'unité découle une limitation dans certaines hypothèses de l'autonomie. Cette limitation découle pour l'essentiel de bornes mises par le Cour pour évaluer les voies de droit nationales et vérifier que, quels que puissent être les moyens mis en œuvre par l'Etat, ils permettent de parvenir à une protection satisfaisante des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union. Tel est le rôle des principes d'équivalence (qui implique que les règles de procédure applicables dans le cadre de litiges mobilisant le droit de l'Union ne soient pas moins favorables aux justiciables que celles appliquées dans cadre de litiges similaires mettant en jeu le seul droit national) et d'effectivité (qui s'oppose à l'existence d'éléments procéduraux qui rendraient impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union).

Dans de rares hypothèses, cette limitation de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres va jusqu'à l'édiction de règles procédurales uniformes qui se substituent aux règles nationales. La responsabilité des Etats membres du fait de la violation du droit de l'Union constitue précisément l'un de ces hypothèses depuis l'arrêt *Francovich et Bonifaci*<sup>56</sup>. Au-delà de la réaffirmation du principe selon lequel l'Etat doit réparer les conséquences dommageables des violations du droit de l'Union qui lui sont imputables, la Cour fixe elle-même les conditions d'engagement de cette responsabilité. Amorcée en 1991, la définition de ce régime s'est encore affinée dans les deux arrêts du 5 mars 1996 *Brasserie du pêcheur* et *Factortame*<sup>57</sup>. La responsabilité pour faute d'une autorité nationale peut être engagée si deux conditions sont remplies. D'abord, il faut être en présence d'une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire, cette condition s'appréciant en fonction de la marge de manœuvre de l'Etat. C'est ainsi que la non transposition d'une directive est toujours une violation suffisamment caractérisée tandis qu'une mauvaise transposition ne l'est pas nécessairement<sup>58</sup>. De la même manière, l'usage qu'un Etat fait de sa marge d'appréciation constitue une violation caractérisée du droit de l'Union si la norme nationale qui en est le produit

---

<sup>55</sup> Voy., pour un exposé de ces tensions et de leurs traductions au plan juridictionnel la thèse de O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001.

<sup>56</sup> CJCE, 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et 9/90, *Rec.* p. I-5357.

<sup>57</sup> CJCE, aff. C-46/93 et 48/93, *Rec.* p. I-1029.

<sup>58</sup> Voy. les arrêts CJCE, 8 octobre 1996 *Dillenkofer*, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Rec.* p. I-4845 et CJCE, 26 mars 1996, *British telecom*, C-392/93, *Rec.* p. I-1631.

méconnaît manifestement la jurisprudence de la Cour<sup>59</sup>. Ensuite, il faut que la norme communautaire violée soit une règle de droit conférant des droits subjectifs aux particuliers.

Ces règles ont pu être exprimées en des termes un peu différents s'agissant des violations du droit de l'Union imputables aux juridictions nationales de dernier ressort même si elles ne diffèrent guère sur le fond et si la Cour elle-même semble les tenir pour équivalente. Elle a certes jugé qu'en regard à la spécificité de la fonction juridictionnelle, la responsabilité de l'État n'est pas illimitée dans le cadre de son exercice et qu'elle ne saurait être engagée que dans le cas exceptionnel où la juridiction nationale statuant en dernier ressort a méconnu de manière manifeste le droit applicable. Mais l'énoncé de ce principe est équivalent à celui traditionnellement employé pour désigner les autres types de violation suffisamment caractérisée préalablement analysés<sup>60</sup>. Et pour déterminer si une telle violation est consommée, doivent notamment être pris en compte le degré de clarté et de précision de la norme de référence, le caractère délibéré de la violation ou le non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel. Le droit national qui interdit purement et simplement une action en responsabilité pour une part de l'activité juridictionnelle est, en ce qu'elle touche à la violation du droit de l'Union, incompatible avec celui-ci, tandis qu'une législation qui limiterait cette responsabilité aux fautes graves peut être compatible avec le droit de l'Union à condition qu'elle revienne en substance à limiter la responsabilité aux hypothèses de violations suffisamment caractérisées<sup>61</sup>. Est aussi incompatible avec le droit de l'Union une législation nationale qui subordonnerait l'engagement de la responsabilité à l'annulation préalable de la décision juridictionnelle en cause, alors même qu'une telle annulation serait concrètement impossible<sup>62</sup>.

En somme, trois éléments caractérisent le droit de la responsabilité extracontractuelle en droit de l'Union. D'abord, le principe de responsabilité des autorités normatives, qu'elles soient étatiques ou communautaires, a été consacré sans difficulté. Ensuite, les dommages causés par les actes d'exécution du droit de l'Union sont le plus souvent imputés aux Etats membres, parfois même lorsque ces derniers ne disposaient pas de marge d'appréciation pour mettre en œuvre un acte illégal de l'Union. Enfin, l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union pour engager la responsabilité des institutions étatiques ou de l'Union rend difficile l'engagement de leur responsabilité lorsqu'elle ne se trouvent pas en situation de compétence liée. De fait, cette exigence

---

<sup>59</sup> CJCE, 25 novembre 2010, *Günter Fuß*, C-429/09.

<sup>60</sup> CJCE, 13 juin 2006, *Tragbetti del mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec. p*; I-5177.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> CJUE, 9 septembre 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, aff. C-160/14.

revient en substance à offrir une immunité juridictionnelle aux institutions étatiques et communautaires lorsqu'elles disposent d'une certaine marge d'appréciation pour édicter des actes juridiques mettant en œuvre le droit de l'Union. Cela permet certes de sauvegarder leur pouvoir d'appréciation sur lequel la Cour n'a pas désiré suspendre l'épée de Damoclès de la responsabilité. Mais cela implique dans le même temps d'exclure l'indemnisation de préjudices qui sont parfois la conséquence de l'usage que les autorités normatives communautaires et étatiques font de cette relative liberté d'action normative. La protection juridictionnelle des personnes privées semble donc encore perfectible pour offrir sa pleine utilité au principe de responsabilité.