

L'évaluation du préjudice

Synthèse des travaux du groupe d'étude composé de :

Benoit DELAUNAY
Duncan FAIRGRIEVE
Michel FRANC
Caroline GROSSHOLZ
Matthias HAENTJENS
Jean LATOURNERIE
Didier LE PRADO
François MOLINIÉ
Terry OLSON
Florian ROUSSEL
Jean SIRINELLI
Marie SIRINELLI
Michiel TJEPKEMA

Les systèmes étudiés :

° Le système européen, envisagé sous deux angles :

* *La jurisprudence de la CJUE* (Les institutions de l'Union ; la méconnaissance du droit de l'UE par les autorités des Etats membres)

* *La jurisprudence de la CEDH* (L'évaluation des préjudices causés au titre de la méconnaissance de l'article 6 par les systèmes juridictionnels nationaux)

° Les systèmes de *Common law* (Royaume-Uni, Etats-Unis)

° Le système allemand

° Le système italien

° Le système belge

° Le système grec

° Le système québécois

° Le système néerlandais

° Le système suédois

1. Les questions de compétence

L'évaluation des préjudices causés par l'administration relève-t-elle des juridictions de droit commun ou d'une ou plusieurs juridictions administratives spécialisées ?

Les systèmes étudiés ont mis en lumière une réelle diversité de situations.

° Assez logiquement, dans les systèmes d'unité juridictionnelle, l'évaluation des préjudices causés par l'administration relève des juridictions de droit commun.

Tel est le cas des pays de *Common law*.

En **droit anglais**, le principe d'égalité tel que conçu au XIX^{ème} siècle 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.¹

Aux **Etats-Unis**, l'évaluation des préjudices causés par l'administration relève des juridictions de droit commun. Il n'existe pas de juridiction administrative spécialisée pour le contentieux de la réparation des préjudices. L'indemnisation des préjudices causés par l'administration est donc prise en charge par les tribunaux ordinaires, en l'occurrence les juges judiciaires tant au niveau des États fédérés que de l'État fédéral. Faute de juge administratif spécialisé comme en France, les questions de compétence en matière d'évaluation des préjudices ne se posent pas. La réparation des préjudices relève des juges de droit commun².

Par ailleurs, seuls les tribunaux fédéraux sont compétents pour statuer sur la responsabilité de l'État fédéral³ et le droit applicable dans ce cas est celui de l'État dans lequel la faute a été commise. C'est d'ailleurs le droit étatique qui détermine si le comportement répréhensible d'un agent public relève bien d'une faute commise dans l'exercice des fonctions susceptible d'engager la responsabilité de l'administration fédérale⁴.

Au **Québec**, l'indemnisation des préjudices causés par l'administration relève également des juridictions de droit commun. Le droit administratif ne constitue pas un système complet et autonome distinct du droit commun, administré par des tribunaux spécialisés et il n'existe d'ailleurs pas à proprement parler de distinction entre les juridictions administratives et judiciaires.

¹ Voir A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (10th edn, London, 1959).

² D. Custos, « Droits administratifs américain et français : source et procédure », *RIDC*, avril-juin 2007, n° 2, p. 285, spec. p. 294. Toutefois, la doctrine administrativiste américaine assez globalement hostile à l'introduction du dualisme juridictionnel dans l'ordre juridique américain. Voir à ce propos les ouvrages de B. Schwartz, *French administrative law and the common law world*, New York University Press, 1954 et C.J. Hamson, *Executive discretion and judicial control : An aspect of the french Conseil d'État*, LTD, Steven et Sons, 1954.

³ 28 USCA § 1346 (b).

⁴ 28 USCA § 1346 (b).

Il existe certes de nombreux « tribunaux administratifs » fédéraux et provinciaux : ex. la Commission des relations du travail, la Commission des lésions professionnelles, la Régie du logement, les conseils de discipline des ordres professionnels, l'Autorité des marchés financiers, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Commission canadienne des droits de la personne, l'Office national de l'énergie, etc. Dans certains cas, d'ailleurs assez rares, les décisions de ces organismes peuvent être déférées à une cour d'appel. En règle générale, elles relèvent de la compétence des cours supérieures (équivalent des tribunaux de grande instance français) en matière de « révision judiciaire » (*judicial review*). Mais il ne s'agit pas d'un ordre de juridictions administratives.

Il faut mentionner à part le cas très particulier d'une compétence découlant directement d'un instrument conventionnel. Tel est le cas de la **Cour européenne des droits de l'homme**, qui tire de l'article 41 de la Convention la qualité pour allouer une « satisfaction équitable » s'analysant comme une indemnisation.

° C'est dans les systèmes de dualisme juridictionnel que les situations semblent les plus diverses.

=> *Dans certains pays où prime la volonté de faire échapper l'ensemble du contentieux administratif aux juridictions civiles, l'indemnisation des préjudices causés par l'administration incombe à la juridiction administrative spécialisée.* Le contentieux indemnitaire suit le sort du contentieux de l'annulation. C'est globalement la logique à laquelle obéit le système français.

Cette logique est également présente en **Grèce**. La dualité de juridictions s'y décline d'une manière très proche de la France. L'existence de la juridiction administrative y est consacrée constitutionnellement. Celle-ci comprend des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et un Conseil d'Etat. Le système grec ne connaît pas, en revanche, de cour constitutionnelle.

Dans ce cadre, le juge administratif est chargé des contentieux de l'administration, y compris en matière de responsabilité administrative et d'indemnisation des préjudices, en vertu de l'article 1er alinéa 2, de la loi du 14 juin 1983. En droit administratif hellénique, on désigne comme « *responsabilité civile de l'Etat* » la responsabilité extracontractuelle de celui-ci, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs, engagée en raison de leurs actes ou omissions contraires à la loi, et commis dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. Le fondement constitutionnel de la responsabilité administrative réside dans l'article 4 § 5 de la Constitution, qui dispose que les citoyens grecs contribuent sans distinction aux charges publiques de manière proportionnée à leurs capacités (car les dépenses de l'Etat, ou de la personne morale de droit public qui doit réparation, sont regardées comme étant des charges publiques imposées d'une manière générale, sur la base de critères objectifs, conformément à cette disposition constitutionnelle).

=> *Dans d'autres systèmes, la justification principale du dualisme juridictionnel est de confier à un juge spécialisé le contentieux de l'annulation ou de la réformation des actes administratifs. En revanche, l'évaluation des préjudices est regardée comme ressortissant naturellement à la mission du juge civil, y compris lorsqu'il s'agit d'un préjudice causé par l'administration. En d'autres termes, ces systèmes tendent à considérer*

que s'il s'agit d'évaluer un tel préjudice, en vue de le réparer, point n'est besoin de recourir à un juge spécialisé : le juge de la responsabilité civile peut alors exercer son office sans inconvénient.

En **Suède**, l'organisation juridictionnelle est marquée par la dualité de juridictions. Les juridictions administratives se sont développées principalement au cours du XXème siècle, leur organisation étant parachevée en 1979. A côté des tribunaux judiciaires (compétents pour les litiges en matière pénale et civile), la juridiction administrative s'organise selon trois niveaux, certaines décisions administratives ne pouvant être contestées que devant une autorité administrative supérieure, et non devant la juridiction administrative. Toutefois, le juge administratif ne peut annuler des contrats, ou accorder des dommages-intérêts. Il n'est ainsi pas compétent pour connaître des affaires concernant la responsabilité extra-contractuelle de l'administration. Ces matières, considérées comme civiles, ne sont jugées que par les tribunaux de droit commun. Ce sont donc les tribunaux de district (*Tingsrätten*) qui remplissent cette mission, avec les cours d'appel et la Cour Suprême, suivant la même organisation que celle décrite pour la juridiction administrative. C'est ainsi le juge civil qui est compétent pour juger les affaires concernant la responsabilité administrative extra-contractuelle, et pour évaluer le préjudice dans cette hypothèse.

En matière de responsabilité extra-contractuelle, le droit suédois se caractérise aujourd'hui par une articulation, parfois complexe, entre cadres législatifs et jurisprudence.

Avant 1972, les décisions des organes de l'Etat et des communes, prises dans l'exercice de la puissance publique, n'engageaient pas la responsabilité de ces organes et ne pouvaient donc pas prêter à indemnisation. En ce domaine s'appliquaient des lois spéciales, ainsi que des principes coutumiers et jurisprudentiels. Le seul recours existant pour les administrés était de se retourner contre les employés publics eux-mêmes qui, bien entendu, ne présentaient pas toujours des garanties suffisantes de solvabilité.

Si ces règles s'appliquent encore en partie, elles ont été complétées par une loi sur la responsabilité civile (*Skadestandslagen / "Tort Liability Act"*), entrée en vigueur le 1er juillet 1972. Cette loi est venue codifier et développer une partie du droit régissant la réparation du préjudice, en matière extra-contractuelle. Elle ne pose toutefois qu'un cadre assez général, où manquent définitions et règles concernant un certain nombre de questions, qui se voit encore grandement complété par la jurisprudence. Elle doit, en outre, se concilier avec les règles du régime de l'assurance sociale et de l'assurance personnelle, ainsi qu'avec des législations dédiées à certains domaines spécifiques, qui ont parallèlement perduré (cf. the « *Act on Traffic Damages* », the « *Act on Patient Injuries* », etc). Dans un pays où il n'existe pas de code civil, on observe donc un certain éclatement des règles concernant la responsabilité et le préjudice.

=> Dans certains pays, l'évaluation des préjudices causés par l'administration obéit à un partage de compétences entre deux ordres de juridiction voire davantage. Cette division des tâches peut être source d'une certaine complexité.

Tel est notamment le cas de l'**Allemagne**. Le contentieux administratif, et tout particulièrement, celui de la *légalité* des actes administratifs, y relève d'un ordre juridictionnel dédié, mais le contentieux de *l'indemnisation des préjudices* causés par l'action de l'administration, en revanche, est

partagé entre divers ordres de juridictions. Les juridictions administratives sont partiellement compétentes en la matière, pour assurer une réparation *en nature* dans le cadre de l'action en remise en l'état (*Folgenbeseitigungsanspruch*). Un recours similaire (*Herstellungsanspruch*) est ouvert devant les juridictions sociales, dans leur propre champ de compétence (Ossenbühl Cornils p. 6). Les juridictions civiles, qualifiées de juridictions « ordinaires » ou de « droit commun », sont en principe seules compétentes lorsqu'il s'agit d'assurer une réparation *en argent* du dommage.

S'agissant de la *responsabilité pour faute*, qui forme le premier pilier de la responsabilité de la puissance publique, la compétence des juridictions ordinaires résulte de dispositions législatives (article 839 du code civil) et constitutionnelles (article 34 de la Loi fondamentale). S'agissant des régimes de *responsabilité sans faute*, qui forment les deuxième et troisième piliers de la responsabilité de la puissance publique, les juridictions civiles sont également seules compétentes, puisque ce sont elles qui, de manière prétorienne, ont développé ces fondements pour combler certaines lacunes de ce droit de la responsabilité (F. Ossenbühl et M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6^{ème} édition, C.H. Beck München 2013, p. 6).

Le partage de compétences entre les ordres juridictionnels résulte des dispositions législatives et constitutionnelles qui instaurent une responsabilité de la puissance publique *pour faute* tout en en confiant la compétence aux juridictions de droit commun. Ce fondement suppose la violation fautive, par un agent public *largo sensu*, d'une obligation lui incombant dans le cadre de la fonction publique qu'il exerce, cette violation étant commise dans l'exercice de cette dernière. La délimitation de cette notion, qui détermine celle de ce fondement de responsabilité, est complexe et souvent délicate, donnant lieu à des interrogations voisines de celles que soulèvent, en droit administratif français, la qualification de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service par opposition à celle de faute personnelle sans lien avec ce dernier. C'est pourquoi, en pratique, c'est l'abondante jurisprudence développée sur cette question qui permet de tracer les frontières (F. Ossenbühl et M. Cornils, op. cit., p. 16 et s.).

Tel est aussi le cas de l'**Italie**, dont le système repose aussi sur la dualité de juridiction : la répartition des compétences entre les ordres judiciaire et administratif est basée sur la différence entre la protection des « droits subjectifs » dévolue aux juridictions judiciaires, et la préservation des « intérêts légitimes », réservée aux juridictions administratives.

En vertu de l'article 103 de la Constitution italienne: "*Le Conseil d'État et les autres organismes de justice administrative ont juridiction pour assurer la protection des intérêts légitimes à l'encontre de l'administration publique*".

Les premiers font référence à la liberté juridique du citoyen : ce sont notamment les droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Les seconds renvoient à l'hypothèse dans laquelle l'administré voit sa situation soumise au pouvoir de l'administration. En ce cas il ne dispose pas d'un droit subjectif mais d'un simple intérêt légitime à l'encontre de l'administration. Cette notion recouvre de nombreuses situations différentes, que la doctrine classe de la manière suivante :

- ⇒ les intérêts légitimes dits « statiques » (qui se caractérisent par une obligation de ne pas faire imposée à l'administration) ;
- ⇒ les intérêts légitimes dits « dynamiques » (qui nécessitent à l'inverse un comportement actif de l'administration) ;
- ⇒ les intérêts légitimes qui ne sont pas liés à un droit (par exemple, les rapports de

subordination au sein de l'administration qui déterminent la promotion ou la carrière d'un fonctionnaire) ;

- ⇒ les intérêts légitimes procéduraux (qui correspondent à l'intérêt de l'administré à participer à une procédure administrative) ;
- ⇒ les intérêts légitimes de prétention (l'intérêt à l'acquisition d'un bien existe dès lors que l'administration réalise une procédure spécifique attribuant un avantage au titulaire de l'intérêt) ;
- ⇒ les intérêts légitimes d'opposition (qui correspondent à la position de l'administré s'opposant à la mutation d'une situation qui leur procure un avantage). Cependant, jusqu'en 1999, la jurisprudence italienne a refusé d'admettre tout principe de réparation d'un dommage lié à la violation d'un intérêt légitime. Pour réparer un tel préjudice, elle a longtemps eu recours à la théorie dite de l'affaiblissement des droits subjectifs, renvoyant à l'idée que la violation d'un intérêt légitime s'analyse comme un affaiblissement des droits subjectifs, et confiant ainsi son évaluation au juge judiciaire.

L'application de cette théorie nécessitait donc l'intervention de deux juges : le juge administratif pour l'annulation de l'acte, et le juge judiciaire pour la réparation du dommage lié à « l'affaiblissement du droit subjectif ».

La lourdeur d'un tel système a conduit finalement la Cour de Cassation italienne à accepter, par son arrêt n°500 de 1999, que la violation d'un intérêt légitime puisse entraîner la responsabilité de l'administration, ainsi qu'une indemnisation. Ce principe est ensuite repris ensuite par le législateur italien dans la loi n° 205 de 2000, dont l'article 7 prévoit que le contentieux de la responsabilité de l'administration est désormais confié au juge administratif. Celui-ci dispose dès lors -comme le prévoit l'article 103 de la Constitution- d'une compétence de principe pour évaluer le préjudice découlant de la lésion d'un intérêt légitime.

En revanche, lorsque le dommage ne résulte pas d'un quelconque acte administratif mais d'un simple acte matériel de l'administration, l'administré ne voyant pas sa situation soumise au pouvoir de celle-ci, le droit italien considère que son dommage résulte de la violation d'un droit subjectif, et non d'un intérêt légitime. A ce titre, c'est la juridiction ordinaire qui est compétente. Par exemple, si la réalisation de travaux publics sur un bâtiment engendre la détérioration d'un immeuble voisin, le propriétaire de l'immeuble doit agir sur le fondement de l'action en revendication de propriété (article 1168 du Code civil), et devant les juridictions ordinaires.

Enfin aux **Pays-Bas**, la répartition des compétences atteint un assez haut degré de sophistication, pour ne pas dire de complexité, et mobilise des instances relevant de ce qu'on qualifierait en France de juridictions administratives spécialisées.

Le procès administratif est engagé devant le tribunal de première instance, avec possibilité ensuite de former un appel devant le Raad van Staat. Toutefois, dans un certain nombre de domaines, l'appel ne doit pas être formé devant le Conseil d'État mais devant le « Centrale Raad van Beroep » (le « Conseil central d'appel » compétent en matière de droits des fonctionnaires et de droit de la sécurité sociale) ou bien devant le « College van Beroep voor het bedrijfsleven » (« la Chambre d'appel des affaires économiques » compétente en matière de droit administratif économique). Il s'agit donc ici de juridictions supérieures de droit administratif différentes qui, toutefois, appliquent toutes les mêmes règles procédurales de droit administratif (à savoir celles de l'« Algemene wet bestuursrecht », la loi générale néerlandaise sur le droit administratif).

Dans le cadre de l'indemnisation d'actes entraînant une responsabilité pour faute, la répartition de

la compétence entre les ordres de juridiction est une question particulièrement complexe : les juridictions administratives comme les juridictions civiles ont parfois une compétence exclusive et, dans d'autres cas, les deux ordres de juridiction sont simultanément compétents.

Le système néerlandais fonctionne en substance de la manière suivante :

Lorsque le dommage découle de l'action d'une autorité administrative pour laquelle il n'est pas possible de s'adresser au juge administratif, le juge civil est alors exclusivement compétent. Dans le droit positif actuel, sa compétence porte donc principalement sur des dommages étant la conséquence d'actes matériels, de mesures contraignantes de portée générale, de règles politiques et d'autres actions insusceptibles d'un recours administratif.

Lorsque le dommage découle d'actes étant susceptibles d'un recours auprès du juge administratif (à savoir, en pratique, principalement les décisions individuelles) et que la décision en question a été annulée par le juge administratif, alors la question portant sur le point de savoir quel juge doit décider sur l'indemnisation dépend de l'importance du préjudice. 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. En cas de préjudice subi à la suite de décisions administratives ne pouvant pas faire l'objet d'un appel (mesures contraignantes de portée générale, règles politiques), le juge civil demeure exclusivement compétent.

À cela s'ajoute que le juge administratif a, quel que soit le niveau du préjudice, compétence exclusive en matière de droit de la sécurité sociale, de droit fiscal et de droit des étrangers. Le raisonnement à la base de cette règle de compétence est que, bien souvent, dans ce type d'affaires, seules deux parties sont concernées. Dans ce type d'affaires – à l'occasion desquelles les intérêts des tiers ne sont, bien souvent, pas affectés – le juge administratif est considéré comme seul compétent pour juger des demandes en réparation du préjudice.

Même dans les cas de demandes en réparation de dommages étant la conséquence d'actes et d'agissements légaux des pouvoirs publics (« nadeelcompensatie », à savoir l'indemnisation des nuisances causées par l'action licite de l'administration), la détermination de la compétence est une question complexe. La compétence du juge administratif dans ce domaine peut résulter de la loi, comme le code néerlandais de l'urbanisme. De même, les règlements émanant des communes ou des provinces peuvent prévoir la compétence du juge administratif. Lorsqu'aucune règle n'existe, l'obligation d'indemniser les nuisances causées par l'action licite de l'administration peut découler du principe non écrit d'*égalité devant les charges publiques*. Les décisions prises sur la base de ce principe portent le nom de « *zelfstandige schadebesluiten* » (décision administrative indépendante sur l'attribution d'indemnités). Il est possible de faire appel de telles décisions devant le juge administratif lorsque le fait générateur du dommage est lui-même susceptible d'un recours formé auprès du juge administratif.

La responsabilité encourue à la suite de l'annulation de décisions est, depuis le 1er juillet 2013, organisée par la loi sur les décisions administratives illicites. En ce qui concerne les autres actes et agissements, ce sont les principes jurisprudentiels dégagés par le juge civil qui s'appliquent. En ce qui concerne l'indemnisation des nuisances causées par l'action licite de l'administration, une loi a été adoptée le 30 janvier 2013 par le Parlement. Cette loi « *Wet nadeelcompensatie* » n'est toutefois pas encore entrée en vigueur.

Dans ce cadre, la doctrine de la « force juridique formelle » joue un rôle fondamental. Cette doctrine, développée par la jurisprudence civile, est la suivante. Lorsque le délai de recours permettant d'attaquer une décision est expiré sans qu'aucun recours n'ait été engagé, la décision est devenue juridiquement définitive. On dit alors que la décision a obtenu « force juridique formelle ». Ainsi, cette décision ne peut pas faire l'objet d'un procès civil dans le cadre duquel le caractère licite de celle-ci serait à nouveau discuté. Le juge civil considérera en effet que la décision est intangible dans la mesure où celle-ci n'a pas été contestée devant le juge administratif ou bien a été contestée mais sans succès.

Ce principe répond à plusieurs impératifs : assurer le respect de délais courts tels que ceux-ci s'appliquent en droit administratif dans le but de garantir la sécurité juridique (chose qui est particulièrement importante dans les litiges impliquant plusieurs intéressés comme, par exemple, en matière de permis de construire et d'autorisations en lien avec l'environnement), assurer la mise en œuvre de la règle de répartition des compétences (de laquelle découle que c'est le juge administratif qui décide si des décisions de l'administration sont conformes au droit) ainsi que préserver une unité juridique, en évitant que le juge civil ait à connaître de domaines relevant du juge administratif en rendant des décisions s'écartant de celles rendues par ce dernier.

Selon la Cour de cassation des Pays-Bas, il se peut que, en fonction de circonstances particulières, le principe de la « force juridique formelle » ait des conséquences si néfastes qu'une exception doit être faite à l'application du principe. Ainsi, il y a été dérogé dans les cas dans lesquels le gouvernement avait lui-même créé, à tort, chez l'intéressé, la conviction que la décision était insusceptible d'être contestée en suivant la voie administrative. En pratique, il est très rare que le juge civil fasse exception à la doctrine de la « force juridique formelle ».

2. Les questions de procédure

2.1 L'évaluation des préjudices causés par l'action de l'administration obéit-elle aux règles de procédure de droit commun (type code de procédure civile) ou à des règles dérogatoires ?

° En **droit anglais**, ce type d'action est régi par les règles jurisprudentielles de la procédure civile de droit commun, définies par la Common law.

° Dans la plus grande partie des systèmes étudiés, ces règles sont définies par des textes, et plus particulièrement par les textes régissant la procédure civile.

En **Suède**, on fait application des règles de procédure devant les juridictions civiles, en l'occurrence le code de procédure judiciaire (1942 :740).

Il en va de même au **Québec**. On y applique le code civil et le code de procédure civile du Québec, à moins qu'une loi fédérale ou provinciale en dispose autrement (art 1376 du code civil du Québec).

° La situation en **Allemagne** reflète la relative complexité des règles de compétence qui y prévalent.

Les règles de procédure ordinaires applicables devant chacun des ordres juridictionnels compétents le sont également aux actions, menées devant ces juridictions, tendant à la réparation des préjudices causés par l'administration. S'agissant des recours relevant de la compétence du juge civil, il s'agit des règles édictées par le code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*), qui ne comportent pas de dispositions spécifiques relatives au contentieux de la responsabilité de la puissance publique. S'agissant de l'action en remise en l'état devant les juridictions administratives (*Folgenbeseitigungsanspruch*) ainsi que de son équivalent devant les juridictions sociales (*Herstellungsanspruch*), dans la mesure où elles ont été créées de toutes pièces par les jurisprudences de ces juridictions, celles-ci acceptent respectivement d'être saisies selon les règles générales du code des juridictions administratives (*Verwaltungsgerichtordnung*) et de la loi relative aux juridictions sociales (*Sozialgerichtgesetz*).

La même logique prévaut aux **Pays-Bas**, où chaque ordre de juridiction applique aux actions en réparation les règles de procédure qui lui sont propres. Les règles de procédure ordinaires applicables devant chacun des ordres juridictionnels compétents le sont également aux actions, menées devant ces juridictions, tendant à la réparation des préjudices causés par l'administration. S'agissant des recours relevant de la compétence du juge civil, il s'agit des règles édictées par le code néerlandais de procédure civile (*Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*), qui ne comportent pas de dispositions spécifiques relatives au contentieux de la responsabilité de la puissance publique.

Le juge administratif applique ses propres règles procédurales telles qu'édictées par l'« Algemene wet bestuursrecht » (la loi générale néerlandaise sur le droit administratif). La loi néerlandaise sur les décisions illicites contient un certain nombre de dispositions à caractère procédural comme, par exemple, des dispositions concernant les modalités selon lesquelles la requête en réparation doit être déposée auprès du juge administratif et le contenu d'une telle requête (art. 8:90 et art. 8:92 de la loi « Awb » – la loi générale néerlandaise sur le droit administratif). La loi néerlandaise sur les nuisances causées par l'action licite de l'administration contient elle aussi un certain nombre de règles procédurales parmi lesquelles les règles relatives au délai à l'intérieur duquel une décision sur la requête doit intervenir (art. 4:130 de la loi « Awb »).

° Aux **Etats-Unis**, s'appliquent des règles propres au contentieux des actions indemnitaires portées contre l'Etat fédéral. La mise en œuvre de la réparation des préjudices causés par l'administration aux USA obéit à une procédure spécifique dont les principales lignes directrices sont déterminées par le *Federal tort claims act* (FTCA) voté par le Congrès des États-Unis en 1946⁵.

° S'appliquent à l'ensemble des systèmes juridiques des **Etats membres de l'Union européenne** des obligations procédurales communes dès lors qu'est en cause l'indemnisation de dommages causés par l'administration et résultant de la méconnaissance du droit de l'Union.

La CJCE devenue CJUE a construit un cadre juridique commun.

⁵ P. Pradal, « La responsabilité extracontractuelle de l'administration fédérale aux États-Unis, le fédéral tort claims act et le pouvoir discrétionnaire », *RFAP*, La responsabilité administrative : comparaison internationale, 2013, n° 147, p. 708

Dans son arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991⁶, la CJUE juge que le principe de la responsabilité des Etats membres pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire, tout en étant inhérent à la construction européenne, trouve son fondement dans l'article 5 (devenu l'article 4) du Traité, en vertu duquel « les Etats prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union » (« principe de coopération loyale »).

Dans cet arrêt, la Cour a également considéré qu'en l'absence d'une réglementation communautaire spécifique⁷, c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé. Le droit national doit cependant prendre en compte des principes d'**équivalence** et d'**effectivité**.

Ainsi, « les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation. »

Le principe d'effectivité implique que la réparation du préjudice subi doit être « **adéquate** », (CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur – Factortame III*⁸). Ce caractère adéquat implique l'indemnisation de l'intégralité du préjudice subi, dès lors que seul le principe de *restitutio in integrum* permet de reconstituer le patrimoine de la victime dans l'état où il se serait trouvé si le droit communautaire n'avait jamais été violé⁹. Il s'apprécie notamment au regard des principes juridiques communs aux Etats membres (arrêt *Francovich*).

La Cour considère enfin que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de l'Union européenne dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage¹⁰.

Si les modalités procédurales de la réparation relèvent de l'ordre juridique interne en vertu du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres, elles ne sauraient ni être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne ni rendre impossible ou excessivement difficile en pratique l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique européen (CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93).

Dans cet arrêt, la Cour relève, en particulier, que pour déterminer si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire, il convient d'apprécier la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les différentes instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération les principes qui sont la base du système

⁶ C-6/90 et C-9/90

⁷ cf. *infa*, 2.4.

⁸ C-46/93 et C-48/93

⁹ Conclusions de l'avocat général Léger sur CJCE, *Lomas*, 20 juin 1995, C-5/94 ; à noter la position en sens contraire de l'avocat général Van Gerven dans CJCE, 26 janvier 1993, C-271/91, *Marshall II*

¹⁰ arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 42 ; principe rappelé par CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c Commission*, C-352/98

juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure.

La Cour a ainsi jugé que le droit communautaire ne s'opposait pas à ce que, à la suite d'arrêts de la Cour déclarant des droits ou des taxes contraires au droit communautaire, un Etat membre adopte des dispositions qui rendent les conditions de remboursement applicables à ces droits et taxes moins favorables que celles qui se seraient appliquées en leur absence, dès lors que la législation nationale respecte les principes d'équivalence et d'effectivité.

Elle estime que ces exigences sont satisfaites lorsque le délai national de forclusion de trois ans nouvellement institué s'applique à une gamme très vaste de situations et fixe un délai suffisant pour garantir l'effectivité du remboursement (CJCE 9 févr. 1999, *Dilexport SRL c/ Amministrazione delle Finanze dello Stato*, aff. C-343/96).

° **La responsabilité de l'Union européenne** obéit à des règles fixées par la Cour de justice de l'Union. Initialement et d'un point de vue matériel, la distinction entre responsabilité du fait d'acte administratif et d'acte législatif façonnait le contentieux de la responsabilité mais elle est aujourd'hui abandonnée. La Cour de justice a ainsi unifié le régime de responsabilité de l'Union, quelle que soit la nature de l'acte illégal à l'origine du préjudice (CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P, Rec. p. I 5291). A cette unité matérielle, répond une unité procédurale. Les règles de procédure relative à l'engagement de la responsabilité administrative sont prévues par des dispositions uniques, issus du TFUE, du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne et des règlements de procédure des juridictions.

Les litiges indemnitaires opposant l'Union et ses agents sont régis, en vertu de l'article 270 du TFUE, par des dispositions spécifiques issues du Statut et notamment son article 90 : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer sur tout litige entre l'Union et ses agents dans les limites et conditions déterminées par le statut des fonctionnaires de l'Union et le régime applicable aux autres agents de l'Union* ».

2.2 L'exercice du recours en réparation est-il précédé, à titre *obligatoire ou facultatif*, de l'exercice d'un recours précontentieux ? Comment le litige indemnitaire est-il lié ?

Les systèmes étudiés font apparaître des situations là encore assez contrastées.

° La plupart d'entre eux ne prévoient pas, ou du moins n'imposent pas, l'exercice d'une demande préalable liant le contentieux.

Ainsi il n'existe pas de recours préalable au **Québec**. Il n'est pas possible d'exercer simultanément dans la même instance un recours portant sur la légalité au sens strict d'une décision gouvernementale par l'un des organismes identifiés plus haut (*judicial review*) et un recours en dommages-intérêts et en responsabilité civile contre le même organisme.

De même il n'existe pas, en **Grèce**, de recours administratif préalable obligatoire avant de saisir le juge administratif d'un recours indemnitaire. Alors qu'un tel recours préalable existe dans d'autres domaines comme le contentieux fiscal, l'hypothèse de son extension au contentieux indemnitaire, après avoir été envisagée, a finalement été écartée afin de ne pas rallonger une procédure jugée déjà lourde pour la victime du préjudice.

La législation hellénique ne prévoit ainsi pas de liaison de contentieux en cas de litige indemnitaire. Selon l'article 71 du Code de justice administrative, la victime de préjudice causé par l'action illégale de l'administration peut directement introduire une demande indemnitaire devant le tribunal administratif compétent.

En **Allemagne** il n'existe pas d'obligation, pour la victime d'un dommage causé par l'administration, de soumettre à celle-ci une demande d'indemnisation préalablement à la saisine du juge de la réparation *pécuniaire* (voir E. Prévédourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, Paris, 1994, LGDJ).

En **Italie**, depuis la loi n° 1034 de 1971, l'introduction d'un recours préalable devant l'administration ne constitue plus une condition de recevabilité du recours en réparation devant le juge administratif. Le recours en réparation peut cependant, à titre facultatif, être précédé :

- dans les cas prévus par la loi, d'un recours en opposition formé dans les 30 jours devant l'organe administratif auteur de l'acte contesté (article 7 du décret présidentiel n° 1199 de 1971). Ce type de recours est par exemple prévu par la législation relative à l'attribution des promotions dans la fonction publique. L'administré peut invoquer des moyens de droit et de fait, et en cas de motifs graves, il peut être décidé de la suspension provisoire de l'acte. L'administration a ensuite 90 jours pour se prononcer sur l'annulation ou la régularisation de l'acte, son silence valant rejet du recours ;
- en tout état de cause, d'un recours hiérarchique (article 1 du décret présidentiel n° 1199 de 1971), formé dans les 30 jours devant l'organe administratif hiérarchiquement supérieur à l'organe auteur de l'acte contesté. Comme pour le recours en opposition, l'administré peut invoquer des moyens de droit et de faits. En cas de motifs graves, il peut également être décidé de la suspension provisoire de l'acte, et l'administration a 90 jours pour se prononcer sur l'annulation ou la régularisation de l'acte, son silence valant rejet du recours ;
- d'un recours devant le « Défenseur civique », chargé d'établir une médiation entre l'administration et ses administrés: ce dernier n'a aucun pouvoir de décision sauf dans certains cas limités (exercice du droit d'accès aux documents administratifs par exemple).

Au delà de ces recours préalables, l'administré dispose d'un recours alternatif au recours devant le juge administratif: le recours extraordinaire devant le Président de la République, prévu à l'article 7 du Code de procédure administrative. Le caractère alternatif du recours extraordinaire relativement au recours juridictionnel suppose que dès lors qu'une action est engagée devant un tribunal administratif, tout recours extraordinaire est irrecevable, et ce pour éviter des positions divergentes entre le Président de la République et la juridiction administrative.

Ce recours peut porter sur tous les actes des administrations centrales et locales, ainsi que des autorités administratives, à condition que l'acte en question ait été rendu de manière définitive par un agent envers lequel aucun recours hiérarchique n'est ouvert (article 8 du décret présidentiel n° 1199 de 1971). Il doit intervenir dans les 120 jours suivants la notification de l'acte, et doit être notifié au défendeur. Le Président de République statue ensuite par décret sur la base d'un avis

rendu par le Conseil d'Etat statuant en matière consultative, et à l'issue d'une procédure comportant des garanties analogues à celles offertes par le contentieux.

Ainsi, par un décret rendu le 30 octobre 2013, le Président de la République a statué -après avis du Conseil d'Etat et du Ministre des transports et des infrastructures- sur un recours extraordinaire formé par une association constituée d'entreprises de travaux publics, et partiellement annulé un décret présidentiel publié le 5 octobre 2010 et portant modification du Code des travaux publics.

La situation en vigueur aux **Pays-Bas** apporte une réponse assez nuancée.

Celle-ci varie selon que la responsabilité en cause est une responsabilité pour faute ou une responsabilité sans faute. Lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation de dommages résultant de décisions illicites et si le juge administratif est compétent, la personne lésée doit alors présenter sa requête directement au juge administratif. La personne lésée doit toutefois avoir demandé préalablement à l'instance administrative concernée réparation de son préjudice. Le but est ainsi de stimuler la résolution amiable des litiges. Lorsqu'une instance administrative ne s'est pas prononcée sur la requête dans un délai de huit semaines, la personne lésée peut alors déposer un recours auprès du juge administratif.

Lorsqu'il s'agit d'une demande en réparation à l'occasion d'un acte non fautif de l'administration, il n'est pas possible de s'adresser directement au juge administratif. En effet, l'instance administrative à l'origine du dommage doit d'abord prendre elle-même une *décision autonome sur le dommage en question*. Comme indiqué déjà, cette décision peut se fonder sur la loi ou sur le principe non-écrit d'égalité. Lorsque le juge civil est compétent, la réparation doit être demandée par le biais d'une procédure d'assignation.

Le recours préalable est très largement pratiqué en **Suède**. S'agissant de la responsabilité civile, peu de litiges indemnitaires sont en réalité portés devant les tribunaux, la plupart se concluant par des règlements amiables en amont du contentieux. La majorité des demandes donnent ainsi lieu à des accords suivant les propositions de commissions consultatives compétentes en matière d'assurance (par exemple, le « *Traffic Accident Board* », et le « *Liability Insurance Personal Injury Board* »). Ce sont d'ailleurs ces instances qui mettent en place les standards de l'indemnisation des préjudices, sur lesquels se fondent ensuite les juridictions.

S'agissant plus précisément de la responsabilité administrative, il existe une agence gouvernementale (« *Chancellor of Justice* »/ *Justitiekanslern*) qui peut être saisie par les administrés en amont des juridictions. Ses missions juridiques sont fixées par une loi (1975 :1339) et une ordonnance (1975 :1345), aux termes desquelles cette agence détient en particulier un rôle de médiateur dans la supervision des fonctionnaires, tout en représentant l'Etat dans les affaires juridictionnelles, en particulier les actions en responsabilité.

Le « *Chancellor of Justice* » est libre de se saisir lui-même d'affaires concernant l'action des autorités. Dans la majorité des cas, il examine toutefois des plaintes écrites qui lui sont soumises par des particuliers, concernant des mauvaises pratiques ou des abus de pouvoirs dans l'administration. Il lui appartient, dans ce cadre, d'essayer de parvenir à la conclusion de règlements amiables dans les actions concernant la responsabilité.

En 2013, cette institution a traité 8 200 affaires, dont 3 200 concernant des questions indemnitaires.

° En revanche le système applicable aux **Etats-Unis** impose une demande préalable liant le contentieux.

L'action devant les tribunaux américains n'est recevable que si préalablement il y a eu un recours auprès de l'administration¹¹. Le requérant dispose à cet effet d'un délai relativement long pour l'exercer à savoir deux ans. Le silence de l'administration vaut rejet de la demande après un délai de six mois. En tout état de cause, l'administré, s'il souhaite intenter une action en responsabilité contre l'administration, doit le faire dans les six mois qui suivent le rejet de son recours préalable.

° S'agissant des instances recherchant la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE et en vertu du Statut de la Cour, le demandeur peut saisir directement celle-ci ou adresser, s'il le souhaite, une demande à l'institution compétente de l'Union à l'origine du préjudice dont il pourra, le cas échéant, contester la décision ou son absence.

Dans l'hypothèse où le requérant saisit directement la Cour, il lui incombe, sous peine d'irrecevabilité de sa requête, de préciser l'étendue exacte du préjudice et de chiffrer le montant de la réparation demandée (CJUE, 28 février 2013, *Inalca et Cremonini c/ Commission*, aff. C-460/09 P, pt. 92). Tempérant ce principe, la Cour a admis exceptionnellement qu'il n'était pas indispensable de préciser dans la requête l'étendue exacte du préjudice ni de chiffrer le montant de la réparation demandée.

=> Tel est le cas lorsqu'il est difficile de chiffrer le préjudice allégué, notamment en présence de dommages suffisamment certains mais seulement imminents et prévisibles. En effet, dans une telle hypothèse, il peut être utile de prévenir la survenance de dommages ultérieurs plus importants. Il appartient alors au requérant d'apporter la preuve des circonstances particulières justifiant qu'il soit dérogé au principe (CJCE, 23 septembre 2004, *Hectors c/ Parlement*, aff. C-150/03 P, Rec. p. I-8691). Il est en outre nécessaire que l'absence de précision n'empêche pas l'exercice des droits de la défense et n'entrave l'exercice du contrôle juridictionnel (CJCE, 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA c/ Commission*, aff. 74-74, Rec. p. 533).

=> Tel est aussi le cas lorsque des considérations tenant à l'économie de la procédure et, plus généralement, à la bonne administration de la justice conduisent la Cour à statuer, dans une première phase de la procédure, sur la question de savoir si le comportement des institutions est de nature à engager la responsabilité de la Communauté, réservant l'examen de la question du préjudice à une phase ultérieure (CJCE, 28 mars 1979, *Granariac c/ Conseil et Commission*, aff. 90/78, Rec. p. 1081).

° Un cas assez à part est celui du système issu de la **convention européenne des droits de l'homme**. La demande en est faite par la victime d'une méconnaissance d'un droit garanti par la convention. Elle ne peut être formulée qu'à l'occasion d'un litige tendant à la constatation d'une violation, ce litige ne pouvant être soumis à la cour qu'après épuisement des recours internes.

¹¹ 28 USCA § 28.

2.3 Quel est le délai imparti à la victime de préjudices causés par l'action de l'administration pour engager son action en réparation devant le juge, après liaison du contentieux ? Quelle est la durée de la prescription des actions indemnitaires dirigées contre l'administration ?

Les situations varient d'un pays ou système à un autre. Ainsi en **Italie**, en vertu du nouvel article 30 du code de procédure administrative, l'action en réparation doit être lancée :

- soit dans les 60 jours suivants la communication ou la notification de l'acte administratif et en même temps que l'action en annulation ;
- soit dans les 120 jours suivant l'annulation de l'acte administratif illégitime ;
- soit, sans limite de temps, pendant la procédure relative à l'annulation.

Aux **Etats-Unis**, la victime dispose d'un délai de 6 mois après liaison du contentieux pour engager son action en réparation contre la puissance publique devant le juge fédéral compétent¹².

Les durées de prescription sont en revanche moins disparates qu'on pouvait s'y attendre.

Ainsi, en **Grèce**, la durée de la prescription des actions indemnitaires dirigées contre l'administration publique est de cinq ans (article 90 du Code de comptabilité publique), si aucune autre disposition spécifique ne prévoit une durée de prescription plus courte. De même, en **Italie**, l'article 1er de la loi n° 20 de 1994 prévoit que le droit à l'exercice d'une action indemnitaire dirigée contre l'administration se prescrit au bout de cinq ans.

Les règles en vigueur aux **Pays-Bas** sont assez proches : aussi bien dans le domaine de la responsabilité pour faute qu'en matière de responsabilité sans faute, le droit d'agir se prescrit par l'écoulement d'un délai de cinq années courant à partir du jour suivant celui où la victime a eu connaissance tant du dommage que de la personne dont la responsabilité est engagée à ce titre et, en tout cas, par l'écoulement d'une période de vingt années suivant le fait générateur du dommage.

En **droit anglais**, la durée de la prescription dépend de plusieurs facteurs. Pour une action en responsabilité extracontractuelle (*tort law*), la durée de la prescription est en général de six ans, sauf en cas de *personal injury* - préjudice corporel (3 ans) ou responsabilité en cas de produits défectueux (10 ans).

Aux **Etats-Unis**, la prescription de l'action en responsabilité varie selon qu'elle est contractuelle ou délictuelle¹³. Mais, selon le FTCA la prescription des actions indemnitaires intentées contre l'administration est de deux ans¹⁴.

Dans certains systèmes étudiés, les délais varient sensiblement, en fonction de la nature des

¹² P. Pradal, , *op. cit.*, p. 708.

¹³ Dans l'État de Louisiane par exemple pour l'action en responsabilité contractuelle, la prescription extinctive est de 10 ans. Voir A. Levasseur, in La responsabilité. Aspects nouveaux, Rapport État-Unis-Louisiane, Travaux de l'association Henri Capitant, 1999, tome L, LGDJ, p. 566.

¹⁴ P. Pradal, *op. cit.*, p. 708.

créances détenues sur l'administration.

Au **Québec**, par exemple, l'article 2925 du code civil québécois dispose que « *l'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans* ».

L'article 2926.1 dispose pour sa part : « *L'action en réparation du préjudice corporel résultant d'un acte pouvant constituer une infraction criminelle se prescrit par 10 ans à compter du jour où la victime a connaissance que son préjudice est attribuable à cet acte. Ce délai est toutefois de 30 ans si le préjudice résulte d'une agression à caractère sexuel, de la violence subie pendant l'enfance, ou de la violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint* ».

A noter enfin qu'il existe dans quelques lois québécoises de courtes prescriptions à l'avantage de certaines personnes publiques. On applique, par exemple, une prescription de six mois en faveur des municipalités pour tout préjudice corporel attribuable à un défaut d'entretien mais cela demeure très nettement l'exception.

En **Allemagne**, l'action en réparation pécuniaire menée devant le juge civil, fondée sur le premier pilier de responsabilité, est soumise à la prescription de droit commun de trois ans prévue par l'article 195 du code civil. L'article 199 du même code fixe le point de départ de ce délai à la fin de l'année au cours de laquelle :

- ⇒ la créance est née ;
- ⇒ la victime a eu connaissance des circonstances qui fondent sa créance ainsi que de l'identité du débiteur, ou aurait dû en avoir connaissance si elle ne s'était rendue coupable d'une grave négligence.

Mais un second délai, que l'on peut qualifier de « butoir », vient s'ajouter à ce premier délai de prescription en le limitant car l'action est prescrite, en tout état de cause, au terme d'un délai qui court à compter de la survenance du fait générateur du dommage. Selon la nature des atteintes, la durée de ce délai est de trente ans ou de dix ans. Elle est, par exemple, de trente ans en matière d'atteintes à la vie, à l'intégrité physique, à la santé ou à la liberté (F. Jacoby et M. v. Hinden, *Studienkommentar BGB Kropholler*, 13. Auflage, C.H. Beck, Munich, 2011, p. 77 ; C. Witz, *Le droit allemand*, 2ème édition, Paris, Dalloz, p. 60).

Les actions en réparation pécuniaire fondées sur les deuxième et troisième piliers se prescrivent, quant à elles, par trente ans (A. Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, Paris, 2013, LGDJ, p. 492-493).

Les règles de prescription applicables dans le cadre de l'action en remise en l'état sont similaires, par analogie avec les règles susmentionnées du code civil car le juge administratif, qui a institué prétoriennement ce recours, s'en est largement inspiré.

Lorsque est mise en œuvre la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE et en vertu de l'article 46 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne, les actions contre l'Union en matière de responsabilité non contractuelle se prescrivent par 5 ans à partir de la survenance du fait qui y donne lieu. A la suite de l'examen comparé des solutions contentieuses nationales, la Cour de justice a jugé qu'elle ne peut pas soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action (CJCE, 30 mai 1989, *Roquette frères c/ Commission*, aff. 20/88, Rec. p. 1553, pt. 12).

Dans le système de la **convention européenne des droits de l'homme**, lorsqu'il est demandé à la Cour de faire droit à une demande de « satisfaction équitable », le délai imparti à la victime pour saisir la Cour est de six mois à compter de la date de la dernière décision interne définitive, en général rendue par la plus haute instance nationale compétente. Ce délai sera réduit à quatre mois dès la ratification du Protocole n° 15 à la Convention par tous les Etats membres du Conseil de l'Europe.

2. 4 L'exercice du recours en réparation des préjudices causés par l'action de l'administration est-il nécessairement exercé à titre individuel, ou peut-il être exercé à titre collectif? Dans la seconde hypothèse, à quelles conditions l'exercice d'un recours collectif est-il soumis ?

Les systèmes étudiés sont centrés sur le caractère individuel du recours en indemnisation, mais certains d'entre eux ménagent des formes de recours collectif.

° En **Grèce**, le recours en réparation des préjudices causés par l'action de l'administration n'est pas nécessairement exercé à titre individuel par la personne lésée ; il peut être aussi exercé par des proches de la victime, dénommées « *victimes par ricochet* ». Ces derniers peuvent, le cas échéant, introduire un recours commun devant la juridiction administrative compétente. Aucune action collective, au sens des *class actions*, n'est en revanche prévue par le système grec.

En **Allemagne**, les recours sont en principe individuels.

Devant le juge civil, il n'existe à ce jour qu'une seule exception en matière de responsabilité, dans un domaine très particulier, celui du droit des marchés financiers, d'où un champ d'application très limité qui a priori ne semble pas pouvoir concerner la responsabilité de la puissance publique. Cette exception a été introduite par une loi du 19 octobre 2012, relative aux procès-type (*Musterverfahren*) dans les litiges relatifs au droit des marchés de capitaux (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*). Elle permet la jonction d'actions introduites par des investisseurs ayant subi un dommage en raison de la méconnaissance, par une société cotée, des obligations d'information lui incombant.

S'agissant des recours devant le juge administratif, il existe une exception au principe selon lequel les recours sont individuels, introduite par l'article 93a du code de justice administrative. Celui-ci permet, lorsqu'il existe plus de vingt recours concernant la légalité d'une même mesure administrative, au tribunal de commencer par statuer sur l'un ou sur certains d'entre eux, pour en faire des « procès-modèles » (*Musterverfahren*), et surseoir à statuer sur les autres. Il peut ensuite décider d'appliquer la décision prise dans les « procès-modèles » aux autres affaires, dans la mesure où celles-ci ne présentent pas de particularités qui l'en empêcheraient.

Aux **Pays-Bas**, le principe est également celui de recours individuels, seuls prévus par le droit positif. L'article 3:305 du code civil néerlandais prévoit toutefois la possibilité qu'un organisme défendant des intérêts collectifs engage une procédure. Cependant, une demande en réparation visant à obtenir une indemnisation pécuniaire est explicitement exclue (art. 3:305 alinéa 3 du Code civil néerlandais). Une proposition de loi sur les actions indemnitaires collectives est en préparation, les préjudices causés par l'action de l'administration relevant du champ d'application

de ce projet.

De même, en **droit anglais**, le recours en réparation des préjudices causés par l'action de l'administration est normalement exercé à titre individuel. Néanmoins, il existe une procédure collective, qui est le *Group Litigation Order* et qui permet par un *joinder* à plusieurs demandes nées des mêmes faits de se regrouper ensemble.¹⁵

En **Italie**, le décret législatif n° 198 de 2009 a introduit dans le domaine des services publics une catégorie de recours collectif devant le juge administratif.

Ce décret pose les conditions à l'exercice d'un tel recours :

- ⇒ tous les requérants doivent rapporter la preuve d'un préjudice comparable et « homogène » ;
- ⇒ ce préjudice doit être « direct, concret et actuel » ;
- ⇒ les recours collectifs sont soumis à des mesures de publicité ;
- ⇒ toute personne placée dans la même situation juridique que les requérants et souhaitant s'y joindre doit le faire dans un délai maximum de vingt jours avant le début de l'audience.

Ce type de recours est ouvert aux associations.

Certains systèmes étudiés font place de manière assez équilibrée aux deux types de recours.

Ainsi au **Québec**, l'action contre l'administration peut être exercée à titre individuel ou à titre collectif. Dans le cadre des recours collectifs, la personne qui désire exercer un recours collectif doit obtenir sur requête l'autorisation préalable du tribunal. Elle doit également obtenir le statut de représentant pour les membres du groupe. Il faut par ailleurs démontrer:

- ⇒ d'une part que les recours des membres du groupe soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ;
- ⇒ d'autre part que la nature juridique du recours ou la composition du groupe rend difficile ou peu pratique un recours où tous les membres du groupe devraient se porter demandeurs chacun de leur côté, ou donner mandat à l'un d'entre eux.

Une fois l'autorisation obtenue, un juge est spécialement désigné pour entendre le recours collectif. Le représentant forme sa demande selon les règles d'une action ordinaire et doit le faire dans les trois mois de l'autorisation.

Le Fonds d'aide aux recours collectifs, organisme créé par la loi sur le recours collectif, a pour mandat de contribuer au financement des recours collectifs en première instance et en appel ainsi que de diffuser des informations relatives à l'exercice de ces recours.

Le recours collectif connaît quelques règles procédurales spécifiques.

Ainsi, par exemple, le tribunal peut à tout moment, à la demande d'une partie, réviser le jugement

¹⁵ Pour plus d'information, voir le site web suivant : <https://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/queens-bench/group-litigation-orders>

qui autorisait l'exercice du recours collectif si les conditions n'en sont plus remplies.

Le jugement qui se prononce sur le recours collectif et condamne à des dommages intérêts ou à remboursement d'une somme d'argent doit indiquer si les réclamations de membres sont recouvrées collectivement ou individuellement.

Les recours collectifs ont été instaurés au Québec en janvier 1979. Cette procédure, à l'époque novatrice, a connu un grand développement.

Les actions collectives peuvent être dirigées à la fois contre des personnes privées et contre des personnes publiques. Peuvent être citées comme exemple d'action collective les actions engagées par l'ensemble des étudiants à l'encontre du Procureur général du Québec reprochant à l'Etat d'avoir pris en considération les pensions alimentaires versées pour déterminer les droits des étudiants à bénéficier d'une bourse, une action collective intentée à l'encontre de l'organisme québécois de contrôle du marché financier à l'occasion d'une fraude financière, une action collective intentée à l'encontre de fabricants de tabac...

Aux **Etats-Unis**, l'exercice des recours à titre collectif est très développé. Les *class actions*¹⁶ permettent à plusieurs victimes de demander une réparation dans une la même instance: on songe ainsi aux affaires *Castano vs American Tobacco corp*, affaire qui a vu se réunir 40 millions de fumeurs ou *Engel vs R. J. Reynolds et al.* avec 700 000 demandeurs¹⁷.

Dans le système de la **convention européenne des droits de l'homme**, la Cour peut être saisie par une requête d'un Etat, ou par une requête d'un individu ou d'un groupe d'individus. Cette dernière catégorie de requérants individuels implique une forme de recours collectif pour signaler une violation touchant plusieurs personnes. Lorsque la violation de la Convention est constatée, la satisfaction équitable peut être allouée collectivement.

2.5 Existe-t-il des fonds d'indemnisation chargés de réparer tel ou tel type de dommage ?

Un des systèmes étudiés semble ignorer la formule du fonds d'indemnisation : celui de la **Grèce**.

Lorsque cette formule a été mise en œuvre, ces fonds existent principalement pour réparer les conséquences de certains risques exceptionnels, notamment en matière de santé publique.

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.

En **Italie**, la loi n° 210 de 1992 prévoit l'indemnisation des préjudices résultant des vaccinations obligatoires et des transfusions sanguines: elle découle de l'arrêt n° 307 de 1990 de la Cour constitutionnelle qui déclare illégitime la loi fixant la vaccination obligatoire en ce qu'elle ne

¹⁶ Sur l'introduction de cette action en droit français voir Ozan AKYUREK et Clémence de PERTHUIS « L'action collective à la française : étude de droit comparé entre le droit français et le droit américain », LPA, 25 mars 2014, n°60, p. 21.

¹⁷ Conseil d'État, d'État, Rapport public 2005, *Responsabilité et socialisation des risques*, Doc. fr., p. 309.

prévoit aucune indemnisation en cas de dommage résultant d'une telle vaccination.

Le fonds est géré par le ministère de la santé, et l'indemnité consiste généralement en une rente viagère proportionnée à l'invalidité subie par la victime.

Il existe aussi en **Allemagne** des fonds d'indemnisation, créés par le législateur (J. Knetsch *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, analyse en droit français et allemand*, Paris, 2013, LGDJ), mais ils restent en nombre limité, réservés à la réparation de dommages de nature exceptionnelle. On peut citer les fonds d'indemnisation des accidents de la route lorsque l'auteur du dommage n'est pas assuré ou en fuite, le fonds d'indemnisation des victimes de la thalidomide – médicament ayant causé de graves malformations congénitales –, ou encore le fonds de sécurité de dépôt, garantissant les clients d'une banque en cas d'insolvabilité de celle-ci.

La création d'un fonds d'indemnisation des dommages causés à l'environnement fut un temps envisagée, à la suite d'un arrêt du 10 décembre 1987 de la Cour suprême civile (BGHZ 102, 350 (362) *Waldschaeden*), mais elle n'a pas abouti. Dans un rapport du 21 février 2002, le gouvernement allemand a estimé que la création de fonds d'indemnisation, qui s'est répandue dans de nombreux Etats, ne correspond pas à l'approche allemande (BT-Drs 14/8301 ; A. Jacquemet-Gauché, op. cit., n°1216 et s.), plutôt réticente à dépasser le cadre classique de la responsabilité au profit d'une « socialisation des risques ».

Le système en vigueur aux **Pays-Bas** reconnaît l'existence de fonds dédiés à l'indemnisation de certains dommages. Ont été ainsi institués des fonds proposant une indemnisation versée par l'État en réparation de dommages résultant d'infractions de violence (*Schadefonds geweldsmisdrijven*), de dommages causés par des espèces animales protégées à des cultures (*Faunafonds*), de dommages résultant de l'abattage d'animaux dans des entreprises faisant face à une contagion de maladies animales (*Diergezondheidsfonds*).

Aux Pays-Bas existent de nombreuses directives relatives aux dommages résultant de l'action licite de l'administration. Il s'agit notamment de dommages résultant de projets d'infrastructures, comme la construction d'une ligne de chemin de fer s'accompagnant de contraintes et nuisances sur le long terme. Ces textes ont trait généralement à l'indemnisation de dommages consistant en une perte de chiffre d'affaires. Parfois, des mesures sont prises en vue d'indemniser des dommages étant la conséquence d'intempéries particulièrement violentes ou bien d'autres événements dont le caractère est extrême. Pour ceux-ci toutefois, il n'existe aucun fond ou dispositif légal permanent.

On trouve plusieurs exemples de fonds d'indemnisation dans la législation du **Québec**. La loi sur l'assurance automobile québécoise prévoit l'indemnisation de dommages corporels de toute personne (piéton, conducteur, passager, cycliste...), résidente ou non au Québec, victime d'un accident de la circulation, survenu au Québec et, pour les résidents, en dehors du territoire. Ce régime est fondé sur la responsabilité sans faute ou « no fault ». L'organisation repose sur la Société d'assurance automobile québécoise (SAAQ), personne morale de droit public au sens du Code civil du Québec qui bénéficie des droits et privilèges d'un mandataire du gouvernement.

Un autre exemple est donné par la loi sur la santé publique, qui prévoit que le ministre de la santé et des services sociaux indemnise tout victime d'un préjudice corporel causé par une vaccination volontaire contre une maladie ou une infection prévue au règlement du gouvernement pris en vertu de l'article 137 de la loi ou causé par une vaccination imposée en vertu de l'article 123.

Il existe aussi un fonds public d'indemnisation des victimes d'actes criminels (<http://www.ivac.qc.ca/>) qui occasionnellement traite de cas impliquant des policiers déclarés coupables de voies de fait ou de délits similaires.

Il existe aussi aux **Etats-Unis** des procédures de réparation séparées de la responsabilité basée sur la faute, mais celles-ci sont de moindre ampleur que les mécanismes d'indemnisation qui existent en Europe.

Ainsi, rencontre-t-on en Virginie et en Floride par exemple la *Birth Related Neurological Act* de 1987 qui met en place un fonds d'indemnisation spécial financé par les médecins, les chirurgiens, les hôpitaux les assureurs de la responsabilité civile. Ce fonds prend en charge les préjudices neurologiques consécutifs à un accouchement. L'acceptation par une victime du programme d'indemnisation rend irrecevable toute action ultérieure sur le plan contentieux pour tout préjudice né de l'accident médical. Il convient toutefois de noter quelques disparités entre la Floride et la Virginie. Tout d'abord, le financement du fonds d'indemnisation par l'assurance est exceptionnel dans le premier Etat cité alors qu'il est fréquent dans le second. Par ailleurs, alors qu'en Floride c'est le juge de cet État (division de droit administratif) qui évalue l'étendue du droit à indemnisation, en Virginie c'est la commission des accidents du travail qui s'en charge¹⁸.

Sur un autre plan, on peut évoquer en ce qui concerne la couverture des risques terroristes, la mise en place d'un système qui met à contribution à la fois le gouvernement et les compagnies d'assurance. Mais ce système est globalement moins avantageux pour les assureurs. C'est ainsi que le champ du *Terrorism Risk Insurance Act* (TRIA) institué par le Congrès le 26 novembre 2002 pour une période de trois ans n'inclut que les actes qualifiés de terroristes par le Trésor public et commis par des personnes étrangères ou en lien direct avec des réseaux de terroristes sur le sol américain. *A contrario* et par une interprétation stricte, les conséquences d'un acte présumé terroriste dont un citoyen américain isolé est victime ne sont pas couvertes par le dispositif TRIA¹⁹. Par ailleurs, après les attentats du 11 septembre 2001, il fut créé un fonds d'indemnisation pour indemniser intégralement les victimes. Celles-ci en acceptant l'indemnisation renoncent aux actions contentieuses classiques devant les tribunaux²⁰.

2.6 Existe-t-il des procédures d'urgence permettant d'indemniser plus rapidement les victimes des agissements de l'administration (type référé provision) ? Si oui, quelles sont les conditions devant être remplies ?

° Elles existent dans plusieurs des pays et systèmes étudiés, mais leur utilisation varie assez sensiblement.

Les procédures semblent assez accessibles en **droit anglais**. Devant la High Court, elles supposent le respect de diverses formalités. Dans sa demande,²¹ le requérant doit préciser les raisons de l'urgence et préciser le délai prévu avant que l'audience n'ait lieu. Il existe une procédure particulière pour les cas relevant des « affaires immédiates » (« *request for immediate*

¹⁸ *Ibid*, p. 311.

¹⁹ *Ibid*, p. 306.

²⁰ T. Baker, « Terrorisme, assurance et responsabilité : un point de vue américain », *Risques*, octobre-novembre 2004, n° 60, p.

²¹ Il s'agit de *Form N463 : Request for Urgent Consideration*, accessible à <http://hmctscourtfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/n463-eng.pdf>

consideration») qui peuvent être entendus sous 48 heures.

Lorsque, lors de la procédure d'urgence, le requérant sollicite dans sa demande une mesure conservatoire, il existe des règles supplémentaires. Dans ce cas précis, le requérant doit fournir un projet d'ordonnance en pièce jointe à sa demande et en outre préciser les motifs d'urgence qui justifient la mesure envisagée.

La demande doit être signifiée au défendeur personne publique (ainsi que toute tierce personne concernée par la requête) par fax et par voie postale, ce qui vise à permettre aux parties en défense d'avancer leurs propres arguments, et éventuellement même contester la nature urgente de la demande. Le juge examinera la requête et peut prononcer toute mesure nécessaire.

En **Allemagne**, il faut distinguer entre les procédures selon qu'elles relèvent de la compétence du juge judiciaire ou du juge administratif.

S'agissant des procédures relevant de la compétence du juge judiciaire, il n'y a pas d'équivalent en droit allemand au référé-provision ni, de manière générale, aux référés français, mais personne ne semble le déplorer, sans doute parce que la procédure ordinaire semble permettre, en règle générale, d'obtenir une décision en matière de responsabilité dans un délai d'environ trois mois. Celui-ci peut s'expliquer par une instruction « dynamique » des affaires par le juge, dans le cadre d'une procédure inquisitoriale, d'une part, et par les moyens dont est dotée la justice en Allemagne, qui compte un *ratio* de juges pour 100 000 habitants parmi les plus élevés d'Europe - de 25 alors qu'il n'est que de 11 en France sur la même période (Conseil de l'Europe, Commission européenne pour l'efficacité de la justice CEPEJ Rapport 2010 https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2010/2010_pays_comparables.pdf).

On peut citer quelques procédures que l'on pourrait être tenté de rapprocher des référés, et qui néanmoins en diffèrent :

- ⇒ une procédure permettant d'obtenir des mesures conservatoires, l'*einstweiliger Rechtsschutz*, littéralement, la protection juridique provisoire. Elle suppose que le demandeur démontre un danger pour son patrimoine justifiant l'édition des mesures conservatoires sollicitées;
- ⇒ une procédure relative aux dettes qui ont été reconnues par le débiteur de manière incontestable, par l'émission d'un moyen de paiement, à savoir, d'un chèque ou d'une lettre de change, l'*Urkundeverfahren*;
- ⇒ une procédure d'injonction de payer, le *Mahnverfahren*;
- ⇒ une procédure permettant d'obtenir ou de conserver des preuves, par le constat de faits ou par une expertise, le *Selbstaendige Beweisverfahren*.

S'agissant des procédures relevant de la compétence du juge administratif, notamment les procédures en annulation d'une action ou d'une abstention de l'administration, la question des référés devant le juge administratif semble *a priori* ne pas se poser dans les mêmes termes et avec les mêmes enjeux que dans d'autres Etats, en raison du principe de l'absence de caractère exécutoire des actes administratifs, à l'encontre desquels tout recours juridictionnel est suspensif. Ce principe connaît toutefois une exception, dont la mise en œuvre suppose une décision expresse de l'administration. Dans ce cas, un recours peut être exercé devant le juge administratif à l'encontre de cette décision (*Wiederherstellung*), dans le cadre duquel le juge procédera à une mise

en balance des intérêts en présence, qui rappelle celle qu'effectue le juge administratif français des référés (C. Morlot-Dehan, *La protection provisoire devant les juridictions administratives dans l'Union européenne*, RIDC 2004, V. 56 N°2 p. 471 ; v. aussi le Rapport du service des affaires européennes du Sénat, *Le référé administratif*, octobre 1998 (<http://www.senat.fr/lc/lc45/lc45.html>)).

Il existe, malgré tout, une disposition, à savoir, l'article 123 code de justice administrative, sur le fondement duquel des mesures provisoires peuvent être demandées, selon des critères assez larges, puisqu'aux termes de ce texte : « Saisi en ce sens, le tribunal peut, avant même l'introduction du recours, ordonner des mesures provisoires relatives à un litige, lorsqu'une modification de la situation existante risque de rendre impossible ou substantiellement plus difficile la réalisation d'un droit dont le demandeur est titulaire. (...) ».

Aux **Pays-Bas**, les instances administratives peuvent, en anticipant sur la détermination de l'existence d'une obligation d'indemnisation des dommages, procéder au versement d'une avance (art. 4:95 de l'« Awb »). Toutefois, ceci n'est possible que dans la mesure où l'on peut raisonnablement estimer que l'obligation de réparation des dommages sera retenue.

Dans d'autres pays, le recours à l'allocation de provisions semble assez restreinte.

Ainsi, en **Italie**, ce type de procédures d'urgence n'était initialement pas prévu, la suspension de l'acte attaqué étant la seule mesure qu'il était possible d'obtenir au titre des mesures provisoires. C'est la loi n°205 de 2000 qui a instauré des procédures de référés, qui demeurent cependant peu utilisées du fait des conditions strictes encadrant l'admission de tels recours.

Aux termes de l'article 56 du code de procédure administrative, en cas « d'extrême gravité et d'urgence », le président du tribunal ou un magistrat délégué statuant en référé peut accorder au demandeur « toute mesure provisoire », y compris le versement d'une provision. Dans la motivation de son ordonnance de référé, le juge doit rendre compte de la réunion des deux conditions suivantes : le « *fumus boni juris* », qui consiste en la « raisonnable prévision que le recours principal soit fondé » et le « *periculum in mora* », que le code traduit comme « le risque d'un préjudice grave et non réparable » (article 55 du code de procédure administrative). La demande doit être contenue dans le recours principal ou faire l'objet d'un mémoire autonome notifié à la partie adverse, le juge disposant ensuite de dix jours pour se prononcer au terme d'une procédure contradictoire, orale et « synthétique » (article 56 alinea 7 du code de procédure administrative).

Cependant, pour conserver sa validité, la mesure d'urgence devra être confirmée par la chambre chargée de l'affaire et statuant dans les mêmes conditions que le président du tribunal, lors de la première audience disponible (article 55 du code de procédure administrative). La chambre se prononce également sur l'opportunité d'un renvoi au fond, et fixe le cas échéant la date de l'audience (article 55 alinea 10 du code de procédure administrative). À cette occasion, elle peut aussi trancher le litige de manière définitive, par une décision en forme simplifiée (article 60 du code de procédure administrative), lorsqu'elle estime que la décision est d'ores et déjà certaine et que la solution est aussi évidente (article 74 du code de procédure administrative). Ces mesures perdent leur efficacité si aucun recours n'est introduit dans un délai de quinze jours à compter de leur adoption et, en tout état de cause, si elles ne sont pas confirmées par la chambre compétente à l'occasion du procès principal dans un délai de soixante jours.

Lorsqu'est recherchée la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE, l'article 279

du TFUE permet à la Cour de justice de l'Union européenne de prescrire les mesures provisoires nécessaires dans les affaires dont elle est saisie. La question de l'attribution d'une provision a fait l'objet d'un désaccord entre le Tribunal et la Cour de justice.

Le Tribunal de première instance a jugé, dans le cadre du recours en indemnité, que « *devait être rejetée la demande en référé visant à la condamnation de la Communauté au paiement de sommes correspondant à une partie de la somme à laquelle le requérant chiffre son préjudice* ». Une telle mesure provisoire exigerait une appréciation au fond du litige qui ne peut être rendue qu'au terme de la procédure principale propre à garantir le respect des droits de la défense aux parties en présence (TPI ordo, 29 novembre 1996, *Antonissen c/ Conseil et Commission*, aff. T-179/96 R).

Saisie d'un pourvoi, la Cour de justice a consacré une solution inverse et annulé l'ordonnance du Tribunal. Pour la Cour, « *il ne peut (...) être exclu à l'avance, de façon générale et abstraite, qu'un paiement à titre de provision, même pour un montant correspondant à celui de la demande au principal, soit nécessaire pour garantir l'efficacité de l'arrêt au fond et, le cas échéant, apparaisse justifié, au regard des intérêts en présence* » (CJCE, ord., 29 janv. 1997, *Antonissen c/ Conseil et Commission*, aff. C-393/96 P).

Tout en admettant le principe de l'attribution d'une provision, la Cour a cependant encadré très strictement celle-ci. La provision en saurait être accordée que dans l'hypothèse exceptionnelle où le *fumus boni juris*, exigé en contentieux européen, est particulièrement évident et l'urgence particulièrement grave.

° Enfin certains systèmes ne prévoient pas de telles procédures.

Ainsi au **Québec**, le juge saisi n'alloue pas de provision à valoir sur l'entier préjudice ; il peut simplement allouer des provisions pour frais de procès, lesquelles s'avèrent très rares en pratique.

En **Grèce**, le système juridique ne prévoit pas de procédure d'urgence en matière de réparation.

2.7 La juridiction fait-elle appel à des experts ? Qui prend en charge les frais d'expertise ?

La plupart des systèmes étudiés le prévoient.

Au **Québec**, le système présente une originalité. La juridiction peut faire appel à des experts. Si l'expertise est commune, les parties fixent ensemble les honoraires de l'expert. En cas de différend, la question est tranchée par le tribunal. L'expert commun peut exiger que le montant de ses honoraires et débours soit déposé au greffe du tribunal avant la remise de son rapport. S'il ne l'exige pas, l'expert conserve, pour le recouvrement de ce qui lui est dû, une action contre toutes les parties à l'instance qui sont alors tenues solidairement de la dette.

La pratique la plus habituelle est celle, non pas de l'expert commun, mais d'experts mandatés par chaque partie.

La situation ne paraît pas très différente en **droit anglais**. Il est loisible aux parties de nommer ensemble un « single joint expert » mais cela reste en pratique très rare. En général, les parties elles-mêmes nomment leurs propres experts. Dans les deux cas, elles supportent directement les

frais d'expertises.

En **Italie**, la loi n°205 de 2000 ouvre la possibilité pour les juridictions administratives d'avoir recours à un expert. L'expertise n'est pas considérée comme un mode de preuve, mais comme un soutien technique apporté au juge dans son processus d'évaluation du préjudice (*Cons. Stat. sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3691*). Comme dans le cadre d'un procès civil, le coût de l'expertise est partagé solidairement entre les parties.

En **Allemagne**, s'agissant de la possibilité de faire appel à des experts, l'article 287 du code de procédure civile prévoit que, dans la mesure où l'existence et l'étendue du préjudice sont en litige, le juge les apprécie selon son « intime conviction », au regard de l'ensemble des circonstances. Il découle de ce régime de preuve objective de larges pouvoirs d'instruction du juge, qui selon les mêmes dispositions, décide librement d'accorder ou non les mesures d'instruction sollicitées par les parties et peut, même d'office, ordonner une expertise.

Le code de justice administrative ne contient, quant à lui, qu'une seule mention de l'expertise que le juge peut ordonner, dans le cadre particulier de l'article 93a du code relatif aux « procès-modèles ». Il résulte implicitement de ces dispositions que le juge administratif est libre d'ordonner des expertises. S'agissant des frais d'expertise, le code de procédure civile ne mentionne pas expressément ces frais d'expertise, mais ils semblent relever des frais de procès dont traite ce code en son titre 5. Le principe est que ces derniers sont supportés par la partie perdante. Il en est de même aux termes de la partie IV du code de justice administrative.

Aux **Pays-Bas**, dans le cadre de la responsabilité sans faute, les instances administratives font régulièrement appel à des experts. Leur intervention est notamment nécessaire pour déterminer s'il y a véritablement eu un dommage causé, s'il existe un lien de causalité et quelle est l'ampleur du dommage. Lorsque l'instance administrative octroie une réparation pour les nuisances causées par l'action licite de l'administration, celle-ci indemnise les frais raisonnables engagés en relation avec l'assistance juridique apportée par un tiers agissant à titre professionnel ou pour l'aide émanant de tout autre expert dans le cadre de la détermination du dommage. Il s'agit actuellement d'un droit découlant de la jurisprudence mais qui, dans un futur proche, sera réglé à l'article 4:129 point b de la loi « Awb ».

Les juridictions aux **États-Unis** peuvent aussi faire appel à une expertise scientifique. Mais les conditions de recevabilité de celle-ci devant les tribunaux ont évolué d'un certain libéralisme à une restriction progressive. Rafael Encinas de Munagorri²² distingue trois périodes dans l'évolution de l'expertise:

- ⇒ *la période pragmatique* (1858-1923) durant laquelle l'expertise scientifique est recevable dès lors qu'elle est délivrée par un expert compétent. Elle peut dès lors permettre au juge de se forger une opinion sur les faits de l'espèce et être utilisée à des fins probatoires au cours du procès²³;
- ⇒ *la période positive* (1923-1993) pendant laquelle l'expertise scientifique n'est recevable que parce qu'elle est fondée sur des connaissances généralement admises (arrêt *Frye*)²⁴;

²² R. Encinas de Munagorri, « La recevabilité de l'expertise scientifique aux États-Unis », *RIDC*, 1999, n° 3, p. 621

²³ *Davis v. United States*, 165 U.S. 373 (1896), p. 377.

²⁴ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (DC Cir. 1923).

⇒ *la période critique* postérieure à la jurisprudence *Daubert* (1993)²⁵ dans laquelle la Cour suprême pose de nouvelles conditions plus drastiques relatives à l'expertise devant les juridictions : vérifier tout d'abord que l'expertise est fondée sur des connaissances scientifiques, et ensuite s'assurer que celle-ci constitue un moyen de comprendre et de déterminer les faits de la cause²⁶. La portée de cet arrêt sera élargie par la décision *Kumho Tire Company v. Patrick Carmichael et al*²⁷ par le biais de laquelle la Cour suprême fit entrer dans le champ d'application de la jurisprudence *Daubert* les expertises proposées par des « non-scientifiques ». Ces solutions sont codifiées à l'article 702²⁸ des *Federal Rules of Evidence*²⁹.

C'est au demandeur de l'expertise d'en assumer les frais³⁰. Généralement librement choisis par les parties, les experts peuvent parfois faire peser la balance du côté du demandeur qui arrive à financer le plus grand nombre ou les plus renommés. La doctrine dénonce parfois un risque de « marchandisation des experts »³¹.

En **Grèce**, conformément au système inquisitoire qui régit les tribunaux administratifs helléniques, le juge saisi du contentieux de la responsabilité administrative ne doit pas se contenter des preuves apportées par l'intéressé et peut, si nécessaire, ordonner une expertise.

Lorsqu'est mise en œuvre la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE, l'article 25 du Statut de la Cour précise que celle-ci « *peut confier une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix* ». Le juge peut ainsi ordonner toute mesure d'instruction nécessaire à l'évaluation du préjudice. Il peut notamment ordonner une expertise portant sur l'évaluation du manque à gagner subi la victime et la détermination des différents éléments de calcul du préjudice (CJCE, 27 janvier 2000, *Mulder e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-203). En vertu de l'article 73 du Règlement de procédure de la Cour de justice, celle-ci peut demander aux parties ou à l'une d'elles le dépôt d'une provision garantissant la couverture des frais des témoins ou des experts. La solution est identique devant le Tribunal.

2.8 Le règlement transactionnel est-il possible ? Si oui, à quelles conditions ?

° Certains systèmes se montrent assez ouverts à la transaction.

²⁵ *Daubert v. Merrell Down Pharmaceuticals, Inc.* 113 s. Ct. 2786 (1993). Voir également O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005, p. 371.

²⁶ R. Encinas de Munagorri, « La recevabilité de l'expertise scientifique aux États-Unis », op. cit., p. 628.

²⁷ *Kumho Tire Company v. Patrick Carmichael et al.*, 526 US 137 (1999).

²⁸ « Si un savoir scientifique, technique ou tout autre savoir spécialisé est susceptible d'aider le jury à comprendre un élément de preuve ou à établir un fait litigieux, un témoin qualifié d'expert en raison de son savoir, sa compétence, son expérience, sa pratique ou sa formation, peut témoigner à ce sujet sous la forme d'une opinion ou autrement, à condition que : 1. le témoignage soit fondé sur des faits ou des données suffisants ; 2. le témoignage soit le produit de principes et de méthodes fiables ; 3. le témoin ait fait application de principes et de méthodes en rapport avec les données de l'espèce ».

²⁹ C. Brixen and C. Meis, « Codifying the “Daubert Trilogy”: The Amendment to Federal Rule of Evidence 702 », 40 *Jurimetric J.* 527-536.

³⁰ O. Leclerc, *préc.*, LGDJ, 2005, p. 361.

³¹ S. Jasanoff, « Contested Identities : Law, Science and Forensic Practices », SSS, vol. 28, n° 5-6, 1998, p. 678.

En **droit anglais**, les modes alternatifs de réparation sont très développés. Il existe une tradition ancienne de versement d'indemnités basé sur l'équité (*ex gratia payments*)³² 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 le *Local Government Ombudsman*, dont l'action s'appuie sur des principes inspirés du droit administratif français,³³ permet souvent aux administrés d'obtenir réparation au terme d'une procédure rapide et peu onéreuse.

Le recours à ces voies alternatives de réparation reste néanmoins facultatif, même si les juges dans leurs jugements incitent largement les parties d'y avoir recours en amont d'une action en réparation.

Tel est aussi le cas de l'**Allemagne** où l'évaluation du préjudice *stricto sensu* relève de la compétence du juge judiciaire. Il n'existe pas en droit allemand de règle équivalente à la jurisprudence de droit administratif français *Mergui*, puisque l'article 287 du code de procédure civile prévoit, au contraire, que c'est seulement dans la mesure où l'étendue du préjudice est discutée entre les parties que le juge apprécie celle-ci. Rien ne fait donc obstacle à ce que les parties s'accordent sur l'évaluation du préjudice ni à ce qu'un tel accord s'impose au juge. Sa conclusion peut d'ailleurs être facilitée par la médiation, que le juge peut proposer aux parties, qui acceptent, ou non, de s'y soumettre, en application de l'article 278a du code civil. Le recours à la transaction est également rendu plus aisé par la place accordée par la jurisprudence allemande aux compilations ou recueils de jurisprudence pour l'évaluation du préjudice moral résultant d'un dommage corporel. L'un des arguments souvent avancés en faveur de ces derniers tient d'ailleurs à ce qu'ils facilitent les solutions transactionnelles des litiges en matière de responsabilité, en fournissant aux parties une information fiable sur les sommes que la victime obtiendrait devant le juge (W. Gelhaar, « Die Bemessung des Schmerzensgeldes », *BB* 1966, p. 1317).

Tel est aussi le cas aux **Pays-Bas**. Trouver un accord amiable et conclure une convention transactionnelle *in civilibus* y est possible (article 7:900 du Code civil néerlandais) et est même encouragé. La loi prévoit par ailleurs la possibilité d'un règlement extrajudiciaire comme, par exemple, le règlement forfaitaire dans la loi Mulder des amendes dues au titre des infractions au code de la route.

De même, au **Québec**, une transaction est toujours possible. Elle est formée par l'accord des parties et n'a pas nécessairement à être constatée par un écrit.

La transaction implique un compromis, des concessions réciproques et donc une entente sur les éléments essentiels du règlement (article 2631 C.c.Q.).

Aux **États-Unis**, le règlement transactionnel et plus largement les modes alternatifs à la justice classique sont admis largement dans le système judiciaire³⁴. En ce qui concerne la justice transactionnelle, on peut la retrouver par exemple en matière de responsabilité des fabricants produits médicaux défectueux tels que les implants mammaires³⁵.

³² Voir C. Harlow and R. Rawlings, *Law and Administration* (London, 1997) chapitre 18.

³³ N. Lewis, M. Seneviratne, and S. Cracknell, *Complaints Procedures in Local Government* (Sheffield, 1987) para 2.11.3

³⁴ A. Hage, *Le système judiciaire américain*, Ellipses, 2000, p. 148.

³⁵ P. Farhat, « La responsabilité des fabricants d'implants mammaires : une analyse comparée de la responsabilité du fait des produits défectueux (France-États-Unis) », *RRJ*, 2002, 2, p. 806.

° D'autres systèmes étudiés manifestent une certaine retenue envers le règlement transactionnel, de telle sorte que celui-ci est enserré dans des limites étroites.

En **Italie**, en vertu de l'article 239 du Code des contrats publics, l'administration ne peut conclure de règlement transactionnel que lorsque sa responsabilité contractuelle est engagée.

Cependant l'article 35 alinea 2 de la loi n°80 de 1998 prévoit le recours une forme particulière de transaction pour déterminer le montant de la réparation du par l'administration. Selon ce mécanisme, le juge se prononce sur la responsabilité de l'administration, mais pas sur le montant de la réparation, celui-ci étant laissé à l'appréciation des parties qui doivent fixer un accord pour le déterminer. Le juge fixe néanmoins des critères sur la base desquels cette négociation doit se tenir, critères que la personne publique est tenue de suivre pour formuler sa proposition d'indemnisation : tout accord trouvé entre les parties est recevable, même s'il s'éloigne des critères établis par le juge.

Lorsqu'aucun accord n'est trouvé, ou que l'une des parties n'en respecte pas les termes, il est prévu un second mécanisme organisant la détermination du montant de la réparation par un second juge : le juge d'exécution (article 112 alinea 4 du Code de procédure administrative). Ce second jugement d'exécution est indépendant du jugement au fond et donne lieu à un jugement distinct ne contenant que les éléments relatifs à la quantification du préjudice, ainsi que les critères pris en compte par le juge de l'exécution.

Il faut cependant noter que le recours à ces deux mécanismes spécifiques n'est pas automatique : le juge administratif dispose, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 35 de la loi n°80 de 1998, de la faculté de recourir à cette procédure alternative, mais peut aussi choisir de fixer directement le montant de la réparation en équivalent.

Lorsqu'est recherchée la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE, un règlement transactionnel est possible en vertu de l'article 147 du Règlement de procédure de la Cour de justice, sous la dénomination d'accord amiable. Si les parties s'accordent sur la solution à donner au litige et renoncent à toute prétention, elles en informent la Cour. Le président ordonne alors la radiation de l'affaire.

° Enfin, les recherches effectuées s'agissant de la **Grèce** semblent montrer que le recours à la transaction n'est guère pratiqué.

2.9 Est-il possible de faire appel ? Si oui, à quelles conditions ?

Tout dépend naturellement de la structure du système, selon qu'il est à deux ou trois degrés.

L'**Italie** a un système à deux degrés, de telle sorte qu'en vertu de l'article 100 du code de procédure administrative, tous les jugements des tribunaux de première instance sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat, qui réexamine le litige tant en fait qu'en droit.

La possibilité de faire appel varie dans certains systèmes en fonction de l'enjeu financier qui est en cause.

En **Allemagne**, s'agissant de l'évaluation du préjudice *stricto sensu*, qui relève de la compétence du juge judiciaire, l'appel est recevable si le grief subi est supérieur à 600 euros ou si la juridiction de première instance a préalablement autorisé l'appel dans son jugement, au regard de l'intérêt juridique que présente l'affaire. Soulignons que la juridiction d'appel est en principe liée par les constatations de fait opérées en première instance, or elles peuvent avoir une incidence sur l'évaluation du préjudice en appel. Il en va, toutefois, différemment en cas de doute sérieux sur l'établissement exact et complet de ces faits ou si de nouveaux faits sont apparus.

Au **Québec**, le droit d'appel appartient à toute partie au jugement de première instance qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé.

En principe, un jugement peut faire l'objet d'un appel en matière civile, sauf si la valeur du litige est inférieure à 60 000 \$ (depuis le 1^{er} janvier 2016, date d'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile). La procédure d'appel se déroule alors devant la cour d'appel du Québec par le dépôt d'une déclaration d'appel au greffe de la cour avec la preuve de sa signification à l'intimé dans les 30 jours de la date de l'avis du jugement ou de la date du jugement si celui-ci a été rendu à l'audience.

Aux **Etats-Unis**, la possibilité d'interjeter appel existe comme le montre l'affaire Gaubert précitée dans laquelle le requérant, qui demandait une indemnisation de 100 millions \$, interjeta appel devant la *Fifth Circuit Court*. En appel la cour saisie a la possibilité de réformer le jugement rendu en première instance³⁶.

En **droit anglais**, l'appel n'est pas un droit et doit être autorisé par la juridiction.

2. 10 Le recours en cassation existe-t-il? Le juge de cassation contrôle-t-il l'évaluation du préjudice ?

° Il est logiquement assez répandu dans les systèmes à trois niveaux.

En **Allemagne**, en ce qui concerne l'évaluation du préjudice *stricto sensu* qui relève de la compétence du juge judiciaire, il existe un recours dit en révision devant la Cour fédérale de justice (BGH), qui ne peut être fondé que sur la violation du droit (§545 al. 1 du code de procédure civile). Les conditions d'admission des pourvois ont été élargies par la réforme de 2002 (loi du 27 juillet 2001) en vue de permettre une meilleure unification de la jurisprudence par la Cour. En sont désormais susceptibles toutes les décisions rendues en appel, quelle que soit la juridiction – *Oberlandgerichte* ou *Landgerichte* – dont elles émanent, ce qui n'était pas le cas avant la réforme. La condition qui tenait à ce que, en matière patrimoniale, la partie lésée se prévale d'un grief subi excédant 60 000 DM (environ 30 000 €), a été supprimée par la réforme mais des dispositions transitoires ont été applicables à cet égard jusqu'au 31 décembre 2014.

³⁶ J. Pradal, op.cit

Pour que le pourvoi soit recevable, il faut toutefois que la juridiction d'appel en ait prononcé l'admission préalable, ce qu'elle est tenue de faire s'il existe un intérêt juridique en ce sens. Le refus d'admission du pourvoi peut être contesté devant la Cour suprême fédérale (*Nichtzulassungsbeschwerde*). Il est, de plus, possible de court-circuiter la juridiction d'appel en formant directement un pourvoi (*Sprungerevision*, littéralement « révision-saut ») à l'encontre d'une décision rendue en première instance, par exception, lorsque le grief est supérieur à 600 euros, en application du § 566 du code de procédure civile, à condition que l'adversaire donne son accord et que la Cour suprême fédérale autorise ce recours (C. Witz, *Le droit allemand*, 2ème édition, Paris, Dalloz p. 41-42).

S'agissant de savoir si le juge de cassation contrôle l'évaluation du préjudice, la Cour suprême fédérale exerce un contrôle restreint sur l'évaluation du préjudice par les juges du fond, préservant ainsi à la fois l'autonomie de ces derniers et l'exercice d'un certain contrôle en cassation.

De plus, s'agissant d'une catégorie particulière de dommages non patrimoniaux, à savoir, les *préjudices moraux résultant d'un dommage corporel*, la Cour suprême fédérale vérifie que lorsque les juges du fond se sont écartés des montants habituellement retenus en jurisprudence tels qu'ils résultent des compilations de celle-ci, ils aient adopté une motivation particulière.

° Certains systèmes à deux niveaux acceptent une forme de recours en cassation.

Ainsi en **Italie** et en vertu de l'article 110 du Code de procédure administrative, le recours en cassation contre les décisions du Conseil d'Etat est possible, mais seulement pour des motifs liés à la compétence de la juridiction (défaut de compétence du juge administratif par rapport au juge ordinaire, ou par rapport à une autre juridiction administrative type Cour des comptes par exemple).

La dualité de juridiction reste relative, puisque la Cour de cassation demeure l'organe juridictionnel suprême des deux ordres, en réglant notamment leurs conflits de compétence. C'est en effet la Cour de cassation qui est chargée de donner aux lois une interprétation uniforme. A ce titre, l'article 111 de la Constitution dispose que les arrêts du Conseil d'Etat peuvent être examinés par la Cour de cassation, et ce « pour les seuls motifs inhérents à la juridiction ». La Cour est donc amenée à interpréter les notions de droit subjectif et d'intérêt légitime.

En **Grèce**, la loi relative au Conseil d'Etat prévoit un filtrage de tous les recours contentieux, qui est effectué par une formation de cinq juges de la section compétente. Si le recours est manifestement irrecevable ou infondé, s'il a été exercé sans que la caution judiciaire ait été versée ou si une autre juridiction administrative est compétente, cette formation peut, sans audience, le rejeter (ou, le cas échéant, le renvoyer au tribunal compétent). La même procédure existe devant les juridictions du fond.

Le pourvoi en cassation est, en outre, déclaré irrecevable si le montant en jeu dans l'affaire ne dépasse pas une certaine somme, qui est actuellement de 40 000 €. Indépendamment du montant en jeu, le pourvoi en cassation est également regardé comme étant irrecevable dans le cas où la

partie qui a formé le recours n'invoque pas l'existence d'une divergence entre l'arrêt attaqué et la jurisprudence du Conseil d'Etat, ou bien le caractère nouveau de la question de droit en cause. Le Conseil d'Etat a jugé que ces dispositions relatives au recours en cassation n'étaient contraires ni à la Constitution (plus précisément, aux dispositions relatives à la séparation des pouvoirs et au droit à la protection légale), ni à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain dans la constatation du préjudice, et notamment lors de l'évaluation du montant de la réparation, qui n'est pas soumise au contrôle du juge en cassation.

Il existe toutefois une exception à cette règle. En effet, le principe de réparation intégrale du préjudice ne trouve pas à s'appliquer en cas de réparation du dommage moral, pour lequel le juge doit déterminer un montant raisonnable d'indemnisation. Or la détermination de ce montant est, selon une jurisprudence récente (n°4133/2011 et n°2271/2013), soumise au contrôle du juge de cassation. Ce dernier s'assure, en effet, que le juge de fond n'a pas dépassé les limites de son pouvoir, décrites par la disposition de l'article 932 du code civil, en fixant une indemnité manifestement disproportionnée (dans le sens du trop, comme du trop peu). C'est ainsi désormais, pour le juge de cassation, un champ d'application du principe de proportionnalité consacré par l'article 25 al. 1 de la Constitution. En pratique, toutefois, très peu d'annulations sont prononcées. Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt 2202/2014 censurant une indemnisation d'un montant de 250 000 €, considéré comme déraisonnablement élevé. Ce montant avait été alloué par les juges du fond pour réparer l'atteinte à la réputation d'un médecin, causée par une action de l'Etat qui avait eu des conséquences dommageables sur sa carrière.

Aux **Etats-Unis**, le requérant peut se pourvoir en cassation. La Cour suprême peut parfois utiliser la procédure du *certiorari* pour statuer. Et selon la Rule 10 du règlement de la Cour suprême, l'examen d'un pourvoi par la Cour n'est pas une affaire de droit mais de « discrétion judiciaire ». Pour décider de la recevabilité d'un pourvoi, la Cour peut prendre en compte les conflits éventuels entre juridictions inférieures ou l'originalité de la question soulevée.

° Certains systèmes ne connaissent pas le recours en cassation.

Ainsi au **Québec**, il n'existe pas à proprement parler de « *recours en cassation* ». La Cour suprême du Canada est la juridiction d'appel de dernier ressort du pays. La Cour suprême du Canada entend les appels des décisions rendues par le plus haut tribunal des provinces et territoires, ainsi que par la Cour d'appel fédérale et la cour d'appel de la Cour martiale du Canada.

Sauf pour les appels dits « de plein droit », une partie peut interjeter appel de la décision d'une cour inférieure, à condition d'y être autorisée au préalable par une formation de trois juges de la Cour suprême.

La Cour suprême du Canada contrôle le raisonnement par lequel les juridictions inférieures ont procédé à l'évaluation du préjudice. Ainsi, pour justifier une intervention, la Cour suprême rappelle qu'elle doit être convaincue que le juge du procès « *a appliqué un principe de droit erroné ou que la somme accordée constitue une indemnisation manifestement incorrecte du préjudice subi* » (Arrêt Ostiguy c. Goyer, 2012 QCCA 2130).

En **Angleterre**, le recours en cassation n'existe pas à proprement parler. La Cour suprême peut contrôler l'évaluation du préjudice.

Enfin aux **Pays-Bas**, si le pourvoi en cassation est possible dans les procédures civiles et pénales, il n'est pas possible dans les procédures engagées devant le juge administratif. Le juge de cassation peut être appelé à trancher sur des aspects indemnitaires pour autant qu'il ne se prononce pas, dans ce cadre, sur les faits.

2.11 Si l'administration ne se conforme pas à la décision de justice mettant une indemnisation à sa charge, de quels voies procédurales le créancier de l'obligation mise à la charge de la personne publique dispose-t-il ?

La plupart des systèmes étudiés donnent au juge la possibilité de contraindre une administration indocile à observer la chose jugée.

En **droit anglais**, les juges disposent de toute une gamme de procédures fortement enracinées dans la Common law (*injunction, contempt of court...*) pouvant conduire à la mise en jeu de la responsabilité personnelle de l'agent public refusant de se conformer à la décision de justice. L'effet en est fortement dissuasif.

En **Italie**, dans les cas où l'administration ne se conforme pas à une décision mettant une indemnisation à sa charge, l'exécution des décisions peut être imposée par une procédure particulière, qualifiée d'exécution forcée (article 112 du code de procédure administrative). Le recours en exécution doit être présenté devant le même juge que celui qui a adopté la décision (article 113 du code de procédure administrative). Le code a supprimé l'exigence d'une mise en demeure préalable de l'administration, mais impose en revanche la notification du recours à toutes les parties. S'agissant d'un contentieux de pleine juridiction, les pouvoirs du juge sont étendus. Il peut ainsi :

- ⇒ prescrire des injonctions et astreintes ;
- ⇒ dicter le contenu de l'acte à adopter ;
- ⇒ adopter l'acte à la place de l'administration ;
- ⇒ déclarer nuls les actes pris en violation de la décision ;
- ⇒ nommer un commissaire qui, en tant qu'auxiliaire du juge, se substitue à l'administration dans l'adoption de l'acte administratif qu'elle aurait dû adopter, en vertu de l'article 114 du code de procédure administrative.

En **Allemagne** ces procédures sont assez développées. Le droit allemand connaît en effet des « procès en exécution » (*Vollstreckungsverfahren*) de décisions de justice. Il convient de se référer à la partie IV du code de justice administrative. Son article 167 renvoie aux dispositions du livre 8 du code de procédure civile disposant qu'il convient, en principe, d'appliquer ces dernières sauf dispositions spéciales contraires. Le même paragraphe dispose que c'est le tribunal qui a rendu la décision en première instance qui est compétent en matière d'exécution.

L'article 169 traite des procédures en *exécution* au profit d'une personne publique, et prévoit

qu'elles sont régies par les dispositions d'une loi spéciale relative aux exécutions administratives (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz*). Il dispose qu'au sens de cette loi, c'est alors le président de la juridiction de première instance qui est regardé comme l'administration procédant à l'exécution, et qu'il peut faire appel à d'autres autorités administratives de même qu'à un huissier.

L'article 170 traite des procédures d'exécution à l'encontre d'une personne publique en matière pécuniaire, c'est-à-dire, lorsqu'il est réclamé de celle-ci le paiement d'une somme d'argent, prévoyant que le tribunal qui a rendu la décision en première instance procède à l'exécution à la demande du créancier, ordonnant des mesures d'exécution à l'encontre de l'administration compétente, auxquelles celle-ci est alors tenue de se conformer. Ce même article dispose toutefois que l'exécution ne peut être ordonnée dans des affaires qui sont essentielles à l'accomplissement d'obligations publiques ou lorsqu'elle heurterait un intérêt public. L'administration peut invoquer ces motifs dans le cadre du procès en exécution, le tribunal en appréciant le bien fondé.

Enfin l'article 172 prévoit que dans les cas prévus par :

- ⇒ l'article 113 alinéa 2 traitant des mesures ordonnées par le tribunal à l'administration pour exécuter un jugement d'annulation d'un acte administratif qui a d'ores et déjà été exécuté - et alinéa 5 traitant des mesures ordonnées par le tribunal à l'administration pour exécuter un jugement d'annulation d'une décision administrative de rejet ou d'une abstention de la part de l'administration ;
- ⇒ l'article 123 relatif aux mesures provisoires que peut ordonner une juridiction administrative

si l'administration ne se conforme pas aux obligations lui incombant en vertu d'une décision de justice, le tribunal de première instance peut, sur demande, délivrer une astreinte.

En **Grèce**, l'article 95 de la Constitution prévoit que l'administration est obligée de se conformer aux décisions de toute juridiction. Conformément à cette disposition, l'administration doit donc notamment exécuter la décision de justice mettant une indemnisation à sa charge.

Le juge de la réparation ne peut toutefois pas se substituer à l'administration pour imposer l'application de sa décision. Face à l'inertie de l'administration, la victime du préjudice qui a obtenu une décision favorable peut simplement, conformément à l'article 95 §5 de la Constitution, engager la responsabilité des agents publics qui ne se sont pas conformés à des décisions juridictionnelles. L'agent compétent peut également voir sa responsabilité pénale engagée. Cette dernière est régie par l'article 259 du Code pénal, lequel prévoit un emprisonnement qui peut aller jusqu'à deux ans. Ses conditions de mise en oeuvre sont toutefois assez strictes. En effet, cet article 259 exige une intention délibérée (plus particulièrement, l'agent devait avoir comme but ultime de causer un préjudice à un tiers ou à l'État), qui est bien évidemment très difficile à établir. En pratique, très peu de poursuites pénales sont formées en matière d'inexécution d'un jugement administratif.

Sous l'influence, notamment, de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui intègre dans les exigences de l'article 6 de la Convention l'effectivité des décisions de justice, des avancées ont toutefois pu être observées ces dernières années. Ainsi, depuis la révision de la Constitution qui, en 2001, a élargi le devoir de l'administration d'exécuter les décisions juridictionnelles à celles

rendues par tous les tribunaux - et non plus seulement par les tribunaux administratifs - un organe quasi-juridictionnel est chargé de superviser l'exécution des décisions juridictionnelles. Ainsi, un Comité de supervision de l'exécution des décisions est formé au sein de chaque ordre juridictionnel (tribunaux civils, tribunaux administratifs, juridictions suprêmes). S'il n'a pas le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, il peut néanmoins, à la demande de la personne intéressée, constater la non exécution d'une décision juridictionnelle et condamner l'administration à agir matériellement par le paiement d'une somme raisonnable. Enfin, la loi n° 3068/2002 a prévu un mécanisme d'exécution forcée des obligations pécuniaires dérivées d'un jugement consistant en la saisie, selon les dispositions générales du code de la procédure civile, de biens appartenant au patrimoine privé de l'Etat ou de la personne morale en cause.

Aux **Etats-Unis**, l'injonction est une procédure qui existe en droit américain en général³⁷. Au **Québec**, le tribunal peut, après le jugement, rendre toute ordonnance propre à faciliter l'exécution, volontaire ou forcée, de la manière la plus conforme aux intérêts des parties et la plus avantageuse pour elles. Dans le droit commun, pour procéder à l'exécution forcée d'un jugement, le créancier doit saisir le greffe du tribunal d'un avis d'exécution et donner ses instructions à un huissier. En pratique, il semble que de tels refus de se conformer à un jugement ne se produisent quasiment jamais. La déférence observée envers la décision de justice dans les pays de Common law n'y est sans doute pas étrangère.

Enfin dans le cas spécifique de la **Cour européenne des droits de l'homme**, si un Etat manque à s'acquitter de la satisfaction équitable mise à sa charge, le bénéficiaire peut s'adresser au comité des ministres du Conseil de l'Europe, lequel peut officiellement demander à l'Etat en cause de se conformer à ses obligations. En pratique, de tels cas semblent très rares.

3. Les questions de fond

3.1 Quelles sont les règles et conditions de fond qui sont applicables pour obtenir d'être indemnisé d'un préjudice causé par l'action de l'administration ? Plus particulièrement, une personne demandant à être indemnisée doit-elle établir l'existence d'un droit lésé ? Si tel est le cas, comment la notion de lésion d'un droit est-elle définie ?

Dans les pays et systèmes étudiés, l'évaluation d'un préjudice indemnisable suppose généralement l'existence d'une *faute* ou d'une *négligence* – les deux termes étant proches - étant imputable à l'administration. On observe toutefois, dans certains pays, que les conditions jadis très restrictives ont été peu à peu assouplies.

° Dans certains systèmes, il est exclu d'évaluer un préjudice en l'absence de faute.

Ainsi en **Grèce** la responsabilité des personnes publiques ne peut être engagée qu'en raison de

³⁷ P. Grégoire, Le droit anglo-américain de la responsabilité civile, op. cit., p. 118.

leurs actes ou omissions contraires à la loi, et commis dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. En outre, pour que le dommage puisse être pris en compte, l'acte ou l'omission à l'origine du préjudice ne doit pas découler d'une règle posée pour des motifs d'intérêt général ; dans le cas contraire, l'indemnisation du préjudice causé est exclue. Enfin, l'existence du préjudice doit être établie.

Le droit administratif du **Québec** exige l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute incriminée et le préjudice allégué. La preuve par présomptions est admise dans la mesure où les conditions requises sont réunies à savoir qu'elles sont en application de l'article 2849 C.c.Q. graves, précises et concordantes.

Aux **Etats-Unis**, les règles et conditions d'indemnisation posées sont celles qui régissent en général la responsabilité civile à savoir : une faute (qui demeure un élément central en droit américain), un dommage et l'existence d'un lien de causalité entre ce dernier et la faute de l'administration. Ces règles sont d'abord posées par le *Federal Tort Claims Act* de 1946 étant entendu que la jurisprudence dispose toujours de son pouvoir prétorien comme l'illustre par exemple la jurisprudence *Gaubert*³⁸.

S'agissant du **droit anglais**, il est par tradition complexe et technique. Il n'existe pas de principe général mais une fragmentation de la responsabilité civile, que le débiteur soit une personne privée ou publique. En droit anglais, il y a un grand nombre de « torts », 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 *negligence* est le plus fréquemment invoqué par les demandeurs d'indemnité. 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.³⁹

De plus il existe un *tort* entièrement dédié à des actions contre la puissance publique, nommé *misfeasance in public office*. Né au XVII^{ème} siècle, dans le contentieux concernant la corruption lors des élections ou dans l'attribution de permis commerciaux, ce *tort* est fréquemment invoqué dans des litiges concernant les instances de régulation.⁴⁰

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. On peut citer le cas du *tort* de « *Rylands v Fletcher* ». Ce *tort* tire en effet son nom d'une décision 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*),

³⁸ Ibidem..

³⁹ Dans le contentieux concernant la police, des autres « torts » tel que battery, false imprisonment, malicious prosecution sont néanmoins souvent invoqués.

⁴⁰ *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

et ce même s'il n'y a pas eu faute de sa part.⁴¹ Même si aux Etats-Unis, *Rylands v Fletcher* a nettement assoupli la mise en oeuvre 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 timides.

Alors qu'en droit français il existe une notion très étendue de la faute, les choses sont différentes en droit anglais. Celui-ci retient 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 présume pas l'existence de la faute. Il faut démontrer celle-ci 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, avec des restrictions, a été qualifié d'un cas de responsabilité sans faute en droit anglais.⁴² Ceci est l'une des raisons pour laquelle 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 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,⁴³ des pompiers,⁴⁴ des services sociaux,⁴⁵ des autorités de régulation financière,⁴⁶ et des instances d'urbanisme.⁴⁷

Si l'approche traditionnelle des juridictions anglaises était restrictive en matière de responsabilité de la puissance publique, il est possible de déceler 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 « *negligence* », imposé des obligations juridiques de « *prendre soin* » (*duty of care*) dans des domaines d'activité administrative jouissant jadis d'une quasi-irresponsabilité. 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 Commerce International, a assoupli considérablement les conditions du *tort* en acceptant que la Banque d'Angleterre puisse être responsable en dehors d'une faute strictement intentionnelle.⁴⁸

Cette évolution est le fruit de plusieurs influences. Tout d'abord, la jurisprudence a été fortement influencée par le droit européen. L'évolution vient aussi d'un changement de mentalité des juges.

⁴¹ *Rylands v Fletcher* (1868) LR 3 HL 330.

⁴² *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633, 747.

⁴³ *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53.

⁴⁴ *Capital & Counties PLC v Hampshire County Council* [1997] QB 1004.

⁴⁵ *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633.

⁴⁶ Par exemple *Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175; *Davis v Radcliffe* [1990] 2 All ER 536.

⁴⁷ *Strable v Dartford BC* [1984] JPL 329; *Lam v Brennan* [1997] PIQR P488; *Ryeford Homes Ltd v Sevenoaks District Council* [1989] 2 EGLR 281.

⁴⁸ *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

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 l'a énoncé par Lord Bingham, « le principe d'ordre public qui doit primer en droit est celui selon lequel les torts doivent être réparés ».⁴⁹

En **Italie**, les conditions *sine qua non* pour engager la responsabilité extra-contractuelle de l'administration sont les suivantes :

- une faute de l'administration ;
- un dommage « injuste » ;
- un lien de causalité entre la faute et le dommage subi.

Ce dommage « injuste » résulte de la violation, par l'administration, d'un intérêt légitime : il faut qu'ait été lésé du fait de l'activité illégale et fautive de la personne publique, un intérêt légitime protégé par la loi.

Parmi les pays ou systèmes étudiés, on observe une seconde catégorie : celle des pays où l'évaluation d'un dommage causé par l'administration fait coexister des régimes de responsabilité pour faute et des régimes de responsabilité sans faute.

Aux **Pays-Bas** et dans le cadre de la responsabilité *pour faute*, la personne lésée devra démontrer qu'il y a eu atteinte à un droit ou bien que l'acte incriminé n'est pas intervenu avec la diligence normalement attendue dans la vie en société. En outre, il faut justifier de l'existence d'un lien de causalité, d'une relativité aquilienne (la norme à laquelle il a été porté atteinte doit viser à la sauvegarde du droit dont la victime demande la protection) et il ne doit pas y avoir eu de faute personnelle.

Dans le cadre de la responsabilité *sans faute*, il faut un *dommage* découlant *d'actes ou d'agissements licites de l'administration*. Ici aussi, un lien de causalité est requis. Dans ce régime, seuls les dommages spéciaux et anormaux sont indemnisés.

Tel est aussi le cas de l'**Allemagne**. S'agissant des conditions tenant à un fait générateur, un dommage et un lien de causalité entre ces derniers, il faut noter, en ce qui concerne le premier pilier de la responsabilité de la puissance publique, qui suppose la violation *fautive*, par une personne dans l'exercice d'une fonction, d'une obligation lui incombant dans le cadre de cette fonction à l'égard d'un tiers, que la condition tenant à la faute y est entendue de manière restrictive : le droit allemand retient, en effet, une conception subjective qui se distingue de la « simple » illicéité car elle suppose en outre l'imputabilité (*Zurechenbarkeit*), c'est-à-dire, un élément moral, à savoir, soit l'intention délictueuse, soit la négligence, en application de l'article 276 du code civil.

C'est pourquoi les régimes de responsabilité sans faute couvrent des hypothèses dans lesquelles

⁴⁹ *M (A Minor) v Newham London Borough Council* [1995] 2 AC 648, 663.

l'administration a agi soit de manière licite, soit de manière illicite mais non fautive. Ainsi, le deuxième pilier, la responsabilité pour « sacrifice particulier » imposé à un administré (*Aufopferungsanspruch*), rompant au détriment de ce dernier le principe d'égalité devant les charges publiques (*Prinzip der Lastengleichheit*), suppose une atteinte *licite* à un intérêt de nature extrapatrimoniale. Le troisième pilier, la responsabilité pour atteinte expropriante ou quasi-expropriation, suppose, dans son premier volet (atteinte expropriante), une atteinte *licite*, et dans son second volet (quasi-expropriation), une atteinte *illicite*. Dans les deux cas, elle doit porter sur les intérêts patrimoniaux selon une acception large, proche de celle de « biens » au sens de l'art. 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – et non pas nécessairement une atteinte à la propriété immobilière, comme l'usage de la notion d'expropriation pourrait le laisser penser au juriste français.

Les fondements de la responsabilité applicable en cas d'atteinte licite supposent qu'une condition supplémentaire relative au dommage soit remplie : il faut que celui-ci soit tel qu'il y ait une rupture d'égalité au détriment de l'administré, qui en fait une « victime à part » (*Sonderopfer*) (A. Jacquemet-Gauché, op. cit., p. 492 et 493).

En sus des conditions tenant à un fait générateur, un dommage et un lien de causalité entre ces derniers, le droit allemand subordonne largement l'engagement de la responsabilité à l'existence d'un droit lésé.

En ce qui concerne les fondements généraux de responsabilité, la relativité aquilienne est une théorie élaborée par la doctrine française, en particulier par Planiol, qui s'est imposée dans la doctrine et dans la jurisprudence allemandes comme la « théorie du but de protection de la norme » (« *Lehre vom Schutzzweck der Norm* »), qui postule que toute règle dont la méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité ne vise qu'un certain *domaine de protection*, à la fois *personnel* – ne cherchant à protéger que certaines personnes (*persoenlicher Schutzbereich*) – et *matériel* – ne cherchant à assurer de protection que contre *certain types de préjudices* (*gegenstaendlicher Schutzbereich*). Par conséquent, il ne suffit pas, pour obtenir réparation, de justifier d'un préjudice résultant du fait générateur de la responsabilité : il faut encore se prévaloir d'une atteinte à un intérêt qui corresponde précisément à celui que la norme méconnue a entendu protéger. On dit qu'il faut un « rapport d'illicéité » (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) entre l'obligation violée et le préjudice invoqué. En application de cette théorie, le juge doit donc mener un raisonnement *téléologique*, en se demandant :

- ⇒ d'une part si la règle violée en l'espèce tend effectivement à protéger le demandeur;
- ⇒ d'autre part si elle est destinée à le protéger contre un dommage de la *nature* de celui qu'il subit (O. Berg, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages*, op. cit., n° 254 et s. et 278 et s.).

Pour consacrer cette théorie, la jurisprudence allemande s'est fondée sur l'article 823 2 du code civil, relatif à la responsabilité de « celui qui viole une loi dont le *but* est de protéger autrui », dans une célèbre décision dite du ramasseur de quilles du tribunal du Land de Hanovre du 10 janvier 1910. Les faits de l'espèce étaient les suivants : un jeune homme âgé de moins de quatorze ans était employé dans l'exploitation d'une piste de jeu de quilles après 20 heures, en méconnaissance de la législation du travail, qui en raison de l'âge de l'intéressé, interdisait de le faire travailler à un horaire aussi tardif. Le jeune homme fut blessé par un joueur. Il introduisit alors une action en réparation contre son employeur. Le tribunal rejeta son recours au motif que la législation violée avait pour but de protéger les jeunes de moins de quatorze ans des accidents dus à leur fatigue

entraînée par l'heure tardive, non de les protéger contre l'imprudence des clients.

C'est à partir de cet arrêt que la théorie de la relativité aquilienne a été développée par la doctrine allemande, avant d'être admise par la Cour civile suprême (BGHZ 27, 137, 22 avril 1958), y compris pour l'application du § 823, al. 1 du code civil – relatif à l'obligation de réparation du dommage qui incombe à celui qui a causé ce dernier en portant illégalement atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté ou à un autre droit d'autrui, intentionnellement ou par négligence –, dans les termes suivants : « il importe de savoir si le dommage invoqué tombe dans le *domaine* de protection de la loi, en d'autres termes, s'il résulte de la violation d'une norme ayant pour *objectif* de protéger l'intérêt atteint ». La responsabilité est donc limitée en fonction du domaine de la protection qu'instaure la règle de droit violée. Cette théorie vient donc restreindre la réparation.

En **Suède**, la loi du 1er juillet 1972 prévoit que l'Etat et les municipalités répondent civilement des dommages résultant de leurs actes (en pratique, ceux de leurs employés) en cas d'exercice négligent de l'autorité publique ("*negligent exercise of public authority*" ; article 2, chapitre 3). Il faut donc, d'une part, que l'acte négligent soit intervenu au cours du service ou soit en lien avec celui-ci et, d'autre part, qu'il soit directement lié à l'exercice de l'autorité publique⁵⁰.

L'ensemble des autorités publiques sont concernées, y compris les cours et tribunaux, qui peuvent voir leur responsabilité engagée même lorsque la décision juridictionnelle mise en cause n'a pas été cassée ou annulée (il faut simplement qu'une « *négligence* » soit établie par une juridiction supérieure). Les personnes privées accomplissant des actes d'autorité publique rentrent également dans le champ de ce régime.

La notion de négligence n'étant pas définie précisément par les textes, elle a fait l'objet d'une réflexion doctrinale et jurisprudentielle. Elle peut ainsi concerner la négligence d'un employé public⁵¹, mais également une insuffisance générale décelée dans le travail ou l'organisation d'une administration. Les critères utilisés pour identifier une telle négligence tiennent compte du risque que le préjudice avait d'apparaître, de son ampleur, des moyens dont disposait la personne publique mise en cause pour l'éviter, et enfin de la possibilité qu'avait celle-ci d'anticiper l'intervention de ce préjudice.

L'approche privilégiée est nettement subjective, le risque encouru par la victime et la volonté de lui offrir une protection primant sur la détermination objective d'une véritable faute. Ainsi, les préjudices découlant d'erreurs ou omissions vénielles seront indemnisés si leur conséquence pour l'administré dépasse ce qui peut être raisonnablement toléré.

Dans ce cadre, la loi pose néanmoins deux restrictions à l'action des administrés :

- ⇒ Ce régime particulier n'est supposé couvrir que l'action administrative concernant les droits et devoirs des citoyens. Il ne trouve ainsi pas à s'appliquer, en principe, aux activités consultatives, ou encore aux activités constituant un service rendu aux administrés sans implication coercitive, par exemple en matière médicale ou scolaire. Toutefois une hospitalisation d'office, de même que le refus d'admission d'un étudiant entreront dans le champ de la loi. L'idée sous-jacente est de réserver ce régime de responsabilité administrative élargie aux domaines où le citoyen est véritablement en situation de

50 Ainsi, la plupart des actes de préparation ou d'information n'entrent pas dans ce champ.

51 Dans le régime actuel, la responsabilité de l'agent lui-même ne peut être engagée que pour des raisons très particulières, en cas de négligence grossière et délibérée (chapitre 4, article 1er).

dépendance vis-à-vis de l'administration.

- ⇒ Les requêtes portées contre les décisions fautives du gouvernement ne peuvent prospérer que si ces décisions ont été modifiées ou annulées (chapitre 3, section 7), en particulier lorsque la Cour suprême administrative a annulé une décision contraire à la loi.

Enfin, parallèlement aux règles posées par la loi de 1972, des lois ont créé des régimes spéciaux de responsabilité, dans le cadre desquels l'indemnisation est prévue même en l'absence de négligence (« *strict liability* »). C'est le cas en matière environnementale ou, pour ce qui concerne plus directement l'action publique, en cas d'arrestation ou de détention d'une personne finalement mise hors de cause, ou lorsqu'une décision administrative privative de liberté est invalidée (loi 1998:714). La jurisprudence a élargi ce régime aux exercices militaires dangereux.

Pour des motifs assez aisés à comprendre, les **juridictions européennes** appelées pour les besoins de l'évaluation d'un préjudice à apprécier le comportement imputable soit à des États soit à des institutions de l'Union sont peu enclines à user de la même terminologie que les juridictions nationales : elles peuvent moins facilement retenir la qualification de faute ou de négligence. Il leur est plus aisé de retenir l'existence d'un manquement à une obligation résultant, selon les cas, soit du droit de l'UE, soit de la convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi, lorsqu'un État membre de l'Union européenne doit répondre d'une **méconnaissance de ses obligations résultant du droit de l'Union**, la CJUE a fixé un cadre juridique s'imposant à tous les juges nationaux appelés à connaître du litige. Comme en droit national, la réparation est logiquement subordonnée à l'existence d'un **lien de causalité direct** entre la violation de la règle du droit de l'Union et les dommages subis.

La Cour a ainsi récemment jugé que l'omission de procéder à l'évaluation environnementale prévue par la directive 85/337 ne constituait pas, par elle-même, la cause de la dépréciation de la valeur d'un bien immobilier. En effet, la directive n'énonce pas les règles de fond relatives à une mise en balance des incidences sur l'environnement avec d'autres facteurs et n'interdit pas non plus la réalisation des projets qui sont susceptibles d'avoir des incidences négatives sur l'environnement.

⇒ L'évaluation du préjudice ne doit pas être moins favorable que celle concernant des réclamations semblables de nature interne. Si le droit national prévoit une réparation plus généreuse et étendue des dommages subis que celle prévue par une directive, les règles de droit national devront s'appliquer.

La Cour juge ainsi que **l'allocation de dommages-intérêts exemplaires** ne saurait être exclue dans le cadre d'une action en réparation fondée sur le droit communautaire, si les conditions prévues en droit anglais pour une telle allocation sont réunies (arrêt *Francovich - Factortame III*).

⇒ Le droit national ne saurait avoir pour effet de rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention d'une réparation. Ainsi, dans son arrêt *Francovich*, la CJUE

estime la condition générale posée par le droit allemand tendant à ce que l'acte ou l'omission du législateur vise une situation individuelle rend la réparation en pratique impossible ou excessivement difficile, étant donné que les tâches incombant au législateur concernent, en principe, la collectivité sans viser aucune personne ou catégorie de personnes qui puisse être identifiée.

De même, dans cet arrêt, elle s'oppose à ce que le **manque à gagner** soit exclu totalement du dommage réparable en cas de violation du droit communautaire. Etant donné la nature économique et commerciale des litiges, une telle exclusion aurait comme conséquence de rendre la réparation impossible.

=> La réparation doit présenter un caractère « adéquat ».

Cette exigence s'oppose ainsi au plafonnement par le droit national du montant de l'indemnisation (CJCE, 26 janvier 1993, C-271/91, Marshall II). L'Etat membre ne peut davantage exclure le versement d'intérêts de retard, l'écoulement du temps devant nécessairement être pris en compte dans l'évaluation du préjudice (même arrêt).

Prenant en compte les principes juridiques communs aux Etats membres, la Cour considère également que le juge doit « vérifier si la personne lésée a fait preuve d'une **diligence raisonnable** pour éviter le préjudice ou en limiter la portée et si elle a fait usage en temps utile de toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition »⁵².

En outre, la Cour estime que l'application rétroactive et complète des mesures d'exécution d'une directive permet de remédier aux conséquences dommageables résultant du retard dans la transposition de cette directive, sauf si les bénéficiaires de ces mesures établissent l'existence de pertes complémentaires qu'ils auraient subies du fait de cette transposition tardive⁵³.

Enfin, si le juge doit prendre en compte les exigences du principe de sécurité juridique, **il ne saurait, en dehors de circonstances exceptionnelles, limiter les effets dans le temps de l'arrêt prononcé.**

Dans son arrêt Francovich, la Cour estime ainsi que le Gouvernement allemand ne pouvait demander de limiter la condamnation de l'Etat aux seuls dommages survenus *après* le prononcé de l'arrêt dans l'affaire en cause, pour autant que les victimes n'aient pas engagé auparavant une action en justice ou une réclamation équivalente. Au contraire, dans un arrêt Legras du 16 juillet 1992 (C. 163/92), la CJCE a considéré que le danger du bouleversement du système de financement des collectivités locales des DOM constituait, en l'espèce, une considération impérieuse de sécurité juridique s'opposant à la remise en cause de rapports juridiques antérieurs au prononcé de l'arrêt de la Cour.

Enfin, lorsqu'est recherchée la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE,

⁵² Arrêt Francovich

⁵³ CJCE, 10 juillet 1997, Rosalba Palmisiani, C-261/95 et C-94/95 – C-95/95, Danila Bonifaci

L'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union est conditionné, en vertu de l'article 340 TFUE, à plusieurs conditions : l'illégalité du comportement reproché aux institutions, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué (par exemple, CJCE, 9 septembre 2008, *FLAMM e. a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. p. I-6513).

Dans le système de la **convention européenne des droits de l'homme**, la Cour peut octroyer une satisfaction équitable dès lors qu'une réparation intégrale ne peut être obtenue en droit interne et qu'une violation d'un droit garanti par la convention a été commise. Peu importe l'autorité nationale qui est l'auteur de cette violation : il peut s'agir du pouvoir législatif, de l'Exécutif ou du système judiciaire.

3.2 L'annulation d'une décision administrative est-elle une condition préalable pour obtenir l'indemnisation d'un dommage causé par l'administration ?

La réponse à cette question varie sensiblement selon les exemples étudiés.

° Quelques pays ou systèmes opèrent un lien assez étroit entre l'annulation d'un acte administratif et la réparation des préjudices causés par celui-ci.

Tel est le cas en **Italie**, où l'action en annulation de l'acte administratif illégitime est normalement un préalable à l'action en réparation, mais l'on assiste actuellement à un mouvement d'autonomisation croissante de l'action en réparation du préjudice, ce qui lui donne une visibilité nouvelle.

Sur cette question de l'autonomie de l'action en réparation du préjudice, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont des positions opposées.

Le Conseil d'État juge que l'action en réparation devait être exercée en même temps que l'action en annulation ou d'une manière autonome, mais seulement après l'annulation de l'acte administratif par le juge ou par l'administration (*Cons St, sect. V, 30 août 2006, n° 5063*. – *Cons St, sect. IV, 8 mai 2007, n° 2136*) : pour le juge administratif, la nécessité de l'annulation préalable de l'acte dérive de la présomption de légalité qui le soutient, et l'expiration du délai de recours en annulation empêche l'exercice du recours en réparation (*Cons St, ass. plén., 22 oct. 2007, n° 12*).

La Cour de cassation, en revanche, s'est prononcée plusieurs fois pour l'autonomie totale des deux actions, admettant qu'un administré puisse demander réparation de son préjudice indépendamment de toute action en annulation de la décision qui l'aurait causé (*C. cass, sect. réunies, ord. 13 juin 2006, n° 13659 et 13660* – *C. cass, 15 juin 2006, n° 1391*).

En tout état de cause, l'article 34 alinéa 3 du Code de procédure administrative italien confère au juge administratif un pouvoir de transformation d'une demande en annulation en demande aux fins de réparation, dans le cas où l'intérêt de l'administré à agir en annulation a disparu, ou si un fait processuel quelconque de nature à exclure la demande en annulation -mais pas la demande aux fins de réparation- est intervenu. C'est notamment la solution envisagée dans un arrêt rendu le 13 janvier 2014 par le Conseil d'Etat (*Cons. St., Sez. V, 13 janvier 2014, n. 70*). En l'espèce, une commerçante qui avait vu les horaires d'ouverture de son commerce limitées par la ville de Rome avait entrepris une action en annulation de l'arrêté municipal litigieux. Au cours de l'instance,

entre en vigueur une nouvelle législation au niveau national, donnant aux commerçants la liberté de choisir leurs horaires d'ouverture. Bien que l'intérêt à agir en annulation de la commerçante ait disparu, le Conseil d'Etat envisage la possibilité de recourir à l'article 34 alinéa 3 du Code de procédure administrative pour que lui reste ouverte la voie d'une demande aux fins de réparation du préjudice subi avant le changement de législation. Cette hypothèse a finalement été écartée, la requérante n'ayant pas explicitement demandé la réparation d'un tel préjudice en première instance. Le Conseil d'Etat rappelle en effet à l'occasion de cet arrêt que le recours à l'article 34 alinéa 3 est conditionné à une demande explicite aux fins de réparation du préjudice subi, et cela dès la première instance.

En **Suède**, en application de la loi de 1972 (chapitre 3, section 7), les requêtes portées contre les décisions fautives du gouvernement ne peuvent prospérer que si ces décisions ont été modifiées ou annulées, en particulier lorsque la Cour suprême administrative a annulé une décision contraire à la loi.

° Toutefois la plupart des systèmes étudiés n'établissent pas de lien systématique entre annulation et réparation.

Ainsi en **Allemagne** l'annulation d'une décision administrative n'est pas, de manière générale, un préalable à l'obtention d'une indemnisation du dommage résultant de ladite décision. En revanche, il existe de lourdes obligations procédurales incombant à la victime qui résultent de ce que l'on peut appeler la « systématique » des voies de recours. L'article 254 du code civil, qui pose le principe général du partage de responsabilité, met à la charge de la victime, en son second alinéa, une obligation de moyens de prévenir ou de réduire son dommage. Cette obligation implique notamment celle de former, en temps utiles, tous recours administratifs ou juridictionnels, de nature à prévenir ou à réduire le dommage. Le recours en annulation figure parmi ces recours, au même titre que les recours en carence ou en remise en l'état.

La méconnaissance de cette obligation est sanctionnée par un partage de responsabilité entre l'auteur et la victime, celle-ci devant supporter la part du dommage dont elle aurait pu et donc dû éviter la survenance. Elle est ainsi sanctionnée sur le terrain de l'évaluation du préjudice.

De plus, en ce qui concerne le premier pilier de la responsabilité de la puissance publique, c'est-à-dire, la responsabilité pour faute, il existe une dérogation à cette disposition générale dans le sens d'une plus grande rigueur envers la victime : le 3^{ème} alinéa de l'article 839 du code civil dispose que la victime qui, de façon intentionnelle ou par sa négligence, s'est abstenue d'user d'une voie de droit pour prévenir son dommage, n'a aucun droit à obtenir réparation de ce dernier. Ainsi, dans ce cadre, la méconnaissance de l'obligation procédurale de moyens entraîne, non pas une modulation de l'indemnité résultant du partage de responsabilité, mais la perte de *tout* droit à indemnité.

En revanche, dans le cadre de la responsabilité pour quasi-expropriation, qui forme l'autre volet du troisième pilier de la responsabilité de la puissance publique, la méconnaissance, par la victime, de son obligation emporte une modulation de son droit à indemnité, déterminant son *quantum*, en application de l'article 254 du code civil. Selon la jurisprudence, dès que l'administré a connaissance de l'acte portant atteinte à son droit de propriété, il doit se demander si celui-ci est

licite, et dans le doute intenter un recours en annulation devant le juge administratif, faute de quoi il ne pourra être indemnisé de la part du dommage qui aurait pu être évitée par cette action (BGH 90, 17, 26.1.1984). La victime conserve ainsi son droit à être indemnisée à raison de la part du dommage dont la survenance n'aurait pu être évitée par la mise en œuvre des procédures dont elle disposait, notamment de celle qui aurait résulté de la durée de ces dernières, qu'elles soient administratives ou juridictionnelles.

En **Grèce**, l'annulation de la décision administrative illégale à l'origine du préjudice n'est pas une condition préalable à l'indemnisation. Dans le cadre du recours indemnitaire, le juge administratif peut exercer un contrôle incident sur la légalité de l'acte ou de l'omission en cause.

S'agissant du système juridique de **l'Union européenne**, après des hésitations initiales la Cour de justice a affirmé l'autonomie du recours en indemnité par rapport aux autres recours dont elle peut être saisie. Parce qu'il tend à la réparation d'un préjudice et non à l'annulation d'une mesure déterminée, le recours en indemnité peut être engagé sans qu'il soit nécessaire d'engager un recours en annulation préalablement (CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. 5/71).

L'exigence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers (CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P) implique cependant l'existence d'une illégalité pour permettre l'engagement de la responsabilité de l'Union.

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). 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, avec des restrictions, est une forme de responsabilité sans faute en droit anglais.⁵⁴ C'est l'une des raisons pour lesquelles ce *tort* a été strictement interprété par les tribunaux.

Lorsqu'est recherchée la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE et après des hésitations initiales, la Cour de justice a affirmé l'autonomie du recours en indemnité par rapport aux autres recours dont elle peut être saisie. Parce qu'il tend à la réparation d'un préjudice et non à l'annulation d'une mesure déterminée, le recours en indemnité peut être engagé sans qu'il soit nécessaire d'engager un recours en annulation préalablement (CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. 5/71).

L'exigence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers (CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P) implique cependant l'existence d'une illégalité pour permettre l'engagement de la responsabilité de l'Union.

⁵⁴ *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633, 747.

3.3 L'indemnisation est-elle évaluée discrétionnairement par la juridiction ou bien obéit-elle à des barèmes ou référentiels, liant la juridiction ou purement indicatifs ?

° La plupart des systèmes étudiés sont fondés sur le principe de la libre évaluation du préjudice par le juge.

Ce principe est consacré aux **Pays-Bas**, puisque l'article 6:97 du Code civil dispose que le juge évalue le dommage de la manière qui correspond le mieux à la nature de celui-ci. Lorsque l'étendue du dommage ne peut être établie avec précision, elle est estimée. Cet article offre une importante marge de discrétion au juge, laquelle peut être restreinte par la loi ou par les parties. On peut par exemple songer, dans ce cadre, à l'établissement du dommage au montant dû sur la base d'une clause pénale ou bien au montant des intérêts légaux. Tant le juge administratif que le juge civil appliquent cet article.

Ce principe est aisément conciliable avec l'existence de certains référentiels ou instruments à usage facultatif. Tel est le cas en **Grande-Bretagne**, où existent des barèmes utilisés à titre purement indicatif et qui sont établis par le *Judicial College*.⁵⁵

Il en va de même au **Québec**. L'évaluation du préjudice y est discrétionnaire mais il existe des barèmes purement indicatifs et des règles posées par la jurisprudence, en vertu de la règle du précédent. Les éventuels barèmes ou référentiels ne s'imposent pas au juge. Quant au règlement sur le barème des dommages corporels, il ne concerne que l'évaluation médicale des travailleurs victimes d'une lésion professionnelle dont ils conservent une atteinte permanente à leur intégrité physique ou psychique.

° Le principe de la libre évaluation par le juge connaît diverses exceptions, en droit ou en fait.

Tel est le cas en **Allemagne**, où le juge évalue le préjudice, en fonction des circonstances de l'espèce, qui résulte des dispositions de l'article 287 du code de procédure civile.

Toutefois, s'agissant d'une catégorie particulière de dommages non patrimoniaux, à savoir, les *préjudices moraux résultant d'un dommage corporel*, l'appréciation des juges du fond, et donc leur autonomie, se trouve aujourd'hui étroitement encadrée par les précédents sur la base desquels sont établis des référentiels issus de recueils ou compilations de jurisprudence.

Il en est ainsi au terme d'une évolution récente du droit allemand : en 1976, la Cour suprême civile a opéré un revirement de sa jurisprudence (BGH 8 juin 1976, *VersR* 1976, p. 967) au terme duquel elle impose au juge du fond de se justifier, au moyen d'une motivation spéciale, lorsqu'il s'écarte de la jurisprudence, c'est-à-dire que s'il aboutit à un *quantum* supérieur ou inférieur à celui qui est habituellement retenu, il doit le motiver spécialement.

En **Suède**, pour l'indemnisation du préjudice corporel, la prise en compte des souffrances

⁵⁵ *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases* (13th edn, OUP, 2015)
<https://global.oup.com/academic/product/guidelines-for-the-assessment-of-general-damages-in-personal-injury-cases-9780198757627?cc=fr&lang=en&>

physiques ou psychologiques, qui concerne la période de récupération, jusqu'à ce que l'état médical se stabilise⁵⁶, est réalisée sur le fondement de régimes standardisés, émanant des commissions consultatives évoquées plus haut et admis par la Cour suprême, qui tiennent compte de la durée du traitement hospitalier, des souffrances, y compris morales, endurées pendant le traitement, de l'alitement, etc.

La prise en compte du déficit fonctionnel permanent, physique ou psychologique, dépend quant à elle de l'âge de la victime et de l'ampleur de l'invalidité ; elle se traduit par la fixation d'un taux d'invalidité, avec des tables de réparation médicales émanant également des commissions consultatives.

En **Italie**, l'évaluation de certains types de préjudice obéit à des barèmes précis. Pour l'évaluation des préjudices corporels notamment, la jurisprudence a établi des critères précis et prédéterminés -tels que l'âge et les conditions sociales et familiales- sur lesquels doivent se baser les juges pour garantir une réparation juste et uniforme de dommages similaires.

La Cour de Cassation a cependant rappelé la nécessité de s'adapter aux cas d'espèces lorsque ces critères standardisés n'étaient pas suffisants, offrant au juge une marge de manœuvre importante en termes de personnalisation de l'évaluation du dommage (*Cass. Sez. III, 16 mars 2003, n° 7632*).

Lorsqu'est mise en jeu la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE, le juge a une grande liberté dans la détermination de la méthode de calcul du préjudice. Tel est notamment le cas dans le domaine économique, lorsque le préjudice, bien que certain, est difficilement évaluable. Le juge peut, par exemple, évaluer forfaitairement le préjudice. Le juge recourt à une évaluation *ex aequo et bono* lorsqu'il n'a pas la possibilité de déterminer précisément le préjudice subi (CJCE, 15 décembre 1966, *Serio c/ Commission de la CEEA*, aff. 62/65, Rec. p. 813).

Pour allouer une satisfaction équitable, la **Cour européenne des droits de l'homme** dispose aussi d'une large marge d'appréciation. En fait la rédaction des arrêts ne permet pas de cerner avec précision la méthode mise en œuvre pour chiffrer les indemnités. La Cour statue à proprement parler en équité, et se livre à une appréciation globale.

3.4 Comment ces barèmes ou référentiels sont-ils définis ? Sont-ils accessibles aux avocats et au public ?

Certains barèmes existent de manière très informelle. En **Allemagne**, il s'agit simplement d'une compilation de la jurisprudence dans des recueils, qui sont librement accessibles puisque proposés à la vente dans les librairies ou encore en ligne.

En **Italie**, ces barèmes sont établis à titre indicatif par les tribunaux administratifs régionaux, et les grilles élaborées par certains tribunaux servent de référence. S'agissant par exemple des préjudices corporels, le tribunal administratif de Milan a élaboré des grilles qui servent de références dans toutes les actions en réparation et qui tiennent compte à la fois de la lésion subie

⁵⁶ Suivant une logique proche des « *souffrances endurées* » avant la date de consolidation du préjudice, en droit français.

et de critères médicaux et d'espérance de vie de la victime.

Ces grilles sont accessibles à tous sur les sites des tribunaux administratifs régionaux.

Au **Royaume-Uni**, les référentiels sont établis par une procédure de consultation ainsi que par l'étude de la jurisprudence récente. Les barèmes sont publiés par Oxford University Press.⁵⁷

3.5 Si la juridiction a recours à des barèmes ou référentiels, est-il possible de donner un ordre de grandeur des sommes allouées en réparation ?

Ces informations sont difficiles à obtenir.

=> Le préjudice moral lié à la disparition d'un proche (conjoint, enfant...)

En **Italie** et d'après les grilles établies par le tribunal administratif de Milan et mises à jour en 2014, les dommages-intérêts vont de 163 990 à 327 990 euros pour la mort d'un enfant ou d'un conjoint.

Dans le système **anglais**, ce montant fixé par décret est actuellement de £12,980 (voir SI 2013 No 510, The Damages for Bereavement (Variation of Sum) (England and Wales) Order 2013).

=> Le préjudice résultant d'un dépassement du délai raisonnable de jugement (contentieux de type Magiera)

En **Allemagne**, le § 198 de la loi de 2011 dispose, en son deuxième alinéa, que la durée excessive d'une procédure juridictionnelle fait « présumer l'existence d'un dommage moral » (voir *supra* point 3.2.). Sauf à pouvoir être réparé de manière satisfaisante par d'autres voies, dont la reconnaissance, par la juridiction, dans son jugement, du caractère excessif des délais, la loi accorde pour ce poste de préjudice une réparation. Le montant généralement retenu par la jurisprudence est de 1 200 € par année dépassant le délai raisonnable, sachant qu'en cas de circonstances exceptionnelles cette somme peut être augmentée ou diminuée (BVerwG 11 juillet 2013, 5 C 27.12.D) (V. O. Berg, « La responsabilité des juges et des procureurs en droit allemand », disponible sur le site du Groupe de recherche européen en responsabilité civile et assurance (GRERCA) : <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux/Retoursur.../>).

En **Italie**, toute demande relative à un préjudice résultant d'un dépassement du délai raisonnable de jugement doit être adressée à la juridiction d'appel compétente territorialement.

Cependant, la question de l'évaluation du préjudice et des sommes allouées en réparation ne fait pas l'objet d'une jurisprudence constante, et n'a pas encore été réglée par les juridictions

⁵⁷ *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases* (13th edn, OUP, 2015) <https://global.oup.com/academic/product/guidelines-for-the-assessment-of-general-damages-in-personal-injury-cases-9780198757627?cc=fr&lang=en&>

administratives. En effet:

- ⇒ le droit interne ne reconnaît que le préjudice résultant de la « durée excessive du procès », basant les sommes allouées sur la durée du procès excédant un délai raisonnable ;
- ⇒ le traité de Lisbonne impose la réparation d'un préjudice pour procès « trop lent », basant les sommes allouées sur toute la durée du procès.

La **Cour européenne des droits de l'homme** a fixé un cadre relativement précis et raisonnant sur deux phases. Dans un premier temps elle estime qu'une somme variant de 1 000 à 1 500 € par année de durée de procédure est une base de départ pour le calcul à effectuer. Dans un deuxième temps, la Cour procède à des ajustements, soit pour majorer soit pour minorer ce montant de départ. La base de calcul est ainsi relevée de 2 000 € si l'enjeu du litige est important.

3. 6 Quels sont les principaux chefs de préjudice sur la base desquels est calculée l'indemnité réparant le dommage ?

Certains systèmes se sont dotés de règles assez simples.

En **droit anglais**, les principaux chefs de préjudice sont les *general damages* incluant le préjudice moral et les *special damages*, incluant la perte de revenus.

Au **Québec**, on distingue trois grandes catégories de préjudices : le préjudice moral, le préjudice matériel et le préjudice corporel. Le préjudice corporel distingue les pertes pécuniaires (coût des soins, aide à domicile, perte de revenus, frais divers comme les frais de déplacement ou les frais de garde) et les pertes non pécuniaires (perte de jouissance de la vie, préjudice esthétiques, souffrances endurées...).

Au **Etats-Unis**, les tribunaux réparent les atteintes à l'intégrité physique et les dommages aux biens matériels et le préjudice moral⁵⁸.

En **Grèce**, selon une classification très classique, on peut distinguer les préjudices suivants :

=> Le préjudice corporel, causé par un acte ou une omission d'un organe public, concerne l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne lésée. Il inclut, en particulier, les frais d'hospitalisation, médicaux, paramédicaux, pharmaceutiques et autres qui sont causés par cette atteinte, et sont indemnisables dans leur intégralité, à condition que la victime en apporte la preuve.

=> Le préjudice à caractère économique, temporaire ou permanent, peut être invoqué lorsque le patrimoine de la personne lésée est amoindri, soit par des pertes subies, soit par un manque à gagner ou des gains manqués. Ce préjudice peut inclure un préjudice futur, sous deux conditions :

⁵⁸ J. Pradal, op. cit.

que la réalisation de celui-ci soit certaine et qu'il puisse faire l'objet d'une évaluation monétaire.

=> Le préjudice moral inclut enfin les différents préjudices incorporels extrapatrimoniaux. Il s'agit notamment la douleur morale causée par la mort d'une personne à ses proches (victimes par ricochet), ou des atteintes à l'honneur et à la réputation professionnelle d'une personne physique. Lorsque l'acte illicite peut entraîner, de par sa nature même, de tels préjudices, la jurisprudence n'exige pas que soit démontrée l'existence du préjudice moral.

En **Suède**, la loi de 1972 fixe de manière assez précise les règles de base gouvernant l'indemnisation du préjudice. Son chapitre 5 contient ainsi des dispositions générales relatives à la détermination des préjudices, s'agissant de la responsabilité civile en général et pas seulement dans le cas de la responsabilité administrative. Il prévoit que deux types de préjudices peuvent être pris en compte : le dommage corporel (« *personal injury* »), auquel il réserve une place particulière, et le préjudice matériel (« *property damage* »).

Dans ce cadre, la victime du dommage corporel (« *physical injury* »), tout d'abord, peut voir son préjudice couvert par la prise en charge des pertes pécuniaires (coûts médicaux, autres coûts résultant du dommage, perte de revenus), et des pertes non pécuniaires, qui repose sur une distinction entre la période de « maladie aiguë » (avant la consolidation) et la période d'invalidité (après la consolidation, suivant la logique du « déficit fonctionnel permanent »).

Les aspects non pécuniaires du préjudice corporel (souffrances physiques et psychologiques) sont de mieux en mieux pris en compte. En effet, estimant que ces aspects étaient moins bien pris en charge en Suède que dans d'autres pays européens, le ministre de la Justice a mis en place une commission sur le sujet, en 1988, qui a publié un rapport en 1995 dont s'inspire la jurisprudence depuis. Le rapport soulignait notamment l'importance de revaloriser les indemnités accordées en cas de blessures graves, ainsi que les critères devant gouverner l'évaluation de ces préjudices non-financiers, tenant compte de la durée des effets du dommage, de l'intensité de la douleur ou du degré de déficit fonctionnel résultant du dommage. Sont enfin pris en compte les autres dommages non-financiers, intervenus par exemple dans la vie professionnelle, qui tiennent notamment compte du préjudice moral.

Le préjudice matériel (« *property damage* »), ensuite, peut se voir indemnisé par la prise en compte du coût de réparation de la chose endommagée, de la perte de valeur de cet objet (pour un objet détruit, son entière valeur), de même enfin que de la perte de revenus liée à ce bien. Même une perte temporaire peut rentrer dans ce champ.

Aux **Pays-Bas**, l'article 6:95 du code civil dispose que le dommage peut consister en un dommage matériel ainsi qu'en d'autres pertes. En ce qui concerne l'indemnisation des autres pertes, celle-ci n'est possible que dans la mesure où la loi le prévoit. La notion de dommages matériels, au sens de l'article 6:96 du Code civil, englobe la perte subie et le gain manqué. Sont, en outre, susceptibles de réparation comme dommages matériels, les frais raisonnables engagés en vue de déterminer le dommage et les frais raisonnables engagés en vue d'obtenir le paiement par voie extrajudiciaire. Le terme « autres pertes » n'est pas explicité plus en avant dans le code civil. Pour les cas dans lesquels la loi autorise l'indemnisation de ces « autres pertes », la doctrine évoque les « dommages immatériels ». Cette notion inclut par exemple la douleur, le chagrin et le

préjudice d'agrément.

En **Allemagne**, la question se présente sous un jour assez complexe (F. Jacoby et M. v. Hinden, *Studienkommentar* BGB Kropholler, 13. Auflage, C.H. Beck, Munich, 2011, p. 95 et s.) :

La *summa divisio* consiste dans la distinction entre dommages matériels ou patrimoniaux d'une part, dommages immatériels ou non patrimoniaux d'autre part. En effet le code civil dispose, en son article 253, 1^{er} alinéa, que ces derniers ne peuvent en principe donner lieu qu'à une réparation *en nature*, ce qui s'avère souvent impossible, et qu'ils ne peuvent être indemnisés *en argent* que dans les cas déterminés par la loi, ainsi, par exemple, dans les cas d'atteinte au corps, à la santé, à la liberté ou à l'autodétermination sexuelle.

Le dommage patrimonial comprend tant la perte de substance que le manque à gagner ou perte de bénéfices.

Le dommage patrimonial se constate par la *Differenzhypothese*, lorsque la valeur du patrimoine d'une personne est diminuée par la survenance du fait générateur du dommage par rapport à la valeur qui aurait été atteinte par ce patrimoine en l'absence de ce fait. Il s'agit d'une évaluation concrète. Toutefois, les résultats auxquels parvient ce « test de la différence » entre les deux patrimoines sont corrigés par la « doctrine du dommage normatif » (« *Lehre vom normativen Schaden* ») (BGHZ 98, 212, 217), aboutissant à une évaluation plus abstraite et normative. Ainsi, en application de la théorie de la « valeur marchande » (*Kommerzialisierung*), la privation de la jouissance d'un bien qui possède une valeur vénale entre en ligne de compte, alors même qu'aucune perte patrimoniale ne pourrait être constatée de ce fait. De plus, des dommages résultant de la violation de la propriété industrielle et du droit d'auteur peuvent être évalués en prenant en compte le coût d'acquisition de l'autorisation, ou de la licence qui aurait permis l'exploitation licite de ces droits, ou encore le profit réalisé par l'auteur du dommage grâce à ses agissements illicites.

En matière de dommages non patrimoniaux, il est impossible de recourir au « test de la différence » entre deux patrimoines. Même dans les cas où les dommages non patrimoniaux peuvent donner lieu à une indemnisation en argent, il ne peut en théorie s'agir que d'un « dédommagement équitable » (*billige Entschädigung*), tant est prégnante, dans la doctrine allemande, l'idée que les dommages de cette nature ne peuvent faire l'objet d'une véritable évaluation, mais seulement d'une appréciation très approximative. Il n'existe d'ailleurs qu'un seul chef de préjudice moral, désigné littéralement comme le « prix de la douleur » (« *Schmerzensgeld* »). L'approche est donc globale (J. Knetsch « La désintégration du préjudice moral », D.2015.443).

En **Italie**, l'indemnité réparant le dommage est calculée sur les chefs de préjudice suivants: le préjudice matériel, le préjudice de perte de chance, le préjudice corporel, le préjudice moral et le préjudice « existentiel ».

Cette dernière notion est une construction jurisprudentielle récente (*Corte costituzionale, 11 juillet 2003, n° 233*) et résulte de la violation d'un droit constitutionnellement protégé, et inhérent à la personne humaine (autre que le droit à la santé): il peut s'agir par exemple du préjudice résultant de la baisse du niveau de vie sociale d'une personne placée en situation de handicap suite à un accident.

Le *pretium doloris* est indemnisable par le juge administratif italien, mais les méthodes d'évaluation de ce type de préjudice sont encore en cours d'élaboration.

Si certains tribunaux administratifs expérimentent une quantification du préjudice moral basée sur la méthode des grilles applicables à l'évaluation du préjudice corporel, la Cour de cassation a pu juger que la lésion de l'intégrité morale ne devait pas être assimilée à un quelconque préjudice corporel (*Cass. sez. III, 23 mai 2003, n° 8169*).

Dans le système de la **convention européenne des droits de l'homme**, la Cour accepte de réparer aussi bien le préjudice matériel que le préjudice moral qui peut consister, pour une personne physique, en un sentiment de détresse, d'inquiétude, de frustration ou d'injustice ou résultant, pour une personne morale, d'éléments subjectifs tels que l'atteinte à la réputation d'une entreprise. Elle peut aussi ordonner de rembourser au requérant les frais et dépens assumés.

3. 7 Existe-t-il des chefs de préjudice que le juge refuse d'indemniser, ou n'indemnise qu'avec difficulté ?

=> Certains systèmes écartent l'indemnisation de la ***douleur morale*** ou soumettent son indemnisation à des conditions strictes.

Tel est le cas en **Allemagne**, en l'absence de toute disposition législative le prévoyant, en application du principe général énoncé par le §253 du code civil. Il faut remarquer que la douleur morale de la victime *par ricochet* ne consiste pas en une atteinte au corps, à la santé, à la liberté ou à l'autodétermination sexuelle, ouvrant droit à réparation, en argent, du préjudice moral en résultant en application du second alinéa du §253 du code civil, bien qu'elle trouve sa source dans une atteinte de cette nature subie par la victime *directe*.

Il en va de même aux **Pays-Bas**, où le « dommage d'affection » n'est pas pris en compte. En cas de dommages corporels, les proches de la victime ne peuvent pas réclamer, de leur côté, l'indemnisation d'un préjudice. Il existe toutefois en jurisprudence une exception. En effet, si personne, suite à la confrontation directe avec les conséquences d'un accident dont un proche a été victime, subi un dommage psychique, ce dommage peut être indemnisé. La condition en est toutefois que la personne en question justifie de l'existence d'une relation affective étroite avec la victime de l'accident.

Une proposition de loi rendant possible l'indemnisation d'un tel dommage a été récemment déposée à l'assemblée nationale néerlandaise. Par le passé, une proposition de loi comparable a été rejetée par le Sénat néerlandais.

Certains systèmes acceptent de l'indemniser, en assortissant cette possibilité de conditions ou d'exigences particulières.

Lorsqu'est mise en jeu la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE, celle-ci accepte traditionnellement l'indemnisation du préjudice moral (CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. 7/56, 3/57 à 7/57, Rec. p. 81). Ce type de préjudice se retrouve notamment dans le contentieux de la fonction publique européenne mais il peut aussi concerner des entrepreneurs ou, plus récemment, des personnes physiques visées par des mesures

restrictives dans le cadre de la lutte anti-terroriste.

Le juge européen peut, par exemple, indemniser le préjudice né d'un sentiment de perte de temps et d'énergie et d'une perte de confiance à l'égard d'un organe européen traitant sa demande de manière irrégulière (en l'espèce le traitement par le Médiateur d'une plainte relative à la gestion d'une liste d'aptitude par le Parlement européen). De même, l'absence de communication au requérant d'un document essentiel à l'exercice de ses droits a créé chez lui le sentiment « *d'avoir dû faire face à une attitude caractérisée d'opacité* » pouvant être indemnisée à hauteur de 5000 euros (TFP, 13 janvier 2010. *A et G c/ Commission*, aff. F-124/05 et F-96/06). Enfin, une entreprise peut demander l'indemnisation de l'atteinte à son image et à sa réputation professionnelle qu'elle subit du fait de la violation du secret professionnel par la Commission en raison de la communication d'une lettre (Trib. UE, 16 octobre 2014, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-297/12).

Le juge européen évalue librement l'étendue de ce type de préjudice. Il semble possible de discerner une certaine rigueur de sa part.

Les juridictions de l'Union exigent du requérant un effort particulier d'argumentation et de précision. Ainsi, « *une demande en réparation d'un préjudice moral, à titre symbolique ou pour l'obtention d'une véritable indemnité, doit préciser la nature du préjudice allégué au regard du comportement reproché à la défenderesse et, même de façon approximative, évaluer l'ensemble de ce préjudice* » (TPI, 15 juin 1999, *Ismeri Europa c/ Cour des comptes*, aff. T-277/97, Rec. p. II-1825, pts. 28 à 30). En outre, dans le cadre de l'évaluation du préjudice moral, certains éléments peuvent compenser le préjudice subi par la victime et réduire ainsi son indemnisation. Par exemple, des actions entreprises par l'institution fautive, telle que des excuses ou l'ouverture d'une nouvelle procédure, peuvent ainsi limiter le montant accordé au titre du préjudice moral (Trib. UE, 29 avril 2015, *Staelen c/ Médiateur*, aff. T-217/11). La correction de l'illégalité, notamment par l'annulation de la mesure irrégulière, peut être un facteur de limitation lors de l'évaluation du préjudice. De façon générale, l'annulation de l'acte à l'origine du préjudice moral peut parfois constituer une réparation suffisante (TPICE, 10 juin 2004, *Alvarez Moreno c/ Commission*, aff. T-153/01 et T-323/01). Ainsi, dans le domaine des sanctions, l'annulation des actes attaqués est, pour la Cour de justice, « *de nature à constituer une forme de réparation du préjudice moral que la requérante a subi, le présent arrêt constatant que son association avec la prolifération nucléaire est injustifiée et, partant, illégale* » (CJUE, 28 mai 2013, *Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. C 239/12 P).

L'hypothèse dans laquelle l'annulation peut réparer intégralement le préjudice moral semble moins traduire une forme de réparation en nature qu'une manière, pour le juge européen, de limiter le montant de l'indemnisation dans un souci de protection des deniers publics. Il n'en reste pas moins que le juge considère parfois que le dommage moral n'est pas adéquatement réparé par l'annulation de la décision attaquée. Ainsi le Tribunal a pu juger que, « *dans les circonstances de l'espèce, l'annulation de l'inscription de la requérante est susceptible de modérer le montant de l'indemnisation accordée, mais pas de constituer une réparation intégrale du préjudice subi* » (Trib. UE, 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan Co. c/ Conseil*, aff. T-384/11).

° Dans d'autres systèmes ce sont les **préjudices économiques** qui peuvent se trouver inclus ou exclus du champ du droit à réparation.

Exclusion dans le cas aux **Etats-Unis**, où la réparation des dommages résultant d'une perte purement économique (*pure economic loss*) est exclue en droit américain de la responsabilité⁵⁹. En des termes assez clairs dans l'arrêt *Seely v White Motor Co*⁶⁰, les juges américains considèrent qu'en dehors de toute relation contractuelle, toute allocation de dommages économiques est interdite : « [The] manufacturer cannot be held liable for the level of performance this products in the consumer's business unless he agrees that the product was designed to meet the consumer's demand. A consumer should not be charged at the will of the manufacturer with bearing the risk of physical injury when he buys a product on the market. He can, however, be fairly charged with the risk that the product will not match his economic expectations unless the manufacturer agrees that it will ». C'est le cas en matière de responsabilité du fait des produits défectueux⁶¹.

Inclusion dans le cas de la **Suède**, la singularité de la responsabilité de la puissance publique résidant dans la prise en compte d'un troisième type de préjudice, la perte purement économique (« *pure economic loss* »), définie par la loi comme une perte économique distincte du préjudice à la personne et du préjudice matériel. En effet, si les dispositions générales de la loi prévoient qu'une telle perte ne peut être indemnisée que dans l'hypothèse où elle découle d'un acte criminel du mis en cause ou de son employé (par exemple, en cas de fraude), cette condition ne joue pas en cas de responsabilité administrative, où elle est traitée de la même manière que les dommages matériels.

° Dans certains systèmes inspirés par la Common law, les dommages pouvant résulter de choix à caractère "politique" procédant d'un choix en opportunité de l'administration, ne sont pas par nature susceptibles de donner lieu à indemnisation.

Tel est notamment le cas aux **Etats-Unis**, où les décisions par lesquelles l'administration met en œuvre son pouvoir discrétionnaire voient leurs conséquences échapper au juge. A fortiori, est exclue toute indemnisation des dommages résultant d'une initiative du législateur⁶².

Ainsi en matière de responsabilité du fait des produits défectueux⁶³, la *Food and Drug Administration*, compétente dans la délivrance et le retrait d'autorisation de mise sur le marché, bénéficie-t-elle du principe de *discretionary function* posé dans le titre 28, article 2680 du code des lois fédérales des États-Unis. Ce principe fait obstacle à toute action en responsabilité civile dirigée contre une agence gouvernementale et fondée sur l'exercice ou l'absence d'exercice d'une fonction ou d'un devoir discrétionnaire. En conséquence, les actions civiles dirigées contre la *Food and Drug Administration* en raison de dommages causés à des individus par des médicaments précédemment approuvés par elle ne sont pas recevables⁶⁴. On pourrait dans ce contexte reprendre les mots du professeur Tunc qui constatait que le système de responsabilité civile aux États-Unis est « coûteux, aléatoire, arbitraire et injuste »⁶⁵.

⁵⁹ J. Pradal, op. cit.

⁶⁰ *Seely v White Motor Co*. 63 Cal2d 9, 403 P.2d 145, 45 Cal. Rptr. 17, 23 (Cal. 1926).

⁶¹ L. M. Kheir Bek, *Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux : entre réparation et prévention : étude comparée entre le droit français et le droit américain*, PUAM, 2011, p. 93.

⁶² J. Pradal, op. cit.

⁶³ K. Gerrad, *La responsabilité du fait des produits défectueux aux États-Unis*, Dunod, 2003.

⁶⁴ A. Laude, « Le contentieux des "coupe-faim". Étude comparée de la jurisprudence (France, Union européenne, États-Unis) », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 155, p. 7.

⁶⁵ A. Tunc, « Où va la responsabilité civile aux États-Unis ? », *RIDC*, 1989, n° 3, p. 722.

3.8 La réparation doit-elle être nécessairement intégrale ou peut-elle n'être que partielle ? Le juge peut-il « forfaitiser » ou plafonner l'indemnisation ?

Les systèmes étudiés sont, pour la plupart, fondés sur le principe de la réparation intégrale du préjudice, mais on peut trouver dans divers systèmes des éléments de *forfaitisation* ou de *plafonnement*.

Ainsi en **Suède** le principe de l'indemnisation intégrale (« *full compensation* ») du dommage, qui est demeurée très longtemps guidée par la pratique et la jurisprudence, a évolué. Les sommes versées au titre du préjudice moral et de certains autres préjudices prennent souvent la forme d'un montant total forfaitaire, même si le calcul de celui-ci a pu faire intervenir des montants évalués année par année.

Tel est le cas au **Québec**. Certes là aussi l'indemnisation repose en théorie sur le principe de la réparation intégrale. Le juge peut allouer un montant global et n'a pas l'obligation de ventiler les pertes non pécuniaires. En outre et surtout, le juge québécois a fait sienne une règle posée par la Cour suprême du Canada en 1978 (*Andrews c/ Grand & Toy Alberta Ltd ; Arnold c/ Teno ; Thronton c/ Board School Trustees of School District*) selon laquelle l'indemnisation ne doit pas dépasser le plafond fixé initialement à 100 000 CAN \$, plafond qui est régulièrement actualisé depuis.

Aux **Pays-Bas**, le dommage matériel doit normalement être intégralement indemnisé, et ainsi le dommage effectivement subi doit être réparé, y compris le dommage futur. Toutefois l'article 6:109 du code civil prévoit une exception dans le cas où une indemnisation intégrale entraînerait, dans les circonstances de l'espèce, des conséquences inacceptables. Dans un tel cas, le juge peut alors mitiger le montant de l'indemnité. D'autres restrictions générales au principe de l'indemnisation intégrale se rattachent au lien de causalité (article 6:98 du Code civil néerlandais) et à la faute personnelle de la personne lésée (art. 6:101 du Code civil néerlandais). L'article 6:110 du code civil néerlandais prévoit que pour certains risques ne pouvant être assurés, un maximum peut être fixé. Ainsi, en fixant un plafond à l'indemnité allouée, les risques concernés peuvent être assurés.

Dans des cas assez rares, le système est fondé non sur une logique de plafond mais de plancher et, si réparation intégrale il y a, elle ne joue qu'au-delà d'une franchise. Ainsi en **droit de l'Union européenne**, la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux précise, en son article 9, que la notion de dommage au sens de la directive doit couvrir à la fois :

- le dommage résultant de la mort ou d'une lésion corporelle ;
- et le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose. Le dommage doit en ce cas être d'un montant supérieur à 500 € et la chose endommagée doit être d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés et avoir été utilisée comme telle par la victime. L'article 9 précise également qu'il ne « porte pas préjudice aux dispositions nationales relatives aux dommages immatériels ».

Par un arrêt du 25 avril 2002 (*Aff. C-52/00*), la CJCE a condamné la France au motif, notamment, qu'elle n'avait pas repris cette franchise. Le Gouvernement français faisait certes,

notamment, valoir que la franchise était contraire au principe de l'égalité de traitement et, surtout, qu'elle "aurait le même effet qu'une règle d'exonération totale de la responsabilité délictuelle, qui, en droit français, est contraire à l'ordre public".

La CJCE a écarté cependant cette argumentation, au motif que, d'une part, "la différenciation, en fonction de la nature et du montant du dommage subi, est objectivement justifiée", et que, d'autre part, que, "selon une jurisprudence constante, le recours à des dispositions d'ordre juridique interne afin de limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour conséquence de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis".

Ainsi, le droit de l'Union admet, contrairement au droit français, des dérogations au principe d'indemnisation intégrale des préjudices, quel que soit leur montant.

Dans un arrêt *Veedfald* (C-203/99), la Cour a considéré que sous les réserves posées par ces dispositions, celles-ci excluaient que les États membres limitent les types de dommage corporels ou matériels susceptibles d'être indemnisés. Conformément aux principes précédemment rappelés, le dédommagement des victimes doit présenter un caractère adéquat et intégral.

En **Allemagne**, les articles 249 à 254 du code civil, qui procèdent à une réglementation d'ensemble du préjudice indemnisable, « consacre[nt] implicitement le principe que tout le préjudice est indemnisable, sans prise en compte du degré de la faute (*Totalreparation*), mais rien que le préjudice (*Bereicherungsverbot*) » (C. Witz, *Le droit allemand*, op. cit., p. 130), ce qui interdit tout enrichissement de la victime.

Le principe de la réparation intégrale est strictement entendu, et c'est pourquoi le droit allemand refuse l'indemnisation de la simple perte d'une chance en application du principe dit du « tout ou rien » (voir point 3.3. *supra*). Toutefois on peut estimer avec A. Jacquemet-Gauchet (*op. cit.*, page 354), qu'il ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre des deuxième et troisième piliers de responsabilité : la Cour suprême fédérale juge que la réparation ne saurait être la même en présence et en l'absence de faute de la puissance publique et qu'en-dehors du régime législatif de la responsabilité pour faute, les règles relatives à la réparation contenues dans le code civil ne sauraient trouver à s'appliquer de manière générale. Elle en déduit que ne peut être envisagé qu'un dédommagement équitable, résultant d'une mise en balance de l'intérêt général et des intérêts particuliers (BGHZ 6, 270, 10 juin 1952 ; 170, 99, 30 novembre 2006).

En **Italie**, le principe est celui de la réparation intégrale (article 1223 du code civil), selon lequel le juge se doit de faire une évaluation globale du préjudice subi : le juge administratif doit donc évaluer non seulement la perte subie par l'administré du fait de la faute de l'administration, mais aussi le manque à gagner créé par cette situation.

Le droit administratif italien l'illustre par le biais des notions de « danno emergente » et de « lucro cessante » :

- les premiers illustrent une situation programmée, dont les conséquences négatives sont déjà visibles dans le patrimoine de l'administré, c'est le dommage réel ;

- les seconds font référence à une situation espérée, dont les effets n'ont pas encore eu de répercussions dans le patrimoine de l'administré.

3.9 La perte de chance est-elle indemnisable ?

La question de la possibilité d'évaluer un préjudice au titre d'une perte de chance reflète une certaine diversité selon les pays ou systèmes étudiés.

° Certains systèmes semblent l'exclure.

Ainsi au **Québec** le lien de causalité doit être établi en fonction du critère de la probabilité raisonnable ou de la prépondérance de la preuve. La jurisprudence n'admet pas l'existence d'une perte de chance donnant lieu à l'indemnisation d'une fraction de l'entier préjudice lorsque la preuve ne peut pas être rapportée d'un lien de causalité certain et direct entre le faute et l'entier préjudice.

° D'autres acceptent, à des degrés divers, d'indemniser la perte de chance.

Aux **Pays-Bas**, l'article 6:98 du code civil néerlandais prévoit que la réparation ne s'étend qu'au dommage dont le rapport avec l'événement sur lequel se fonde la responsabilité du débiteur est tel que, compte tenu également de la nature de la responsabilité et du dommage, celui-ci peut être imputé au débiteur comme étant la conséquence de cet événement.

En application du droit néerlandais, il est possible d'accueillir une responsabilité partielle en cas de perte d'une chance ou lorsque le lien de causalité est incertain. La responsabilité partielle est par exemple concevable lorsque plusieurs causes sont à l'origine du dommage. On peut également envisager une responsabilité partielle en fonction du « degré de pourcentage » de la chance manquée. Le juge fait toutefois preuve d'une certaine réticence en la matière.

La théorie de la perte de chance trouve à s'appliquer notamment dans le cadre d'un préjudice subi du fait d'un travail manqué. Celui-ci est alors estimé par avance. Il est capitalisé et donne donc lieu au paiement d'un montant forfaitaire. Cette approche systématique est également suivie à l'occasion du calcul du préjudice lorsqu'une entreprise doit être liquidée suite à une expropriation ou en conséquence d'autres mesures licites de l'administration.

En **Italie**, le juge administratif doit tenir compte de la perte de chance (privation de la possibilité d'obtenir un avantage futur à cause du comportement illégitime de l'administration) dans son processus d'évaluation du préjudice.

La jurisprudence se montre toutefois prudente sur ce point en exigeant du demandeur qu'il démontre que l'avantage futur se serait produit avec certitude (ou avec une probabilité élevée). La victime doit fournir des éléments probants objectifs permettant de mesurer de manière certaine (ou très probable) l'existence d'un préjudice économiquement quantifiable (*C. cass. n. 11353 del 2010*). Elle demande par ailleurs au demandeur de rapporter la preuve du lien causal entre le dommage et la probabilité de la perte de chance (*C. cass. n. 8307 del 2011*).

Dans le droit administratif de l'**Allemagne**, en cas de perte d'une chance *sérieuse* d'échapper à la survenance d'un dommage, c'est ce dernier qui sera intégralement réparé, et non pas simplement une fraction de ce dommage en fonction de la probabilité qu'aurait eue la victime d'échapper à sa survenance, si elle n'avait pas été privée de cette chance. A l'inverse si la chance n'est pas jugée

suffisamment sérieuse, toute réparation sera par principe exclue. Ces solutions correspondent à l'application d'un principe dit du « tout ou rien » (*Alles- oder Nichtsprinzip*) (O. Berg, La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2006, n°148).

En **droit anglais** l'indemnisation d'une perte de chance est possible dans certaines situations, par exemple la perte de chance de gagner un appel d'offre. Elle est en revanche exclue dans d'autres circonstances, la perte de chance de guérison n'étant par exemple pas indemnisable. En outre, le préjudice indemnisable sera proportionnel au pourcentage de la perte de chance établi par le juge.

Lorsqu'est recherchée la **responsabilité de l'Union européenne** devant la CJUE, celle-ci s'est montrée hostile au départ très réservée vis à vis de l'indemnisation de la perte de chance. Elle a ainsi jugé que de simples « *chances d'ordre commercial dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique* » ne pouvaient être considérées comme des préjudices indemnisables (CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec. p. 491). Cependant, l'indemnisation de la perte de chance a été introduite dans au moins deux domaines distincts d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union.

° Tel est d'une part le cas en matière de fonction publique :

=> Dans l'affaire *Girardot*, le Tribunal a cherché à déterminer « *la différence entre la rémunération que Mme Girardot aurait perçue dans l'hypothèse où sa chance de voir sa candidature retenue se serait réalisée et celle qu'elle a effectivement perçue à la suite du rejet illégal de sa candidature, puis, le cas échéant, d'apprécier, sous la forme d'un pourcentage, la chance qu'avait Mme Girardot de voir ladite hypothèse se réaliser* » (Trib. UE, 31 mars 2004, *Girardot c/ Commission*, aff. T-10/02, Rec FP p. I-A-109, II-483). En l'espèce, le Tribunal recourt ainsi à un coefficient multiplicateur, déduit de la chance qu'avait la victime de ne pas voir le dommage se réaliser.

=> Cette admission de la perte de chance demeure prudente. Pour le Tribunal, en calculant la chance qu'avait le candidat de voir sa candidature retenue, le juge se substitue à l'institution compétente pour apprécier le mérite de celui-ci. Il fait, à ce titre, œuvre d'administrateur, ce qui apparaît contraire au respect de l'équilibre institutionnel du système juridique européen.

=> L'approche du Tribunal a été validée par la Cour de justice, qui se montre elle aussi réservée à l'égard du maniement de la perte de chance. En constatant qu'il est « *très difficile, sinon impossible, de définir une méthode permettant de quantifier avec exactitude la chance d'être recruté à un emploi au sein d'une institution et, par conséquent, d'évaluer le préjudice résultant de la perte d'une chance* », la Cour de justice semble tempérer le recours à la perte de chance et le réserver à des circonstances particulières (CJCE 21 février 2008, *Girardot c/ Commission*, aff. C-348/06 P). La méthode retenue par le Tribunal ne vaut que dans les circonstances de l'affaire : si le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en l'espèce, cela ne signifie pas pour autant que la non utilisation de cette méthode constituerait une telle erreur.

Plusieurs difficultés doivent donc être surmontées pour que puisse être accueillie l'indemnisation de la perte de chance. Tout d'abord, d'un point de vue procédural, la difficulté à évaluer le préjudice peut conduire, a priori, à l'irrecevabilité de la requête en l'absence d'évaluation précise du préjudice par le requérant. Ensuite, la chance doit être considérée comme suffisamment sérieuse par le juge. Trop incertaine et hypothétique, la chance perdue ne pourra être indemnisée, les conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle n'étant alors pas remplies (CJCE, 5 mai 1983, *Pizzziolo c/ Commission*, aff. 785/79, Rec. p. 1343). Enfin, outre la question de

l'existence d'un préjudice et de son évaluation précise, se pose le problème de l'établissement du lien de causalité. Par exemple, le Tribunal a rejeté la demande d'indemnisation de la perte de chance d'être recrutée en jugeant qu'il n'existait pas de lien suffisamment direct entre le préjudice subi et les illégalités commises par l'institution concernée (Trib. UE, 29 avril 2015, *Staelen c/ Médiateur*, aff. T-217/11).

° La perte de chance a aussi trouvé sa place dans le cas des entreprises cherchant à engager la responsabilité de l'Union en raison de la passation irrégulière d'un marché public (Trib. UE ordo, 22 juin 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-409/09, Rec. p. II-3765). En ce domaine, le juge se montre particulièrement réticent à admettre son indemnisation. Ainsi, pour le Tribunal, « *la perte de chance de se voir attribuer le marché suivant ne saurait être considérée comme un préjudice réel et certain que dans l'hypothèse où, en l'absence du comportement fautif de la Commission, il ne ferait pas de doute que l'entreprise concernée aurait obtenu l'attribution du premier marché* ». Dès lors que, en matière d'adjudications publiques, l'institution dispose d'un pouvoir d'appréciation important, l'absence de doute devient difficile à envisager. Le souci du Tribunal de ne pas interférer avec la décision d'attribuer un marché prise par le pouvoir adjudicateur risque donc de le conduire à rendre inopérant le recours à la perte de chance (par exemple, Trib. UE Ordo, 11 novembre 2014, *Nguyen c/ Parlement et Conseil*, aff. T-20/14).

En définitive, le respect du pouvoir d'appréciation des institutions européennes et la difficulté de parvenir à un raisonnement objectif expliquent la jurisprudence sévère du juge européen. L'efficacité du recours à la perte de chance dépend des causes de l'irrégularité de l'acte de l'Union en cause. Il doit exister un rapport suffisamment direct entre le motif d'illégalité et la perte de chance subie, sous peine de regarder la condition du lien de causalité comme non remplie. Elle dépend surtout du caractère suffisamment sérieux des chances du requérant, que le juge se montre pourtant réticent à évaluer et à reconnaître, de crainte de se substituer à l'institution compétente.

3. 10 La juridiction peut-elle choisir entre capital et rente et, si tel est le cas, quels sont les critères de ce choix ?

On observe une grande diversité d'approche, en fonction des systèmes étudiés.

En **Italie**, la juridiction peut choisir entre capital et rente: dans le cadre des préjudices résultant de la vaccination obligatoire par exemple, les dommages-intérêts sont alloués sous forme de rente.

En **Allemagne**, en vertu de l'article 843 du code civil, alinéa 1^{er}, en cas de blessure ou d'atteinte à la santé qui supprime ou réduit la capacité de gains (*Erverbsfaehigkeit*) de la victime ou en augmente les besoins, la réparation de son dommage prend la forme d'une rente. Aux termes du 3^{ème} alinéa du même texte, la victime peut toutefois réclamer un capital si elle invoque un motif sérieux.

Il en va également ainsi de la réparation du dommage *matériel* subi par la victime par ricochet en cas de décès de la victime directe : en application du deuxième alinéa de l'article 844 du code civil, celui qui était créancier d'aliments de la victime directe décédée des suites d'un préjudice

corporel ou qui pouvait le devenir et qui s'est trouvée privée de ce droit par le décès, a droit à une rente correspondant au montant des aliments que la victime directe aurait été tenue de lui verser pour la durée présumée de la vie de cette dernière.

Au **Québec**, la rente est peu employée par les tribunaux dans la mesure où les parties (victime / défendeur) ou le juge peuvent s'y opposer. Elle est seulement utilisée là où elle a été imposée par le législateur en 1978, c'est-à-dire pour les accidents de la circulation. Elle existe aussi pour les accidents du travail et les maladies professionnelles, système assurantiel comme pour les accidents d'automobile.

L'indemnisation sous forme de rente est observée dans certains systèmes préférentiellement ce qui concerne la réparation des *dommages futurs*.

Tel est le cas en **Suède**. Pour l'indemnisation des pertes pécuniaires liées au dommage corporel, les pertes de revenu futures sont, dans la mesure du possible, calculées de manière précise, en tenant compte du revenu que la victime aurait pu continuer à gagner, en fonction de son âge et de ses compétences. La somme accordée de ce chef est, de préférence, versée sous forme de rente annuelle. Peut être également prise en compte la perte d'entretien (« *loss of maintenance* »), lorsque la victime, décédée, contribuait à l'entretien du demandeur (cas du veuf ou de la veuve, en particulier, ou même des couples non mariés, la jurisprudence étant assez libérale en ce domaine). Si le demandeur touche certaines sommes en conséquence du décès (assurance-vie, etc), elles seront déduites du montant qui lui est alloué de ce chef. De telles sommes sont le plus souvent évaluées de manière standardisée et forfaitaire, et peuvent être versées sous forme de rente annuelle, surtout lorsqu'elles sont importantes.

Aux **Pays-Bas**, pour ce type de dommages, le juge peut sur la base de l'article 6:105 du code civil choisir d'indemniser sous forme de capital ou sous forme de rente. Dans ce cadre, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. En principe, dans le processus de détermination du dommage, celui-ci n'est en effet pas tenu par le choix de la partie lésée.

Enfin la **Cour européenne des droits de l'homme**, lorsqu'elle accorde une satisfaction équitable, alloue systématiquement un capital.

3.11 Comment le juge prend-il en compte le « prix du temps » ? Accorde-t-il des intérêts moratoires ? Comment sont-ils calculés ?

A un stade ou à un autre, le « prix du temps » est pris en compte par le juge dans tous les systèmes étudiés.

En **Grèce**, l'indemnité allouée produit des intérêts qui sont fixés par le juge administratif sur le fondement de l'article 21 du décret codifié du 10 juillet 1944 concernant les procès contre l'État. En vertu de ces dispositions, le requérant a droit à des intérêts moratoires. Même en l'absence de demande tendant à l'allocation d'intérêts, tout jugement prononçant une condamnation à une

indemnité fait courir les intérêts depuis le jour de son prononcé jusqu'à son exécution, au taux de 6%.

Aux **Pays-Bas**, en vertu de l'article 6:119 du code civil, la réparation due pour retard dans le paiement d'une somme d'argent prend la forme d'intérêts légaux, produits par cette somme pour la période pendant laquelle le débiteur était mis en demeure de payer. L'intérêt légal est fixé par décret (art. 6:120, alinéa 1 du code civil néerlandais) et est publié au Journal Officiel néerlandais. Le montant de l'intérêt légal fluctue.

En **Allemagne**, l'article 291 du code civil relatif aux « intérêts dans le cadre du procès » prévoit que le débiteur d'une obligation pécuniaire est redevable des intérêts sur la somme qu'il doit à partir de l'introduction de l'instance ou à compter du moment où la créance est exigible. Pour la détermination du montant de ces intérêts, ce texte renvoie notamment aux dispositions de l'article 288, alinéa 1^{er} qui prévoit que les intérêts se calculent sur la base du taux d'intérêt de base (*Basiszinsatz*), lui-même déterminé par l'article 247 du code civil, augmenté de cinq points de pourcentage, ainsi qu'à l'article 289, qui interdit la capitalisation des intérêts.

Les intérêts ne peuvent être accordés que s'ils ont été demandés, le §308 du code de procédure civile interdisant au juge de statuer *ultra petita* notamment en ce qui concerne les intérêts.

Au **Québec**, le juge peut allouer des dommages moratoires (article 1619 C.c.Q.) L'indemnité est fixée à compter de l'une ou l'autre des dates servant à calculer les intérêts qu'ils produisent selon un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé pour les créances de l'Etat sur leur taux légal.

Devant les **juridictions de l'Union européenne** et en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, le montant de l'indemnité due doit être assorti d'intérêts moratoires à compter de la date du prononcé de l'arrêt constatant l'obligation de réparer le préjudice ; une telle solution découle des principes communs aux droits des États membres (CJCE, 4 octobre 1979, *Dumortier Frères e.a. c/ Conseil*, aff.64/76). Toutefois « *si la créance indemnitaire n'est, à la date du prononcé de l'arrêt, ni certaine quant à son montant ni déterminable sur la base d'éléments objectifs établis, les intérêts moratoires ne sauraient courir à compter de cette date, mais seulement en cas de retard et jusqu'à complet paiement, à partir de la date du prononcé de l'arrêt qui portera liquidation du dommage subi* » (TPI, 11 juillet 2007, *Schneider Electric c/ Commission*, aff. T-351/03).

Quant à la **Cour européenne des droits de l'homme**, lorsqu'elle accorde une satisfaction équitable et selon une pratique inaugurée en 1991, elle donne à l'Etat en cause un délai impératif de trois mois pour s'exécuter. L'expiration de ce délai fait courir les intérêts moratoires.

3. 12 La réparation en argent est-elle la règle ? Peut-on être astreint à réparer en nature (par exemple : obligation de remettre les lieux en état) ?

En règle générale, la réparation en argent est le principe, et la réparation en nature l'exception.

Aux **Pays-Bas**, la règle essentielle de l'article 6:103 du code civil est que la réparation doit

s'effectuer en argent. Toutefois, à la demande de la personne lésée, le juge peut accorder la réparation sous une forme autre que le paiement d'une somme d'argent. En laissant l'initiative d'une indemnisation sous cette forme à la personne lésée, le législateur veut éviter d'imposer à celle-ci un certain type d'indemnisation. Dans le cadre de l'allocation d'une réparation sous une autre forme qu'une somme d'argent, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire. La réparation sous une autre forme qu'une somme d'argent ne signifie pas forcément une réparation en nature : diverses formes d'indemnisation sont concevables.

En **Grèce**, la réparation est également en principe pécuniaire (article 297 § 1 du Code civil).

Il en va de même aux **Etats-Unis**. La réparation en argent y est la règle mais il n'est pas exclu d'allouer une réparation en nature⁶⁶.

La situation est comparable au **Québec**, où la réparation en argent est généralement la règle mais où une réparation en nature est possible. Elle est réservée en pratique aux cas d'exécution forcée en nature d'une obligation contractuelle ou de suppression d'un préjudice matériel (enlèvement d'un mur, comblement d'un fossé, remise en état d'une terre de culture traversée par un chemin illégal, etc.). L'indemnisation en argent reste toutefois et de très loin la plus fréquente.

C'est en **Allemagne** que le système juridique fait la plus large place à la réparation en nature. Le droit allemand exprime, à travers l'article 251 du code civil, une nette préférence pour la réparation en nature sur la réparation pécuniaire. Il existe toutefois des exceptions et limites au principe de cette réparation en nature (C. Witz, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 129-130). En matière de responsabilité de la puissance publique, c'est le juge administratif qui peut prononcer une telle réparation en nature, dans le cadre de l'action en remise en l'état, d'origine prétorienne et d'inspiration doctrinale (v. point 1.1. *supra*).

Selon la définition de la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*), l'action en remise en l'état tend à l'élimination des conséquences illicites d'une action ou d'une abstention de la part de l'administration (BVerwG 69, 366, du 19.7.1984 *Bardepotfall*) dans l'affaire dite du « dépôt en liquide ». Un acte administratif, ultérieurement déclaré illicite, avait enjoint à un administré de procéder au dépôt, en liquide, d'une somme d'argent sur un compte. L'intéressé ayant, pour se conformer à l'injonction, emprunté la somme, il demanda le remboursement des intérêts de l'emprunt au juge de la remise en l'état. Celui-ci s'estima compétent pour statuer sur une telle demande, et s'il la rejeta, c'est au seul motif que la souscription d'un crédit ne découlait pas directement et nécessairement de l'injonction administrative illicite (BVerwG 69, 366, du 19.7.1984 *Bardepotfall*, préc.).

L'action en remise en l'état du droit est particulièrement utile dans le domaine des atteintes à l'honneur causées par des déclarations émises par l'administration – par exemple, concernant les dangers que présenteraient prétendument des produits commercialisés par une entreprise –, en vue d'obliger celle-ci à procéder à un démenti. Le juge de la remise en l'état peut encore ordonner la destruction d'ouvrages ou d'installations publics, tels un terrain de football situé à proximité d'une habitation en raison du degré des nuisances, notamment sonores, qu'il cause à celle-ci, au

⁶⁶ J. Pradal, *op. cit.*

terme d'une mise en balance des degrés de nuisances, du type de quartier et de la possibilité de déplacer le terrain ailleurs (OVG Schleswig-Holstein, 1. Senat, 4 mai 1994, 1 L 1/92 NJW 1995 p. 333 ; A. Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, Paris, 2013, LGDJ, p. 381). Il peut aussi ordonner des mesures moins rigoureuses que la destruction, lorsqu'elles sont suffisantes pour supprimer le dommage. Ont été ainsi prescrites, pour remédier aux nuisances causées par une brasserie en plein air (*Biergarten*), la limitation du nombre de places de parking et la restriction des horaires d'ouverture (VGH München, 20 avril 1995, 22 B 93. 1948, NVwZ, 1995, pp. 1021-1023 ; A. Jacquemet-Gauché, *op. cit.*, n°1035).

L'action en remise en l'état du droit est distincte de celle en annulation d'un acte administratif illégal, et elle permet d'aboutir à un autre résultat que cette dernière. En effet, l'illicéité dont est recherchée l'élimination par la remise en l'état se situe au niveau des *conséquences* de l'action ou de l'abstention de l'administration ; cette illicéité, qui peut provenir aussi bien d'un agissement matériel de l'administration que d'un acte juridique, n'est pas forcément constituée dès l'origine, c'est-à-dire, dès l'édition de l'acte. Ainsi, l'acte par lequel la puissance publique réquisitionne un logement pour y installer des personnes sans-abri peut être parfaitement licite. Mais lorsque ces dernières s'y maintiennent à l'expiration de la durée de réquisition, en l'absence d'obligation pour le propriétaire du logement de tolérer une telle atteinte à ses droits (*Duldungspflicht*), la *situation* et non *l'acte* devient illicite. C'est en raison de cette situation illicite que la remise en l'état pourra être mise en œuvre pour procéder à l'expulsion des occupants et rendre son bien au propriétaire (A. Jacquemet-Gauché, *op. cit.*, n°567 et s.).

Il existe toutefois des limites à la remise en l'état : la jurisprudence administrative transpose au contentieux de la remise en l'état le principe selon lequel, lorsque les mesures qui permettraient une réparation en nature s'avèrent disproportionnées, par exemple, en raison de leur coût excessif pour l'administration, il convient de leur substituer une indemnité (S. Mazur, *Restitution der Folgen nicht gerechtfertigte Eingriffe in Grundrechte – der Folgenbeseitigungsanspruch*, *Zeitschrift fuer das juristische Studium*, www.zjs-online.com). Il y a alors transformation de la réparation en nature (*Folgenbeseitigungsanspruch*) en réparation sous forme d'indemnité (*Folgenschaedigungsanspruch*). Notons qu'il s'agit d'un cas dans lequel le juge administratif pourra prononcer une indemnisation en argent. A ainsi été jugé excessif un coût de 800 Deutsche Mark (soit 400 €) pour réparer l'empiètement d'une route sur une propriété privée de 0,9 m² (VGH Muenchen 27 octobre 1998 8 B 97.1604, note Erbguth « vom Folgenbeseitigungsanspruch zum Folgenschaedigungsanspruch ? » VGH München NVwZ 1999 p. 1237).

Ce refus de la réparation en nature dans le cas où celle-ci apparaîtrait disproportionnée constitue une limite de l'action en remise en l'état. D'autres limites de cette action résultent de ce que le juge se refuse à ordonner des mesures réparatrices qui seraient illégales.

La jurisprudence de la **Cour de justice de l'Union européenne** produit une impression contrastée. La réparation pécuniaire a longtemps constitué la forme quasi-exclusive de réparation du préjudice en droit de l'Union. Historiquement le traité CECA ne prévoyait qu'une réparation pécuniaire.

Au regard de la réparation en nature, le droit de l'Union a connu une évolution d'une portée ambiguë. Le juge semble, en effet, partagé entre deux approches opposées.

D'un côté, la protection des droits de la victime peut exiger une réparation en nature. D'un autre côté, le respect de l'équilibre institutionnel et le refus du juge d'empiéter sur les prérogatives de

l'administration s'oppose à une telle réparation. Celle-ci s'apparente, en effet, pour le juge comme contraire une injonction adressée à l'institution en cause. Reflétant ce tiraillement, deux lignes de jurisprudences distinctes sont perceptibles :

=> Certaines décisions manifestent un refus assumé : « *un requérant ne saurait demander, dans le cadre d'un recours en indemnité, la condamnation de l'institution défenderesse à prendre des mesures déterminées en vue de réparer le préjudice allégué* » (par exemple, TPI, 14 janvier 2004, *Makedoniko Metro et Michaniki c/ Commission*, T-202/02, Rec. p. II-181 ; TPI, 17 décembre 2008, *Portela c/ Commission*, aff. T-137/07). Il s'agit ainsi d'une jurisprudence ancienne appliquée dans le domaine de la fonction publique et dans celui des marchés publics passés par l'Union. Sur le premier point, le juge européen se refuse, par exemple, à prononcer la promotion d'un agent auquel aurait été opposé, selon le requérant, un refus illégal (TPI, 27 juin 1991, *Valverde Mordt c/ Cour de justice*, aff. T-156/89, Rec. p. II-407). Sur le second point, un requérant ne peut demander, dans le cadre d'un recours en responsabilité, l'attribution d'un marché duquel il aurait été irrégulièrement évincé (Trib. UE ordo, 26 février 2013, *Castiglioni c/ Commission*, aff. T-591/10).

Cette jurisprudence se justifie pour deux raisons principales. La première est d'ordre matériel. Elle s'explique par le refus du juge de se substituer à l'institution en cause en lui adressant des injonctions. La seconde est d'ordre procédural ; elle touche au problème de l'articulation et de l'autonomie des voies de droit ouvertes devant le juge de l'Union. Le recours en responsabilité ne peut s'apparenter à un recours en annulation qui constitue une voie de recours distincte. L'annulation d'un acte ou l'injonction de le modifier ne peuvent, à ce titre, constituer une forme de réparation du préjudice. Le requérant qui n'aurait pas exercé de recours en annulation dans les délais ne peut engager de recours tendant à rechercher la responsabilité de l'Union pour parvenir à un résultat similaire.

=> Toutefois certaines réparations en nature ont été admises dans le domaine du *droit d'auteur*. Sur le fondement et dans les limites des principes généraux communs aux droits des Etats membres en matière de responsabilité extracontractuelle, le juge de l'Union peut accepter une réparation en nature, par exemple sous la forme d'une injonction de faire ou de ne pas faire ; une telle exception à la jurisprudence traditionnelle a été consacrée dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle (TPI, 10 mai 2006, *Galileo International Technology e.a. c/ Commission*, aff. T-279/03, Rec. p. II-1291 ; Trib.UE, ordo., 27 novembre 2013, *Oikonomopoulos c/ Commission*, aff. T-483/13 R).

Par exemple dans l'hypothèse d'un préjudice né de l'atteinte portée au droit exclusif d'utiliser une marque, le juge admet la recevabilité des conclusions visant à interdire à la Commission de faire usage du terme « Galileo » en rapport avec le projet de système de radionavigation par satellite.

Ainsi, pour les juges de Luxembourg, « *le titulaire d'un droit d'auteur voit son droit rétabli dans un état intact, un tel rétablissement exigeant au minimum, indépendamment d'éventuels dommages-intérêts chiffrés, la cessation immédiate de l'atteinte portée à son droit* » (Trib., 16 décembre 2010, *Systran et Systran Luxembourg c/ Commission*, aff. T-19/07, Rec. p. II-6083). En l'espèce, le Tribunal a cependant considéré que l'indemnisation pécuniaire suffisait à la réparation du préjudice et a donc exclu une réparation en nature. On peut y déceler l'expression d'une réticence à adresser des injonctions aux institutions.

3.13 Le juge est-il lié par les conclusions des parties, ou peut-il allouer davantage que ce qui lui est demandé ?

La règle de la prohibition de *l'ultra petita* est à peu près partout observée.

En **Allemagne**, le juge est lié par les conclusions des parties : en raison de l'interdiction de *l'ultra petita* posée par l'article 308 du code de procédure civile, le juge ne peut accorder à une partie ce qu'elle n'a pas demandé. Mais il y a plus : le pouvoir d'appréciation du juge, tant sur le montant du préjudice que sur son existence même, ne s'exerce que dans la mesure où ces derniers sont en litige et donc dans la mesure où ils sont contestés par la partie défenderesse : c'est ce qui résulte des articles 306 et 307 du même code, qui prévoient que celle-ci peut reconnaître, partiellement ou totalement, le bien-fondé de la demande présentée à son encontre, auquel cas elle doit être condamnée dans la mesure de ce qu'elle a reconnu. Autrement dit, le droit allemand ne connaît pas de règle équivalente à la jurisprudence *Mergui* en France (CE Sect. 19 mars 1971).

Au **Québec**, un juge ne peut en principe pas statuer *ultra petita*. En pratique, comme l'amendement est permis à toute étape de la procédure, il n'est pas impossible pour un juge de faire comprendre à une partie qu'elle aurait intérêt à amender sa requête pour réclamer des dommages additionnels. Cela se produit parfois et c'est toléré par les tribunaux d'appel.

S'agissant de la **Cour de justice de l'Union européenne**, le juge ne statue normalement pas *ultra petita*. En principe, le juge ne peut donc pas accorder une indemnisation supérieure à celle demandée par le requérant. Cependant, dans le cadre des contentieux de fonction publique, le juge peut décider, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, de majorer le montant de l'indemnité à accorder au requérant, au motif que, lors de l'examen du recours, l'existence d'une illégalité non invoquée par lui a été constatée (Trib. UE, 12 mai 2012, *Philippe Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P). Cette liberté est encadrée d'un point de vue procédural. L'institution défenderesse doit ainsi être en mesure de faire valoir son point de vue sur l'éventualité de cette majoration, sous peine pour la juridiction de commettre une erreur de droit.

Devant la **Cour européenne des droits de l'homme**, l'octroi d'une satisfaction équitable n'est pas d'ordre public, de telle sorte que le requérant doit exprimer une demande expresse en ce sens. Elle ne s'estime saisie que des postes de préjudice que le demandeur a exprimé. En pratique, l'écart entre les sommes réclamées et les sommes allouées est souvent important voire considérable.

3.14 La juridiction peut-elle allouer des dommages-intérêts « punitifs » ou « exemplaires » ? Si oui, à quelles conditions ?

En **droit anglais**, il est possible pour le juge d'octroyer des dommages-intérêts connus en droit anglais sous le nom de « *exemplary damages* » qui sont accordés afin de punir l'auteur du dommage et à des fins dissuasives. Néanmoins, le juge anglais limite le prononcé de dommages et intérêts punitifs à certains types de situations, dont les conduites « *oppressives, arbitraires et inconstitutionnelles* » commises par des agents du gouvernement.

Au **Québec**, le juge peut allouer des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires lorsque la loi le prévoit (article 1621 C.c.Q) et en tenant compte notamment de la gravité de la faute du débiteur, de la situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier et en fonction du fait que l'indemnisation est partiellement ou totalement assumée par un tiers.

Cette pratique est en revanche exclue dans un grand nombre d'autres pays ou systèmes étudiés. Aux **États-Unis**, elle est exclue en matière de responsabilité de l'administration d'accorder des dommages et intérêts punitifs⁶⁷.

De même, aux **Pays-Bas**, le code civil néerlandais ne prévoit pas la possibilité d'allouer des dommages-intérêts dits punitifs.

Le droit applicable en **Allemagne** ne reconnaît pas davantage une telle possibilité d'allouer des dommages et intérêts de cette nature, qui ont été jugés contraires à l'ordre public national dans un arrêt de la Cour suprême fédérale du 4 juin 1992 (C. Witz, *op. cit.*, *Le droit allemand*, p.159-160). Toutefois, il est admis que la réparation doit remplir notamment une telle fonction de sanction et, par là même, de prévention de la survenance de dommages. Il semble donc que celle-ci puisse influencer sur l'évaluation du préjudice, du moins s'agissant de certains types de dommages (F. Jacoby et M. von Hinden, p. 96).

Il en est ainsi en matière de préjudice moral résultant d'une atteinte grave au « droit général de la personnalité » que la jurisprudence a déduit de la Loi fondamentale dans un célèbre arrêt de 1958 (*Herrenreiterfall*, BGHZ 26, 349), relatif à une publicité pour un produit censé lutter contre l'impuissance reproduisant la photographie d'un cavalier. Le droit général de la personnalité comprend notamment le droit à la vie privée ou encore le droit à l'image. En effet, dans un arrêt du 15 novembre 1994 *Caroline de Monaco*, la Cour suprême fédérale assigne expressément aux dommages et intérêts, au titre du préjudice non pécuniaire pour infraction volontaire aux droits de la personnalité par les médias, une fonction de dissuasion, ouvrant la voie à des indemnités plus élevées : « Selon les hauts magistrats, à partir du moment où la violation des droits de la personnalité est volontaire et a pour but et pour effet une augmentation des gains du média en cause, cette augmentation doit être considérée comme l'un des paramètres de la fixation du montant de l'indemnité. Celle-ci n'est plus seulement une indemnisation pour préjudice moral (*Schmerzensgeld*) mais un moyen de droit (*Rechtsbehelf*) susceptible d'assurer une fonction préventive. Pour assurer une telle fonction, la sanction encourue pour violation des droits de la personnalité doit donc être adaptée aux profits escomptés. » (C. Witz, *Chronique de droit civil allemand*, RTD Civ., 1997 p. 264).

3.15 Quels éléments le juge prend-il en considération pour atténuer l'indemnisation mise à la charge de l'administration (fait du tiers, faute de la victime) ?

⁶⁷ P. Pradal, « La responsabilité extracontractuelle de l'administration fédérale aux États-Unis, le fédéral tort claims act et le pouvoir discrétionnaire », *RFAP*, La responsabilité administrative : comparaison internationale, 2013, n° 147, p. 715 ; J.-S. Borgetthi, « “Les punitive damages”. À propos de l'ouvrage Punitive Damages. The civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe », *RIDC*, 2015, n° 3, p. 853.

La plupart des systèmes étudiés évaluent le préjudice indemnisable en tenant compte de certains éléments venant atténuer le montant de la réparation.

En **droit anglais**, le fait du tiers ainsi que la faute de la victime peuvent atténuer l'indemnisation mise à la charge de l'administration.

Au **Québec**, il est tenu compte de la faute de la victime (article 1478 C.c.Q). Lorsque le préjudice est causé par plusieurs personnes et qu'une disposition expresse d'une loi particulière exonère l'une d'elles de toute responsabilité, la part de responsabilité qui lui aurait été attribuée est assumée de façon égale par les autres responsables du préjudice (article 1481 C.c.Q).

Il en va de même en **Grèce**. Dans le cas de la responsabilité extracontractuelle de l'administration s'applique également l'article 300 du Code Civil sur la faute dite « *concurrente* ». Conformément à cette disposition, le juge administratif peut ne pas allouer de réparation, ou en diminuer le montant, si la personne lésée a contribué par sa propre faute au dommage ou à son extension, de même que si elle a négligé ou évité de limiter ce dommage.

Par ailleurs, les règles concernant le préjudice causé par plusieurs personnes (article 926 du code civil) s'appliquent par analogie dans le cas d'une responsabilité née d'un acte commun, imputée à plusieurs personnes morales de droit public ou à une personne morale publique et à une personne privée, physique ou morale.

Aux **Etats-Unis**, les causes exonératoires de la responsabilité civile jouent pleinement en droit de la responsabilité : la force majeure, le fait du tiers permettent en toute logique d'atténuer l'indemnisation octroyée par l'administration. Il en va de même également de la faute de la victime⁶⁸. Elle joue de trois manières différentes⁶⁹. Elle joue d'abord dans la *contributory negligence* qui renvoie aux situations dans lesquelles la victime a commis une faute avant ou au moment où elle commence à subir le préjudice. Lorsque la victime a commis une faute qui aggrave le préjudice initialement causé, elle sera jugée avec plus de sévérité⁷⁰. De même, la victime qui ne prend pas des mesures pour réduire son dommage ne bénéficiera pas d'une réparation intégrale⁷¹.

Tel est aussi le cas en **Allemagne**, où l'indemnité doit être modulée en cas de méconnaissance, par la victime, de l'obligation qui lui incombe de minimiser son propre dommage, à raison de la proportion du dommage qu'elle aurait pu éviter.

Doivent, par ailleurs, être déduits du montant auquel le préjudice est évalué les avantages que la victime tire de la survenance du dommage, mais selon une méthode qui ne correspond pas à la stricte application de la *Differenzhypothese* : un lien étroit est en effet exigé entre la survenance du dommage et ces avantages, qui doivent pouvoir être rapprochés de tel poste de préjudice (*Schadenspositionen*) (BGHZ 136, 52).

Ainsi, les avantages qui résultent du respect, par la victime, de l'obligation de minimiser son propre dommage qui lui incombe, sont déduits. En revanche, ceux qui résulteraient d'efforts fournis par la victime qui vont au-delà de ce qui résulte de cette obligation ne font l'objet d'aucune déduction, les bénéfices en restant acquis à la victime. Les prestations que perçoit la victime de la part de tiers, en raison du dommage qu'elle subit, qu'il s'agisse de dons ou de

⁶⁸ Fleming, *The law of torts* (1961).

⁶⁹ P. Grégoire, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, op. cit., p. 103.

⁷⁰ Glanville Williams, *Joint torts and contributory negligence*, 1951, chap.2.

⁷¹ *Marcroft v. Scruttons* (1954) 1 *Llyods Rep.* 395 (CA).

prestations d'assurance, lui restent également acquises. En revanche, d'autres avantages, tels que des économies d'impôts, de dépenses ou encore celui consistant dans le remplacement d'un bien vétuste par un bien neuf (abattement de vétusté), doivent être déduits. Enfin, la prédisposition de la victime, du fait d'un état de santé rendant plus importantes les conséquences d'un fait générateur, n'est en principe pas prise en compte pour diminuer l'indemnisation (F. Jacoby et M. v. Hinden, *op. cit.*, p. 100).

Devant la **Cour de justice de l'Union européenne**, trois techniques principales sont utilisées par le juge pour limiter l'étendue du préjudice indemnisable.

La jurisprudence européenne pose le principe de la prise en compte du comportement de la victime dans le cadre de l'engagement de la responsabilité de l'Union. Celle-ci se montre cependant ambiguë. La portée concrète de la jurisprudence européenne est claire : le comportement de la victime et les diligences qu'elle accomplit peuvent limiter le montant de l'indemnisation qu'elle reçoit. Pour la Cour de justice, il existe en effet un principe général commun aux systèmes juridiques des États membres en vertu duquel la personne lésée, « *au risque de devoir supporter elle-même le dommage, doit faire preuve d'une diligence raisonnable pour limiter la portée du préjudice* » (CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA et Factortame Ltd*, aff. C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-01029 ; CJCE, aff. C-284/98 P, pt. 57).

Ainsi, la Cour de justice tient traditionnellement compte des revenus provenant d'éventuelles activités de remplacement à celles interdites par la réglementation européenne illégale. Ceux-ci viennent en déduction de la perte de revenu subie par la victime du fait de l'impossibilité, pour elle, d'exercer son activité. Or, pour la Cour, « *ces revenus doivent être compris comme englobant non seulement ceux que les requérants ont effectivement tirés d'activités de remplacement, mais encore ceux qu'ils auraient pu réaliser s'ils s'étaient raisonnablement engagés dans de telles activités* » (CJCE, 9 mai 1992, *Mulder e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061, pt. 33). Pour la Cour, les éventuelles pertes d'exploitation encourues par les requérants dans l'exercice de l'activité de remplacement en raison de son manque de diligence ne sauraient être imputées à l'Union.

Le raisonnement du juge européen est conceptuellement ambigu : il ne distingue pas véritablement le stade auquel est pris en compte ce comportement : celui, en amont, de l'engagement de la responsabilité de l'Union ou celui, en aval, de l'évaluation du préjudice. Il semble cependant que le juge prenne en compte le lien de causalité rompu entre le dommage et le comportement illégal de l'Union. A la lumière de la jurisprudence, il semble ainsi que le comportement de la victime joue au stade de l'appréciation du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage subi. Les éventuels manquements de la victime à son obligation de diligence rompent le lien de causalité. Mais, d'un point de vue formel, ces éléments sont parfois analysés sous l'angle de l'évaluation du préjudice.

S'agissant des risques économiques, la Cour considère traditionnellement que, dans le domaine économique, les particuliers doivent supporter, dans des limites raisonnables, certains effets préjudiciables à ses intérêts économiques, causés par un acte illégal de l'Union (CJCE, 25 mai 1978, *HNL c/ Conseil et Commission*, aff. 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec. 1978 p. 1209, pt. 6). Il s'agit pour la Cour de protéger le pouvoir d'appréciation de l'Union dans la conduite de ses politiques économiques. De ce point de vue, il appartient au juge de déterminer les dommages qui dépassent les risques économiques inhérents aux activités concernées. Par exemple, le Tribunal a récemment considéré que le préjudice subi par les détenteurs privés de titres de

créance grecs dans le cadre de la restructuration de la dette publique de la Grèce n'est pas imputable à la BCE. Ces investisseurs étaient en effet exposés à des risques économiques normalement inhérents aux activités du secteur financier (Trib. UE, 7 octobre 2015, *Accorinti e.a. c/ BCE*, aff. T-79/13).

Enfin la CJUE prend en compte la répercussion du préjudice. A cette fin elle vérifie, dans le cadre de l'appréciation de l'étendue du préjudice, que la victime n'a pas pu répercuter sur d'autres opérateurs économiques ou sur les consommateurs, une partie de son préjudice découlant de la réglementation européenne illégale. Le juge peut, par exemple, tenir compte du fait que la victime a pu, le cas échéant, modifier ses prix de vente (CJCE, 4 octobre 1979, *DGV c/ Conseil et Commission*, aff. 241, 242, 245 à 250/78, Rec. p. 3017). La réparation peut ainsi être réduite (CJCE, 27 mars 1990, *Grifoni*, aff. C-308/87, Rec. p. I-1203) ou même supprimée (CJCE, 4 octobre 1979, *Dumortier c/ Conseil*, aff. 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, Rec. p. 3091) en présence d'une telle répercussion.

Dans le système de la **convention européenne des droits de l'homme** et dans le cas où le montant du dommage s'explique par une faute du requérant lui-même, la Cour soulève fréquemment des motifs d'équité en octroyant une somme inférieure à la valeur du dommage réellement subi par la victime.

3.16 Le juge tient-il compte du fait que la victime a ou n'a pas accompli des diligences pour éviter ou limiter son dommage ?

En **droit anglais**, il existe un devoir de limitation du dommage : le « *duty of mitigation* » Suivant ce principe, la victime ne peut pas être indemnisée pour un préjudice qu'elle aurait pu éviter en prenant des précautions raisonnables.

Aux **Etats-Unis**, la faute de la victime joue de trois manières différentes⁷² : D'abord dans la *contributory negligence* qui concerne les situations dans lesquelles la victime a commis une faute avant ou au moment où elle commence à subir le préjudice. Lorsque la victime a commis une faute qui aggrave le préjudice initialement causé, elle sera jugée avec plus de sévérité⁷³. De même, la victime qui ne prend pas des mesures pour réduire son dommage ne bénéficiera pas d'une réparation intégrale⁷⁴.

Le système du **Québec** obéit à une logique similaire. Selon les principes de droit commun codifié en droit civil québécois, la victime a une obligation de minimiser ses dommages, autrement dit, de prendre les mesures raisonnables pour éviter toute aggravation du préjudice (article 1479 C.c.Q).

⁷² P. Grégoire, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, op. cit., p. 103.

⁷³ Glanville Williams, *Joint torts and contributory negligence*, 1951, chap.2.

⁷⁴ *Marcroft v. Scruttons* (1954) 1 Llyods Rep. 395 (CA).

Il en va de même aux **Pays-Bas**, dont le droit comporte une « obligation de limiter le dommage ». Cette obligation, en droit néerlandais, est un élément pris en compte dans l'appréciation de la « faute personnelle » de la personne lésée (art. 6:101 du code civil néerlandais).

En **Suède** divers facteurs peuvent atténuer l'indemnisation mise à la charge de la personne publique. La loi de 1972 fait une place importante aux règles d'atténuation de la responsabilité, qui peuvent permettre de diminuer, voire de refuser, toute indemnisation. La portée de la responsabilité civile peut ainsi être atténuée en cas de négligence de la victime (chapitre 6, article 1). Ainsi pour la mise en cause de la responsabilité administrative du fait d'une décision juridictionnelle, la négligence peut certes être établie même lorsque la décision juridictionnelle en cause n'a pas été annulée. Toutefois, le fait de n'avoir pas fait appel de cette décision pourra être regardé comme une négligence du demandeur, atténuant la responsabilité administrative, et pouvant donc conduire à diminuer, voire à refuser l'indemnisation.

La même loi prévoit également que le montant de l'indemnisation puisse être ajusté lorsque son versement fait peser un fardeau économique déraisonnable sur la personne responsable (chapitre 6, article 2).

Enfin d'autres voies d'indemnisation existent (système d'assurance sociale, assurance privée, régimes de « responsabilité sans faute » fixés par la loi dans certains domaines à risques), dont le juge doit tenir compte dans l'évaluation du préjudice, en opérant les déductions correspondantes.

3.17 La méconnaissance du droit de l'Union européenne fait-elle l'objet d'une évaluation spécifique au regard de l'indemnisation du préjudice ?

A l'exception du système anglais, qui applique en ce cas les règles de droit commun de l'indemnisation, la majorité des Etats membres de l'Union européenne ménagent un régime à part aux actions engagées à raison de la méconnaissance du droit de l'UE par les autorités nationales.

Ainsi en **Allemagne**, la méconnaissance du droit de l'Union européenne fait l'objet d'un traitement spécifique au regard de l'indemnisation du préjudice : les conditions sont moins strictes qu'en droit commun allemand s'agissant, en particulier, de l'exigence tenant à l'application de la théorie de la relativité aquilienne. C'est ce qui résulte d'une jurisprudence constructive rendue nécessaire pour mettre en conformité le droit allemand avec les exigences du droit européen, en particulier, avec la jurisprudence de la Cour de Luxembourg relative aux conditions de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit de l'Union européenne (Cour de justice des communautés européennes, 5 mars 1996 Brasserie du Pêcheur, C-46/93 ; A. Jacquemet-Gauché, p. 254 et s. ; R. Arnold, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand, AJDA 1996, n° spé. p. 113). V. supra 3.1.).

En **Italie**, la jurisprudence reconnaît aux administrés le droit à l'indemnisation d'un préjudice résultant de la violation du droit de l'Union européenne (voir par exemple en ce sens *Corte di cassazione, n. 7630 del 2003* sur l'indemnisation d'un préjudice résultant du retard dans la transposition d'une directive en droit interne). Toutefois les arrêts rendus ne font pas référence à un quelconque traitement spécifique au regard de l'indemnisation du préjudice.

Le Conseil d'Etat de **Grèce** reconnaît que la responsabilité de l'Etat hellénique peut être engagée du fait de méconnaissance des engagements internationaux de la Grèce. Il a notamment admis la responsabilité de l'Etat pour non transposition d'une directive, conformément à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne *Franovich* (19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90).

Aux **Pays-Bas**, la jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité (*Franovich*) n'a, jusqu'à présent, pas eu d'influence significative. La raison principale en est que, aux Pays-Bas, le pouvoir exécutif et le législateur supportent le risque de toute violation du droit (y compris le droit de l'Union européenne) et, par conséquent, l'exigence d'une « violation suffisamment caractérisée » n'est pas requise.

Un domaine dans lequel l'influence du droit de l'Union européenne pourra en revanche, dans le futur, se faire ressentir est celui de la responsabilité découlant d'une jurisprudence violant des normes de droit. En effet, d'après l'affaire *Köbler*, l'État est responsable en vertu du droit de l'Union européenne du préjudice résultant d'une « violation manifeste » du droit de l'Union européenne par un juge national suprême. Cette responsabilité va plus loin que celle de la responsabilité s'appliquant aux Pays-Bas en matière de jurisprudence illégale qui, depuis 1971, est limitée 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 ».

*

**

Quelles conclusions – au moins provisoires – peut-on tirer au terme de ce parcours ?

Cinq tendances paraissent pouvoir être identifiées.

1. Il existe une diversité d'approche qui demeure nette entre les pays et systèmes dans lesquels la réparation du dommage causé par une personne publique :

- doit être évalué comme est évaluée la réparation due au titre de toute faute civile, ce qui suppose qu'une faute soit imputable à la personne publique en cause ;
- ou peut être évaluée selon des règles propres et parfois sans même qu'une faute ait été commise, notamment lorsqu'un risque social (par exemple lié aux vaccinations obligatoires) s'est réalisé.

2. Il subsiste une réelle disparité dans la manière dont le préjudice moral est admis et évalué.

3. On discerne un relatif assouplissement dans les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité des personnes publiques dans les pays et systèmes qui étaient culturellement réticents voire rétifs à en admettre la possibilité, notamment dans les pays de Common law.

4. Dans la plupart des pays où prévaut le dualisme des juridictions, la dévolution des compétences entre le juge administratif et le juge civil quant à l'évaluation du dommage réparable paraît relativement complexe. Au regard de cette complexité et à rebours des idées reçues, la répartition des compétences existant en France à cet égard paraît relativement simple.

5. Enfin, si l'octroi d'une indemnité demeure largement prépondérante, on observe, notamment dans le système allemand, une tendance à favoriser la réparation en nature ou sous des formes alternatives. De ce point de vue, il paraît légitime de s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure ces formes alternatives de réparation ne sont pas appelées à se développer dans les années à venir, si la réparation sous forme pécuniaire ne devait plus être regardée comme offrant une réponse adaptée aux attentes légitimes des victimes d'agissements fautifs des personnes publiques.

L'évaluation du préjudice en droit allemand de la responsabilité de la puissance publique

Caroline Grossholz, magistrat administratif

Introduction

Les juridictions administratives allemandes, qui dépourvues de fonction consultative, jouent un rôle exclusivement contentieux (B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public européen*, 2014, Presses de Sciences Po et Dalloz, p. 526), forment, sous l'autorité de la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht, BVermG*), l'un des cinq ordres de juridictions qui coexistent outre-Rhin. La Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof, BGH*), compétente en matière civile et pénale, est à la tête d'un ordre de juridictions dit « ordinaire », de droit commun (*ordentliche Gerichtsbarkeit*). L'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique, en vue de l'indemnisation, c'est-à-dire, de la réparation *en argent* des dommages, relève de la compétence de ces juridictions de droit commun, qui lui appliquent les principes contenus dans le code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Celui-ci comprend, notamment en ses § 249 et suivants, des dispositions régissant l'évaluation du préjudice, formant un véritable « droit du dommage ».

Derrière cette unité de façade, l'évaluation du préjudice causé par la puissance publique correspond à une réalité complexe, car éclatée. La doctrine est d'ailleurs très critique à l'égard de cette branche du droit, qui constituerait un « chaos » plus qu'un « système » et qui serait essentiellement casuistique, seule l'étude de la jurisprudence permettant de la saisir (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6^{ème} édition, 2013, CH. Beck, Munich, p. 2 et 5).

Bien que l'indemnisation du dommage causé par la puissance publique ressorte à la compétence des juges de droit commun, la singularité des fondements de cette responsabilité influe sur l'évaluation du préjudice (1), qui varie fortement en fonction de paramètres divers déterminant le périmètre du dommage réparable (2).

1. BIEN QUE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE CAUSE PAR LA PUISSANCE PUBLIQUE RESSORTE A LA COMPETENCE DES JUGES DE DROIT COMMUN, LA SINGULARITE DE CETTE RESPONSABILITE INFLUE SUR L'EVALUATION DU PREJUDICE.

1.1. Ce sont les juridictions ordinaires qui sont amenées à mettre en œuvre la responsabilité de la puissance publique, mais sur des fondements propres à celle-ci.

1.1.1. La responsabilité pour faute est singulière.

L'article 34 de la constitution (*Grundgesetz*, « Loi fondamentale ») et le § 839 du code civil instaurent le « premier pilier » de la responsabilité de la puissance publique, fondement général de responsabilité pour faute, tout en attribuant aux juridictions ordinaires la compétence pour en

connaître. Il suppose la violation fautive, par un agent public *largo sensu*, d'une obligation lui incombant, dans le cadre de la fonction publique qu'il exerce, à l'égard d'un tiers. La violation doit avoir été commise dans l'exercice des *fonctions*.

La délimitation de cette notion étant délicate, elle soulève des interrogations voisines de celles du droit administratif français sur la distinction entre faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service et faute personnelle sans lien avec ce dernier. C'est, en pratique, l'abondante jurisprudence relative à cette notion qui permet d'en tracer les contours (F. Ossenbühl et M. Cornils, *préc.*, p. 16 et s.).

La responsabilité du fait du service public de la justice s'inscrit dans le cadre de ce premier pilier, tout en présentant des particularités : l'alinéa 2 du § 839 du code civil consacre une irresponsabilité de principe du fonctionnaire – catégorie dont relèvent les magistrats – qui commet une faute à l'occasion d'un jugement, admettant ainsi un « privilège du juge qui dit le droit » (*Spruchrichterprivileg*), ceci en vue de préserver l'indépendance de la justice, mais aussi l'autorité de chose jugée (O. Berg, « La responsabilité des juges et des procureurs en droit allemand », disponible sur le site du Groupe de recherche européen en responsabilité civile et assurance (GRERCA) : <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux/Retoursur.../>).

La responsabilité pour faute de la puissance publique est *médiate* : l'administration ne fait qu'endosser la responsabilité qui incomberait normalement à son agent (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 8 et 12) – d'ailleurs des actions récursoires sont possibles sous certaines conditions.

La responsabilité pour faute de la puissance publique est donc mise en œuvre par les juges ordinaires et néanmoins exorbitante du droit commun, malgré quelques tempéraments. Ainsi, il peut exister des fondements spéciaux de responsabilité, mis en œuvre par le juge civil, qui sont communs aux particuliers et aux personnes publiques : ainsi, s'agissant des dommages causés par des bâtiments qui s'effondrent ou dont des parties se détachent, le § 836 du code civil ouvre un recours contre le « détenteur » de l'immeuble, c'est-à-dire le propriétaire ou l'usufruitier, en raison de la méconnaissance de l'obligation de sécurité (*Verkehrssicherungspflicht*). La méconnaissance de celle-ci, et donc la faute, fait l'objet d'une présomption simple. Ce régime s'applique aux personnes privées comme aux personnes publiques (BGH VersR 1991, 72 ; G. Wagner, *Münchener BGB-Kommentar*, 4ème éd., C. H. Beck, Munich, 2004, § 836, n° 1 et s. ; O. Berg, *Les responsabilités liées à l'immeuble bâti en droit allemand*, disponible sur le site du Groupe de recherche européen en responsabilité civile et assurance (GRERCA) : <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux/Retoursur.../>). La responsabilité de cette dernière est alors *directe* et non médiate.

1.1.2. La responsabilité sans faute est encore plus singulière.

Les juridictions civiles sont à l'origine de fondements de responsabilité sans faute, formant les deuxième et troisième piliers de la responsabilité de la puissance publique, qu'elles ont créés de manière prétorienne, en s'inspirant d'un texte ancien, à savoir, le § 75 de l'introduction au code général des Etats prussiens (F. Ossenbühl et M. Cornils, *préc.*, p. 6). Le second alinéa du § 40 du code de la juridiction administrative confirme leur compétence pour connaître des recours exercés sur ces fondements, qui se voient ainsi consacrés par un texte de droit positif.

Ces fondements sont propres à la responsabilité de la puissance publique et exorbitants du droit commun.

Ils ont en commun de ne pas être subordonnés à la commission d'une faute et de supposer une rupture d'égalité devant les charges publiques (*Prinzip der Lastengleichheit*) au détriment de l'administré, qui fait de ce dernier une « victime à part » (*Sonderopfer*), au nom de l'intérêt général. Le deuxième pilier est la responsabilité au titre du « sacrifice particulier » (*Aufopferungsanspruch*) imposé à un administré de manière *illicite* ou même *licite*. L'engagement de la responsabilité sur ce fondement suppose que l'intérêt de l'administré auquel il est porté atteinte soit *extrapatrimonial* : il peut s'agir d'une atteinte aux droits (*Rechtsgüter*, littéralement, « biens juridiquement protégés ») à la vie, à l'intégrité physique, à la santé ou à la liberté, garantis par l'article 2, alinéa 2 de la constitution. En relèvent, par exemple, les dommages causés à un tiers par une balle perdue à l'occasion d'une opération de police, mais aussi ceux résultant de vaccinations imposées ou conseillées par les autorités publiques, ou encore l'exécution d'une peine infligée à une personne par une décision juridictionnelle ultérieurement annulée.

Le troisième pilier regroupe deux types d'atteintes à tous les intérêts *patrimoniaux* largement entendus – non limités à la propriété immobilière, contrairement à ce que la notion d'expropriation pourrait laisser à penser au juriste français : la responsabilité pour « atteinte expropriante », qui est une atteinte *licite*, d'une part, et la responsabilité pour « quasi-expropriation », qui est une atteinte *illicite*, d'autre part.

Il faut y ajouter des fondements spéciaux de responsabilité, dont le champ d'application est plus réduit.

En premier lieu, il faut mentionner un fondement d'origine législative : la loi du 24 novembre 2011 a instauré une responsabilité pour « délais excessifs des procédures juridictionnelles et des instructions pénales » (*Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – GVG*) (O. Berg, « La responsabilité des juges et des procureurs en droit allemand », *préc.*). L'ordre juridictionnel compétent pour la mettre en œuvre est celui devant lequel s'est déroulée la procédure juridictionnelle en cause. Il peut donc s'agir du juge administratif, comme l'illustre un arrêt de la Cour administrative fédérale du 11 juillet 2013 (BVerwG 5 C 27.12.D) : celui-ci est ainsi compétent, une fois n'est pas coutume (voir *infra* 1.2.2.), pour assurer la réparation *en argent* de dommages causés par la puissance publique.

En second lieu, il faut citer un fondement d'origine prétorienne : par un arrêt du 24 octobre 1996, la Cour fédérale de justice a créé de toutes pièces, en sa qualité de « juge de droit commun du droit communautaire », à l'occasion de la célèbre affaire dite de la Brasserie du Pêcheur (BGHZ 134, 30), une responsabilité de l'Etat pour violation du droit européen (*gemeinschaftsrechtlicher Haftungsanspruch*). Les conditions qu'elle a posées à la mise en œuvre de cette responsabilité sont, conformément à celles définies par la Cour de Luxembourg, la violation suffisamment caractérisée, l'atteinte à des droits protégés et un lien de causalité (A. Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, Paris, 2013, LGDJ, p. 254 et s.).

Ces exceptions restent somme toute limitées, le législateur allemand ne dérogeant qu'assez rarement au cadre classique de la responsabilité. Ainsi, le recours aux fonds d'indemnisation en vue d'une « socialisation des risques » notamment reste exceptionnel (J. Knetsch *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, analyse en droit français et allemand*, Paris, 2013, LGDJ) : il est cantonné, pour l'essentiel, à l'indemnisation des accidentés de la route lorsque l'auteur du dommage n'est pas assuré ou en fuite, des victimes du thalidomide - médicament ayant causé de graves malformations congénitales -, ou encore à celle des clients d'une banque en cas

d'insolvabilité de celle-ci. La création d'un fonds d'indemnisation des dommages causés à l'environnement fut un temps envisagée, à la suite d'un arrêt du 10 décembre 1987 de la Cour fédérale de justice (BGHZ 102, 350 (362) *Waldschaeden*), avant d'être abandonnée : dans un rapport du 21 février 2002, le gouvernement allemand a estimé que la création de fonds d'indemnisation, qui s'est répandue dans de nombreux Etats, ne correspond pas à l'approche allemande (BT-Drs 14/8301, *in* A. Jacquemet-Gauché, *préc.*, n°1216 et s.).

Ces fondements de responsabilité de la puissance publique ayant pour point commun de ne pas supposer de faute, il faut s'arrêter un instant pour préciser cette notion. En application du §276 du code civil, le droit allemand retient de la faute une conception restrictive, car *subjective* : elle ne se résume pas à l'illicéité, mais suppose, en outre, l'imputabilité (*Zurechenbarkeit*), c'est-à-dire, un élément moral, à savoir, soit l'intention délictueuse, soit la négligence. Il en va notamment ainsi dans le cadre du premier pilier (L. M. Buechner, H. J. Reinert, C.F. Mueller, *Einfuehrung in das System der Staatshaftung*, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, p. 35). Les régimes de responsabilité sans faute couvrent des hypothèses dans lesquelles l'administration a agi de manière *licite*, comme dans le deuxième pilier et dans le premier volet, dit de l'atteinte expropriante, du troisième pilier. Les régimes de responsabilité sans faute couvrent encore des hypothèses dans lesquelles l'administration a agi de manière *illicite mais pas nécessairement fautive*, comme dans le second volet, dit de la quasi-expropriation, du troisième pilier. Par construction, la responsabilité pour violation du droit communautaire peut également être engagée en raison d'une *illicéité non fautive*. C'est également à cette catégorie qu'il convient de rattacher la responsabilité pour délai *excessif* de jugement sur le fondement de la loi du 24 novembre 2011 (voir *supra*).

1.2. Si le juge civil statue dans le cadre d'un office régi par les règles de droit commun, il se borne à assurer une indemnisation, c'est-à-dire, une réparation en argent, à l'exclusion de toute réparation en nature, celle-ci relevant de la compétence du juge administratif.

1.2.1. Certes, le juge civil statue dans le cadre d'un office régi principalement par les règles de droit commun.

L'office du juge civil est, en l'absence de dispositions dérogatoires propres au contentieux de la responsabilité de la puissance publique, régi par les dispositions du code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO).

La recevabilité du recours n'est pas conditionnée par la soumission à l'administration d'une demande d'indemnisation préalablement à la saisine du juge : c'est cette dernière qui lie le contentieux (E. Prévédourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, Paris, 1994, LGDJ) – toutefois, l'omission à exercer les voies de droit qui seraient de nature à supprimer ou réduire le dommage peut caractériser une méconnaissance, par la victime, de l'obligation de minimiser son dommage, sanctionnée par la perte, totale ou partielle, de son droit à indemnité, voir *infra* 2.2.2.

L'office du juge civil est, en application des règles procédurales de droit commun, fortement restreint par la volonté des parties.

Il en est ainsi, en premier lieu, des volontés *unilatérales* de ces dernières. En raison de l'interdiction de l'*ultra petita* posée par le §308 du code de procédure civile, le juge ne peut accorder à une partie

ce qu'elle n'a pas demandé. De plus, le pouvoir d'appréciation du juge, tant du montant du préjudice que de son existence même, ne s'exerce que *dans la mesure où ces derniers sont en litige*, ainsi qu'il résulte des §306 et 307 du même code, qui prévoient que la partie défenderesse peut reconnaître, partiellement ou totalement, le bien-fondé de la demande présentée à son encontre, auquel cas elle doit être condamnée à raison de ce qu'elle a reconnu. Autrement dit, il n'existe pas, en droit allemand, d'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne soit pas, la jurisprudence française *Mergui* n'y trouvant pas d'équivalent (CE Sect. 19 mars 1971, *Mergui*, Lebon 235).

L'office du juge civil se trouve, en second lieu, restreint par *l'accord* de volontés des parties. En l'absence d'équivalent à la jurisprudence *Mergui*, rien ne s'oppose à ce que les parties s'accordent sur l'évaluation du préjudice. Un tel accord est d'ailleurs facilité par la médiation, que le juge peut proposer aux parties, qui acceptent, ou non, de s'y soumettre, en application du § 278 a) du code civil. Le recours à la transaction est également rendu plus aisé par la place accordée par la jurisprudence allemande aux compilations ou recueils de jurisprudence pour l'évaluation du préjudice moral résultant d'un dommage corporel (voir *infra*) : l'un des arguments souvent avancés en faveur de ces derniers tient d'ailleurs à ce qu'ils ont le mérite de faciliter les solutions transactionnelles des litiges de responsabilité, en fournissant aux parties une information fiable sur les sommes que la victime obtiendrait devant le juge (W. Gelhaar, « Die Bemessung des Schmerzensgeldes », *BB* 1966, p. 1317).

Le juge civil est soumis au contrôle du juge d'appel et du juge de cassation.

L'appel est recevable si le grief subi est supérieur à 600 euros ou si la juridiction de première instance a préalablement autorisé l'appel dans son jugement, au regard de l'intérêt juridique que présente l'affaire. Soulignons que la juridiction d'appel est en principe liée par les constatations de fait opérées en première instance, or elles peuvent avoir une incidence sur l'évaluation du préjudice en appel. Il en va, toutefois, différemment en cas de doute sérieux sur l'établissement exact et complet de ces faits ou si de nouveaux faits sont apparus (C. Witz, *Le droit allemand*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 40-41).

Il existe un recours dit en révision devant la Cour fédérale de justice, qui ne peut être fondé que sur la violation du droit, selon le premier alinéa du §545 du code de procédure civile. Les conditions d'admission des pourvois ont été élargies par la réforme de 2002, résultant de la loi du 27 juillet 2001, en vue de permettre une meilleure unification de la jurisprudence par la Cour. En sont désormais susceptibles toutes les décisions rendues en appel, quelle que soit la juridiction dont elles émanent. La condition qui tenait à ce que, en matière patrimoniale, la partie lésée se prévale d'un grief subi excédant 60 000 DM (environ 30 000 euros), a été supprimée par la réforme, mais des dispositions transitoires ont été applicables à cet égard jusqu'au 31 décembre 2014. Pour que le pourvoi soit recevable, il faut toutefois qu'au préalable, la juridiction d'appel en ait prononcé l'admission préalable, ce qu'elle est tenue de faire s'il existe un intérêt juridique en ce sens. Le refus d'admission du pourvoi peut être contesté devant la Cour fédérale de justice (*Nichtzulassungsbeschwerde*). Il est, de plus, possible, par exception, de court-circuiter la juridiction d'appel en formant directement un pourvoi (*Sprungrevision*, littéralement, « révision-saut ») à l'encontre d'une décision rendue en première instance, par exception, en application du § 566 du code de procédure civile, lorsque le grief est supérieur à 600 euros, à condition que toutes les parties au litige en soient d'accord et que la Cour fédérale de justice autorise ce recours (C. Witz, *préc.*, p. 41-42).

Le §287 du code de procédure civile dispose que pour apprécier l'existence et l'étendue du préjudice, le juge statue selon son « intime conviction », au regard de l'ensemble des

circonstances, et que, pour ce faire, il dispose des pouvoirs d'instruction les plus larges, notamment de celui d'ordonner d'office une expertise - s'agissant des frais d'expertise, le code de procédure civile ne les mentionne pas expressément, mais ils semblent relever des frais de procès dont traite ce code en son titre 5 ; le principe est que ces derniers sont supportés par la partie perdante.

Il découle des mêmes dispositions que les juges du fond sont en principe souverains dans l'évaluation du dommage, la Cour fédérale de justice n'exerçant qu'un contrôle restreint. Ils doivent cependant évaluer les dommages patrimoniaux (ou matériels) selon un critère précis, à savoir, la différence entre la situation patrimoniale actuelle et celle qui aurait prévalu en l'absence de survenance du dommage (*Differenzrechnung*). En matière de dommages non patrimoniaux, dont l'évaluation est plus délicate, l'autonomie du juge civil est, en revanche, conçue comme étant par nature très large : selon la doctrine allemande, ces dommages ne sont pas susceptibles, à proprement parler, d'une *évaluation* en argent, mais tout au plus d'une *approximation* (B. Dauner-Lieb, W. Langen, BGB 2/1, 3^{ème} édition, 2016, Nomos, Heidelberg, numéros 19 et 20). Ceci explique la volonté d'encadrer l'autonomie du juge s'agissant de l'évaluation de certains préjudices moraux : tel est le cas de ceux qui résultent d'un dommage corporel. En effet, en la matière, la Cour fédérale de justice exerce un contrôle spécifique lorsque les juges du fond s'écartent des montants habituellement retenus tels qu'ils résultent des *référentiels*, qui sont des recueils ou compilations de la jurisprudence. La doctrine et la jurisprudence ont longtemps été opposées à l'usage de ces référentiels : le principe sur lequel repose le droit allemand de l'évaluation du préjudice est l'individualisation de ce dernier, autrement dit, son appréciation *in concreto*, comme affirmé par le § 287 du code de procédure civile. Mais, depuis un revirement de jurisprudence opéré le 8 juin 1976 (BGH, *VersR* 1976, p. 967), la Cour fédérale de justice, tout en reconnaissant aux juges du fond la liberté de s'écarter des ordres de grandeur habituels tels que retracés par ces référentiels, leur impose de *motiver* spécialement leurs décisions lorsqu'ils le font.

Par ailleurs, les règles qui déterminent la date à laquelle le juge doit se placer pour évaluer le dommage causé par la puissance publique sont les règles de droit commun. Il s'agit de la date à laquelle la victime est indemnisée, sauf à ce qu'elle ait d'ores et déjà pourvu, par ses propres moyens, à la réparation de son dommage, auquel cas c'est la date de cette réparation qui doit être retenue. C'est, en principe, également jusqu'à cette date que les évolutions de l'étendue du dommage, c'est-à-dire, son aggravation ou sa diminution, seront prises en compte dans son évaluation. Mais des évolutions ultérieures du dommage, portant par exemple sur les « rapports économiques pertinents » (*Werteverhältnisse*), autorisent à revoir le montant de la réparation, à la hausse comme à la baisse (*Nach- oder Rueckforderungen*), même au stade d'un procès en exécution (§323 et 767 du code de procédure civile), pourvu qu'elles aient été *imprévisibles* et qu'il n'ait donc pu en être fait état plus tôt (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéros 176 à 180).

Les règles de prescription procèdent largement de l'application du droit commun. L'action en réparation pécuniaire menée devant le juge civil, fondée sur le premier pilier de responsabilité, est soumise à la prescription de droit commun de trois ans prévue par le § 195 du code civil. Le § 199 du même code fixe le point de départ de ce délai à la fin de l'année au cours de laquelle deux conditions cumulatives se sont trouvées remplies : premièrement, la créance est née, et deuxièmement, la victime a eu connaissance des circonstances qui fondent sa créance ainsi que de l'identité du débiteur, ou aurait dû en avoir connaissance si elle ne s'était rendue coupable d'une grave négligence. Mais un second délai, que l'on peut qualifier de « butoir », vient s'ajouter à ce premier délai de prescription en le limitant, car l'action est prescrite, en tout état de cause, au terme d'un délai qui court à compter de la survenance du fait générateur du dommage. Selon la nature des atteintes, la durée de ce délai est de trente ans ou de dix ans. Elle est, par exemple, de trente ans en matière d'atteintes à la vie, à l'intégrité physique, à la santé ou à la liberté (F. Jacoby

et M. v. Hinden, *Studienkommentar* BGB Kropholler, 13. Auflage, C.H. Beck, Munich, 2011, p. 77 ; C. Witz, *préc.*, p. 60). Les actions en réparation pécuniaire fondées sur les deuxième et troisième piliers se prescrivent, quant à elles, par trente ans (A. Jacquemet-Gauché, *préc.*, p. 492-493).

L'office du juge a aussi une incidence sur le cadre de la réparation dans la mesure où il détermine les garanties de bonne exécution des décisions rendues. Celles-ci sont propres à la responsabilité de la puissance publique. Le droit allemand connaît des « procès en exécution » (*Vollstreckungsverfahren*) de décisions de justice. Il convient de se référer à la partie IV du code de justice administrative. Son §167 renvoie aux dispositions du livre 8 du code de procédure civile, prévoyant qu'il convient, en principe, d'appliquer ces dernières, sauf dispositions spéciales contraires. Or le § 170 du code de la juridiction administrative traite des procédures d'exécution à l'encontre d'une personne publique en matière pécuniaire, c'est-à-dire, lorsqu'il est réclamé à celle-ci le paiement d'une somme d'argent, disposant que le tribunal qui a rendu la décision en première instance procède à l'exécution à la demande du créancier, ordonnant des mesures d'exécution à l'encontre de l'administration compétente, auxquelles celle-ci est alors tenue de se conformer. En son alinéa 3, ledit paragraphe dispose toutefois que l'exécution ne peut être ordonnée dans des affaires qui sont essentielles à l'accomplissement d'obligations publiques ou lorsqu'elle heurterait un intérêt public, l'administration pouvant invoquer ces motifs dans le cadre du procès en exécution, le tribunal les appréciant et statuant sur eux.

L'office du juge a encore une incidence sur le cadre de la réparation dans la mesure où il détermine, en second lieu, la célérité avec laquelle une décision peut être obtenue. Il n'y a pas d'équivalent, en droit allemand, au référé-provision ni, de manière générale, aux référés français, mais personne ne semble le déplorer, sans doute parce que la procédure ordinaire semble permettre, en règle générale, d'obtenir, en matière de responsabilité, une décision sur le fond dans un délai court, d'environ trois mois. Celui-ci peut s'expliquer par les moyens dont est dotée la justice en Allemagne, qui compte un *ratio* de juges pour 100 000 habitants parmi les plus élevés d'Europe - de 25 alors qu'il n'est que de 11 en France sur la même période (Conseil de l'Europe, Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) Rapport 2010 https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2010/2010_pays_comparables.pdf).

Enfin, le recours en réparation des préjudices causés par l'action de l'administration est nécessairement exercé à titre individuel, et non à titre collectif. Il n'existe à ce jour qu'une seule exception en matière de responsabilité, dans un domaine très particulier, celui du droit des marchés financiers, d'où un champ d'application très limité qui *a priori* ne semble pas pouvoir concerner la responsabilité de la puissance publique. Cette exception a été introduite par une loi du 19 octobre 2012, relative aux procès-type (*Musterverfahren*) dans les litiges relatifs au droit des marchés de capitaux (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*). Elle permet la jonction d'actions introduites par des investisseurs ayant subi un dommage en raison de la méconnaissance, par une société cotée, des obligations d'information lui incombant.

En définitive, le juge civil évalue le préjudice causé par l'action administrative dans un cadre procédural relevant pour l'essentiel du droit commun, qui contraste avec la singularité des formes de la réparation lorsqu'est en cause la responsabilité de la puissance publique.

1.2.2. Le juge civil ne peut assurer de réparation qu'en argent, à l'exclusion de toute réparation en nature, ce à quoi la compétence du juge administratif vient pallier.

1.2.2.1. Statuant en matière de responsabilité de la puissance publique, le juge civil ne peut assurer de réparation qu'en argent.

Cette particularité de la forme de la réparation découle pour partie de la singularité des fondements de la responsabilité de la puissance publique.

La responsabilité de la puissance publique dans le cadre du premier pilier présente la particularité d'être une responsabilité de l'agent public qui est *transférée* à l'Etat, *endossée* par ce dernier (voir *supra* 1.2.1.). Il en découle d'importantes conséquences sur la forme de la réparation. En effet, la responsabilité de l'Etat n'étant qu'un *substitut* à celle de l'agent, elle ne saurait donner lieu à des mesures de réparation qui, de par leur forme, ne pourraient être exigées de ce dernier. Cela exclue toute réparation en nature, car elle supposerait l'édition d'un acte de puissance publique. Par conséquent, la réparation assurée par le juge civil dans le cadre du premier pilier de la responsabilité de la puissance publique ne peut prendre que la forme d'une réparation en argent (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 12 et 111).

La réparation prononcée par le juge civil ne saurait davantage prendre la forme d'une réparation en nature dans le cadre des deuxième et troisième piliers. En premier lieu, cela s'explique, pour certains des fondements composant ces deux piliers, par la circonstance que leur mise en œuvre ne suppose aucune illicéité. En effet, le deuxième pilier, le « sacrifice particulier », et le premier volet du troisième pilier, l'« atteinte expropriante », permettent la réparation d'un dommage causé par une atteinte *licite* à un intérêt. L'atteinte étant licite, une mesure de réparation du dommage qui en résulte ne saurait consister dans la suppression de l'atteinte elle-même, puisque cela reviendrait à interdire à l'administration une action qui, par hypothèse, lui est permise. En second lieu, la réparation en nature est difficilement concevable dans le cadre de ces fondements de responsabilité sans faute, où le principe de la réparation intégrale ne trouve pas à s'appliquer, car ils ne tendent qu'à une compensation partielle du dommage subi (A. Schmehl, « Allgemeines Verwaltungsrecht- Staatshafungsrecht : Der Aufopferungsanspruch », cours à l'Université de Hambourg, disponible sur <https://www.jura.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/professuren/finanz-steuer-r/pdf-dateien/bremen.pdf>) (voir *infra* 2.1.1.).

L'exclusion de la réparation en nature découle aussi de la compétence des juridictions de droit commun. Cela peut sembler paradoxal, si l'on songe qu'en droit allemand, l'exclusion de la réparation en nature est, précisément, une particularité de la *puissance publique*.

En effet, de manière générale, le droit allemand préfère nettement la réparation en nature à la réparation pécuniaire. C'est ce qui résulte des § 249 et 251 du code civil. Le § 249 dispose que la réparation doit en principe consister dans le fait de mettre la situation dans l'état dans lequel elle se serait trouvée si le fait générateur de responsabilité ne s'était pas produit, ce qui correspond à l'idée de *Naturalrestitution* (littéralement, « restitution en nature »). Ces dispositions prévoient toutefois qu'en cas de dommage corporel et en cas de dommage à un bien, la victime peut demander qu'une réparation en argent, une indemnisation, soit substituée à la réparation en nature. Elles prévoient encore qu'il est procédé à ladite substitution lorsque la réparation en nature s'avère impossible à mettre en œuvre, insuffisante à compenser le dommage ou encore disproportionnée. Mais le § 253 dudit code exclut qu'il soit procédé à une telle substitution en

vue de réparer un dommage immatériel, c'est-à-dire, non-patrimonial, en-dehors des cas où la loi le prévoit, ce sur quoi nous reviendrons (voir *infra* 2.1.2.).

Or pour assurer une réparation en nature de dommages causés par la *puissance publique*, le juge *civil* devrait délivrer des injonctions à cette dernière – par exemple, en lui ordonnant de procéder au démenti de déclarations ayant porté atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne. Or, de manière générale, il s'y refuse (BGHZ 34, 99 NJW 1961.658), estimant qu'en exerçant un tel pouvoir, il empiéterait, non seulement sur la sphère de compétence de l'administration, mais encore sur celle du juge administratif, définie par le paragraphe 40 du code de la juridiction administrative (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 13).

Le cantonnement du juge civil à la réparation en argent constitue donc une véritable lacune dans le cadre d'un droit de la responsabilité extracontractuelle qui valorise fortement la réparation en nature. Le juge administratif est venu la combler en s'estimant compétent pour assurer une réparation en nature des dommages causés par la puissance publique.

1.2.2.2. Le juge administratif est compétent pour assurer une réparation en nature des dommages causés par la puissance publique dans le cadre de l'action en remise en l'état.

Par un arrêt du 19 juillet 1984 rendu dans l'affaire dite du « dépôt en liquide » (*Bardepotfall*) (BVerwG 69, 366), la Cour fédérale administrative a créé, de manière prétorienne, en s'inspirant de la doctrine, une action dénommée *Folgenbeseitigungsanspruch*, littéralement, « droit à l'élimination des conséquences ». Elle l'a définie comme tendant à l'élimination des *conséquences* illicites d'une action ou d'une abstention de la part de l'administration, c'est-à-dire, au rétablissement du *status quo ante*. Il faut souligner que ce dernier se distingue de la *Naturalrestitution*, réparation en nature à laquelle tend l'action en responsabilité : il s'agit de mettre la situation non pas dans l'état *virtuel* dans lequel elle se serait trouvée en l'absence de survenance du fait générateur, qui est propre à la responsabilité pour faute (voir *supra* 1.2.2.1.) mais dans l'état dans lequel elle s'est *réellement* trouvée avant l'action administrative illicite (S. Mazur, « Restitution der Folgen nicht gerechtfertigte Eingriffe in Grundrechte – der Folgenbeseitigungsanspruch, Zeitschrift fuer das juristische Studium », www.zjs-online.com). En d'autres termes, il s'agit de *rétablir* et non *d'établir* une situation. Cette action permet d'obtenir réparation d'un dommage causé par la puissance publique en imposant à celle-ci de procéder à la *remise en l'état*.

Il en découle d'importantes conséquences quant aux limites de l'action en remise en l'état. Il faut, à ce propos, mentionner la conception très restrictive des conséquences illicites à éliminer, dont sont exclues toutes celles qui ne découlent pas *nécessairement* de l'action administrative elle-même, y compris lorsqu'elles présentent, avec celle-ci, un lien de causalité direct. C'est ce qu'illustre la décision rendue dans l'affaire dite du « dépôt en liquide » précitée : le juge a refusé de prendre en compte les intérêts de l'emprunt que l'administré a pourtant dû souscrire pour se conformer à l'injonction illicite que l'administration lui avait faite de déposer des fonds sur un compte. Cette conception, si elle est restrictive, paraît néanmoins logique au regard de ce qui vient d'être exposé : la remise en l'état vise au seul *rétablissement* du *status quo ante* et non à l'*établissement* de la situation virtuelle qui aurait prévalu en l'absence de survenance du fait générateur de responsabilité au moyen de la *Naturalrestitution*.

L'action en remise en l'état permet d'obtenir des mesures qui, dans d'autres systèmes juridiques, seraient regardées comme relevant, non pas d'une réparation en nature, mais d'une réparation

pécuniaire : c'est ce qu'illustre encore l'affaire dite du « dépôt en liquide » précitée: l'administré demandait, à titre de remise en l'état, le *remboursement* des intérêts de l'emprunt qu'il avait dû souscrire pour se conformer à l'acte administratif illicite, qui lui avait enjoint de déposer une somme d'argent sur un compte. Mais elle permet aussi d'obtenir des remèdes qu'aucune réparation en argent ne pourrait offrir. Le juge de la remise en l'état peut obliger l'administration à procéder à un démenti lorsqu'elle a émis des déclarations qui ont porté atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne. Il peut aussi mettre fin à des nuisances causées à des riverains ou les réduire, en ordonnant, après mise en balance des divers intérêts en jeu, la destruction d'un terrain de football (OVG Schleswig-Holstein, 1. Senat, 1 L 1/92 NJW 1995 p. 333 ; A. Jacquemet-Gauché, *préc.*, p. 381) ou la modification des conditions d'exploitation d'un *Biergarten* (brasserie en plein air) en en restreignant les horaires d'ouverture et le nombre de places de parkings (VGH Muenchen, 22 B 93. 1948, NVwZ, 1995, pp. 1021-1023 ; A. Jacquemet-Gauché, *préc.*, n°1035).

Le juriste français pourrait croire que la remise en l'état aboutit au même résultat qu'un recours pour excès de pouvoir exercé avec succès et qu'il n'apporte donc rien de plus que l'anéantissement rétroactif de l'acte administratif illégal à l'origine du dommage. Or il en va différemment. En premier lieu, l'action en remise en l'état peut être mise en œuvre même en l'absence de tout acte administratif illégal, face à un agissement purement matériel de l'administration. En second lieu, l'illicéité que l'action en remise en l'état cherche à supprimer s'attache aux *conséquences* de l'action ou de l'abstention de l'administration. Celle-ci peut donc ne pas être illicite en elle-même. Ainsi, la puissance publique peut, de manière licite, réquisitionner un logement pour y installer des personnes sans-abri. Lorsque ces dernières s'y maintiennent à l'expiration de la durée de réquisition, la *situation*, mais non *l'acte* de réquisition, devient illicite. C'est en raison de cette situation illicite que la remise en l'état pourra être mise en œuvre pour procéder à l'expulsion des occupants et rendre son bien au propriétaire (A. Jacquemet-Gauché, *préc.*, n°567 et s.).

Le juge administratif est donc, lui aussi, dans une certaine mesure, juge de l'évaluation du préjudice. Il l'est dans la mesure où on inclut dans cette notion la détermination des modalités de réparation du dommage. En effet, sa fonction ne consiste pas à déterminer l'étendue du *préjudice* constaté, mais la nature et l'ampleur des *mesures* qui permettraient de supprimer ce dernier, puisqu'il lui incombe de déterminer celles qui sont à la fois nécessaires et suffisantes à cette fin et de les ordonner.

Le juge administratif ayant créé de toutes pièces l'action en remise en l'état, et en l'absence de dispositions textuelles relatives à ce recours, il accepte d'en être saisi sur le fondement des dispositions générales du code des juridictions administratives (*Verwaltungsgerichtordnung*) qui paraissent les plus adaptées, comme par exemple le § 113 de ce code, relatif au recours en annulation d'un acte *dans la mesure où* il est contraire au droit (*rechtswidrig*).

Les règles de procédure applicables sont donc celles de ce code. Il résulte implicitement de ces dispositions que le juge administratif est libre d'ordonner des mesures d'instruction telles que des expertises – que le code ne mentionne expressément qu'au sujet des « procès-modèles » (voir *supra* 1.2.1.). Il s'en déduit encore que les frais d'expertise, dans la mesure où ils constituent des frais relatifs au procès, sont en principe supportés par la partie perdante (partie IV du code des juridictions administratives), comme dans le cadre de la procédure civile (voir *supra* 1.2.1.). Pour assurer la bonne exécution des décisions qu'il rend, le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut prononcer une astreinte à l'égard de l'administration récalcitrante (§113 alinéa 2, phrase 2, §123 et §172 du code des juridictions administratives).

La jurisprudence administrative, pour déterminer les règles de fond dont elle fait application dans le cadre de l'action en remise en l'état, s'inspire fortement de principes juridiques généraux (« *allgemeine Rechtsgedanken* ») dont nombre de règles qui gouvernent la réparation par le juge civil, au premier rang desquels figurent les dispositions du code civil.

Ainsi, par analogie avec le principe posé par le §254 du code civil, en cas de partage de responsabilité, la victime doit supporter une partie du dommage et donc, dans le cadre de la remise en l'état, une partie des coûts de cette dernière (S. Mazur, *préc.*).

Le juge administratif a encore transposé au contentieux de la remise en l'état le principe posé par le § 251 du code civil, en la première phrase de son deuxième alinéa, selon lequel, lorsque les mesures qui seraient nécessaires pour procéder à la réparation en nature s'avèrent disproportionnées, c'est-à-dire que leur coût apparaît excessif au regard de l'intérêt qu'elles présenteraient pour la victime, il convient de leur substituer une indemnité. Cette règle procède d'un principe général, déduite par la jurisprudence des dispositions du code civil (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéros 7 et 36), de *Wirtschaftlichkeitsgebot*, qui gouverne le droit allemand de la responsabilité extracontractuelle, et que l'on pourrait traduire par l'idée que la réparation doit rester économiquement rationnelle. Le juge administratif en a déduit que, saisi dans le cadre de l'action en remise en l'état, lorsque celle-ci s'avère disproportionnée, il lui substitue une réparation en argent. Il devient alors, par exception, juge de la réparation *pécuniaire*. A ainsi été jugé excessif un coût de 800 marks (400 euros) pour réparer l'empiètement d'une route sur une propriété privée de 0,9 mètre carré (VGH Muenchen 27.10.1998 8 B 97.1604, note Erbguth « Vom Folgenbeseitigungsanspruch zum Folgenentschaedigungsanspruch ? » VGH Munchen NVwZ 1999 p. 1237).

Le juge administratif a, par ailleurs, transposé à l'action en remise en l'état la prescription civile (S. Mazur, *préc.*) : l'action se prescrit par trois ans à partir de la connaissance, par la victime, de sa créance et, dans l'absolu, par dix ans à compter de la survenance du fait générateur, en application des dispositions des § 195 et 199 du code civil, étant précisé que la prescription n'a pas à être soulevée d'office par le juge (F. Jacoby et M. v. Hinden, *préc.*, p. 77).

En définitive, dans le cadre de l'action en remise en l'état, le juge administratif connaît de la responsabilité de la puissance publique dans la mesure où elle donne lieu à une réparation en nature sous forme de remise en l'état. Il est juge de l'évaluation du préjudice, en ce sens qu'il est amené à déterminer les mesures nécessaires au rétablissement de la situation antérieure à sa survenance. Ce constat permet de nuancer l'idée que la responsabilité de la puissance publique relèverait, en Allemagne, de la compétence exclusive du juge judiciaire (voir *supra*, introduction et 1.1.). En réalité, il est plus juste d'affirmer que la compétence, en la matière, est partagée entre les ordres juridictionnels civil et administratif : un juge civil de la réparation en *argent* coexiste avec un juge administratif de la réparation en *nature*, la seule qui vaille dans l'esprit du droit allemand (voir *supra* 1.2.2.1.). Ainsi que nous l'avons vu, des voies de droit différentes, à savoir, le recours devant le juge civil, qualifié d'action « ordinaire », de droit commun, et le recours devant le juge administratif, sont parallèlement ouvertes en vue de la réparation d'un même dommage (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 122). Lorsque, par exemple, un administré subit un dommage en raison d'un acte administratif illégal, il dispose, devant le juge administratif, outre du recours en annulation ou en carence, de l'action en remise en l'état. L'action en réparation pécuniaire, quant à elle, devra être portée devant le juge civil.

Si ces compétences des juges civil et administratif sont complémentaires, leur coexistence participe d'un éclatement du droit allemand de l'évaluation du préjudice (F. Ossenbuehl, M.

Cornils, *préc.*, p. 6). Celui-ci tient aussi au fait que cette évaluation varie fortement, en fonction de divers paramètres qui déterminent l'étendue du dommage réparable.

2. L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE VARIE EN FONCTION DE PARAMÈTRES QUI DÉTERMINENT L'ÉTENDUE DU DOMMAGE RÉPARABLE.

2.1. Certains préjudices sont exclus du dommage réparable en application de règles générales.

2.1.1. Le périmètre du dommage réparable varie en fonction du fondement de responsabilité.

Le principe de réparation intégrale ne trouve à s'appliquer qu'à certains fondements de responsabilité, et, au sein des fondements généraux, au seul premier pilier, c'est-à-dire, à la responsabilité pour *faute*.

Celle-ci remplit une fonction de réparation du dommage (*Schadenersatz*), au sens de remplacement (*Ersatz*) de ce qui a été perdu, tandis que les deux autres piliers tendent seulement à un « dédommagement approprié » (*angemessene Entschädigung*), c'est-à-dire, à une compensation équitable (*billiger Ausgleich*), et donc potentiellement *partielle*, du dommage subi. La victime n'a donc pas, ou du moins, pas *nécessairement* (BGHZ, 7, 331 (334) ; F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 146) à être placée dans la situation qui serait la sienne si le dommage n'était pas survenu : il en va ainsi dans le cadre du deuxième pilier (BGHZ 6, 270, 10 juin 1952 ; III ZR 118/64, § 64, 31 janvier 1966 ; 170, 99, 30 novembre 2006 ; A. Jacquemet-Gauché, *préc.*, p. 492-493), comme du troisième (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 249). Toute réparation du dommage non-patrimonial est notamment exclue, y compris dans le cadre du deuxième pilier, qui pourtant suppose une atteinte à un intérêt non-patrimonial protégé : il faut distinguer la nature de l'intérêt atteint de la nature du préjudice réparé (voir *supra* 1.1.2.).

S'agissant plus particulièrement du troisième pilier, qui recouvre les fondements de responsabilité à raison de l'atteinte expropriante et de la quasi-expropriation, l'indemnisation est conçue comme un simple *substitut* de droit public au prix qui aurait été payé dans le cadre d'une vente de gré à gré (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 249), ce qui explique que l'évaluation du préjudice se borne à celle de la « perte de substance » (« *Substanzverlust* ») appréciée selon le critère de la valeur vénale du bien ayant fait l'objet de l'atteinte (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 252).

Il en va de même de l'indemnisation, sur le fondement spécial de la loi de 2011 précitée et dans le cadre d'une responsabilité sans faute, objective, au titre d'une durée excessive de procédure juridictionnelle, la loi prévoyant seulement une « réparation adaptée » (O. Berg, « La responsabilité des juges et des procureurs en droit allemand », disponible sur le site du Groupe de recherche européen en responsabilité civile et assurance (GRERCA) : <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux/Retoursur.../>).

La question de savoir si le principe de réparation intégrale trouve à s'appliquer dans le cadre du fondement de responsabilité pour méconnaissance du droit communautaire, autrement dit, s'il tend à un *remplacement* de ce qui a été perdu ou seulement à un *dédommagement*, demeure discutée en doctrine (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 657).

Pour ceux des fondements de responsabilité de la puissance publique qui peuvent être mis en œuvre en raison d'une atteinte *licite*, par exemple, le fondement du deuxième pilier et l'un des deux volets composant le troisième pilier, cette limitation de la réparation s'explique notamment par la prise en compte de ce que c'est au nom de l'intérêt général que le préjudice est causé (F. Ossenbühl et M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, Beck 6^e éd, 2013, p. 460 et suiv.).

Les raisons tiennent encore au caractère exorbitant du droit commun de tous les fondements de responsabilité formant les deuxième et troisième piliers. Ce caractère se manifeste, en droit allemand, sur le *terrain de l'évaluation du préjudice*. La jurisprudence de la Cour fédérale de justice l'exprime dans des termes dont la ressemblance avec ceux de l'arrêt *Blanco* est frappante : elle juge que la réparation ne saurait être la même en présence et en l'absence de faute de la puissance publique, et qu'en-dehors du régime législatif de la responsabilité pour faute, les règles relatives à la réparation contenues dans le code civil ne sauraient trouver à s'appliquer de manière générale et que, par conséquent, seul peut être envisagé un *dédommagement équitable*, résultant d'une mise en balance de l'intérêt général et des intérêts particuliers (BGHZ 6, 270, 10 juin 1952 ; 170, 99, 30 novembre 2006, décisions précitées).

Dans le cadre de la responsabilité pour faute, la portée du principe de réparation intégrale se trouve, en revanche, renforcée par la priorité que confère le droit allemand, sur le fondement du §249, premier alinéa, du code civil, à la restitution en nature sur la réparation en argent. Certes, la responsabilité de la puissance publique ne peut donner lieu à restitution en nature, pour les raisons déjà mentionnées, tenant à ce qu'il s'agit d'une responsabilité de l'agent que l'Etat ne fait qu'*endosser* (voir *supra* 1.1.1.). La préférence pour la restitution en nature a néanmoins des incidences sur l'évaluation du préjudice en vue de son *indemnisation* : elle tend, en effet, à influencer à la hausse sur son *quantum*. Par exemple, s'agissant de l'atteinte à un bien, la compensation de sa valeur vénale à la date de la survenance du dommage – que retient en principe le juge administratif français, contrairement à son homologue judiciaire, en appliquant un abattement de vétusté, le cas échéant (C. Grossholz, « Evaluation du préjudice », *Répertoire de responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2016, numéros 160 à 162), est jugée insuffisante si elle est inférieure à sa valeur de remplacement, car seule cette dernière permet de placer la victime dans l'état dans lequel elle se serait trouvée en l'absence de survenance du dommage. Par conséquent, le droit allemand retient que la victime doit, en principe, pouvoir obtenir la compensation des frais de réparation de son bien, même s'ils en dépassent la valeur vénale, dans certaines limites toutefois, car cela ne saurait aboutir à une réparation disproportionnée, c'est-à-dire, économiquement déraisonnable, conformément au principe qui la gouverne de *Wirtschaftlichkeitsgebot*, déjà mentionné (voir *supra* 1.2.2.2.). Cela aboutit à ce que des frais de réparation de véhicule donneront lieu, en jurisprudence, à réparation, même s'ils dépassent la valeur vénale, mais dans la limite d'environ 130 % de cette dernière (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéro 30).

On peut encore regarder les solutions que retient le droit allemand en matière de réparation de la perte d'une chance comme procédant d'une conception stricte du principe de réparation intégrale. Ainsi, en cas de perte d'une chance *sérieuse* d'échapper à la survenance d'un dommage, c'est ce dernier qui sera intégralement réparé, et non pas seulement une fraction de ce dommage, fonction d'une probabilité. Réciproquement, si la chance n'est pas jugée suffisamment sérieuse, toute réparation sera exclue. Ces solutions résultent de l'application d'un principe, dit du « tout ou rien » (*Alles- oder Nichtsprinzip*) (O. Berg, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2006, n°148). Il s'agit d'une interprétation du principe de la réparation intégrale.

2.1.2. A cette évaluation variable du préjudice en fonction des fondements de responsabilité, s'ajoute la circonstance que le préjudice moral n'est inclus dans le dommage réparable, en droit allemand, que de manière ponctuelle.

La réparation du dommage moral est exclue dans le cadre particulier des deuxième et troisième piliers de responsabilité de la puissance publique, pour des raisons propres à ces fondements (voir *supra* 2.1.1.).

Pourtant, il ne s'agit pas là d'une véritable originalité au sein du droit allemand de la responsabilité, qui de manière générale, est peu enclin à réparer le préjudice moral.

Il en est ainsi de par la volonté du législateur : le § 253 du code civil, relatif au dommage immatériel, dispose, en son premier alinéa, que le dommage *non-patrimonial* ne peut donner lieu à une réparation en argent, c'est-à-dire, à une indemnisation, *que dans les cas prévus par la loi*. Cette volonté a été récemment réaffirmée de manière implicite, puisque les dispositions concernées n'ont pas été modifiées à l'occasion de la réforme du droit allemand des obligations entrée en vigueur en 2002 (C. Witz, F. Ranieri (dir.) *La réforme du droit allemand des obligations, Collection droit privé comparé et européen, Société de législation comparée*, Paris, 2004). En-dehors des cas dans lesquels la réparation en argent du préjudice moral est prévue par une disposition législative, les dommages de ce type ne peuvent donner lieu qu'à une réparation en nature. Par conséquent, à chaque fois que celle-ci s'avère impossible à mettre en œuvre, comme il est évidemment fréquent, ces dommages ne pourront donner lieu à aucune réparation.

Il résulte notamment de ce refus de principe de réparer en argent le préjudice moral « en-dehors des cas prévus par la loi », l'absence de réparation de la douleur morale des victimes par ricochet - ou préjudice d'affection, subi par les proches de la victime d'un dommage corporel (BGH 11 mai 1971, BGHZ 56, 163 ; BGH 14 avril 1989, NJW 1989, 2317). En effet, il faut comprendre que, si le dommage de la victime par ricochet trouve son origine dans l'atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou encore à la santé de la victime directe, il ne consiste pas dans l'une de ces atteintes, et le second alinéa du § 253 du code civil – étudié *infra* - ne trouve, par conséquent, pas à s'appliquer.

Les raisons de ce choix du législateur tiennent à l'idée, très répandue en Allemagne, selon laquelle ce type de préjudice est *impossible* à évaluer en argent (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéro 19). Elle est liée à celle, qui a longtemps prévalu en France, selon laquelle il serait choquant de vouloir « monnayer les larmes ». A l'époque de l'adoption du code civil allemand, il a par exemple pu être estimé que « celui qui demande de l'argent pour une atteinte à l'honneur, n'a en réalité pas d'honneur à perdre » (Travaux préparatoires, Prot II, S 640). Par ailleurs, ce choix législatif procède d'une volonté de canaliser les développements du droit à réparation, de crainte que son expansion incontrôlée ne mette en péril la liberté, dont la préservation suppose, dans une certaine mesure, celle de porter atteinte aux intérêts d'autrui (O. Berg, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages, préc.*, numéros 10 à 14). Or une réparation générale du préjudice morale aboutirait à celle des victimes par ricochet, qui a été regardée par une partie de la doctrine, à l'époque des travaux préparatoires à l'adoption du code civil, comme la porte ouverte à ce que n'importe qui puisse obtenir réparation de n'importe quel dommage ...

L'un des cas d'indemnisation du préjudice moral *prévu par la loi* est celui visé par le second alinéa dudit § 253 du code civil, qui admet la réparation en argent des dommages non-patrimoniaux des victimes *directes* – par opposition aux victimes par ricochet – d'atteintes à l'intégrité corporelle, à la

santé, à la liberté ou à l'autodétermination sexuelle – cette dernière hypothèse correspondant principalement à celle d'une agression sexuelle. Un autre exemple de cas prévu par la loi correspond à la protection contre les délais excessifs des procédures juridictionnelles et des instructions pénales, instaurée par la loi du 24 novembre 2011 précitée. Cette loi pose une présomption de préjudice moral en cas de méconnaissance du droit au délai raisonnable de jugement. Elle admet que, sauf à pouvoir être réparé de manière satisfaisante par d'autres voies, telle la reconnaissance, par la juridiction, dans son jugement, du caractère excessif des délais, il peut donner lieu à une indemnisation. Elle prévoit que celle-ci s'élève en principe à 1 200 euros par année de retard à juger, tout en disposant que le juge pourra adapter ce montant, selon les circonstances de l'espèce, à la hausse comme à la baisse (§ 198 al. 2 de la loi).

La jurisprudence a toutefois dégagé, de manière prétorienne et *contra legem*, un cas supplémentaire d'indemnisation du préjudice moral résultant d'une atteinte grave au « droit général de la personnalité ». Celui-ci comprend notamment le droit à la vie privée ou encore les droits au nom et à l'image – en France, on parle de « droits de la personnalité ». La jurisprudence l'a déduit de la Loi fondamentale dans un célèbre arrêt de 1958 dit du cavalier (*Herrenreiterfall*) (BGHZ 26, 349), relatif à une publicité pour un produit censé lutter contre l'impuissance, reproduisant la photographie d'un cavalier. Cette exception peut s'expliquer par la considération selon laquelle, en l'absence d'indemnisation du préjudice moral, ce droit ne serait pas garanti de manière effective, car il peut être lucratif d'y porter atteinte. Cela rejoint la thèse, précitée de Mme Jacquemet-Gauché, selon laquelle le droit allemand de la responsabilité aurait pour fonction principale non pas la réparation des dommages, mais la protection des droits.

Par ailleurs, lorsque le préjudice moral est indemnisé en droit allemand, il est évalué selon des modalités particulières.

En premier lieu, ces particularités résultent des fondements théoriques sur lesquelles repose la réparation des préjudices moraux lorsqu'elle est admise et qui influent sur les critères et la méthode mis en œuvre pour leur évaluation. Il est admis que l'indemnisation du dommage moral remplit deux fonctions. La première, classique, est la fonction de réparation par compensation. La seconde, plus originale, est la fonction dite de satisfaction morale (*Genugtuung*) qui ne vise pas à compenser le dommage subi par la victime, mais à offrir à celle-ci, en raison de l'atteinte portée à ses droits, une satisfaction morale – notons que cette terminologie évoque la notion de « satisfaction équitable » dans le cadre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui par certains aspects semble d'ailleurs procéder de la même logique. La Cour fédérale de justice précise ainsi, depuis une décision de principe du 6 juillet 1955 (BGHZ 18, 149 ; VersR 1955, 615), que l'indemnisation de la souffrance « *a pour objectif de compenser les dommages, les diminutions de la qualité de vie qui ne sont pas de nature patrimoniale. Mais elle vise aussi à donner une satisfaction morale à la victime pour l'atteinte qu'elle a subie* ».

S'agissant de la détermination du montant à allouer au titre de cette « satisfaction », la Cour fédérale de justice a jugé que « *l'appréciation de la réparation équitable doit se faire au cas par cas, en partant de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et en tenant compte à la fois de sa fonction compensatrice et satisfaisante ; à cet effet, il convient aussi de soupeser les intérêts de la victime et les capacités économiques de l'auteur de l'atteinte, y compris d'un point de vue macroéconomique* » (BGH 8 juin 1976, VersR 1976, p. 967).

Il en résulte qu'en vue de la réparation du seul dommage non-patrimonial, la victime peut demander que son préjudice soit évalué, non pas de manière « concrète », au regard du dommage qu'elle a effectivement subi, mais par référence au gain économique que l'auteur a tiré de la violation de ses droits (BGH NJW 2009 3722), ou encore, par référence au prix que celui-ci aurait dû acquitter s'il avait agi de manière licite, c'est-à-dire, dans le cadre d'un contrat conclu avec la

victime, sous forme d'une redevance, par exemple, d'une licence (*Lizenzanalogie*) (BGHZ 44, 372,379) (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéros 113 à 115). Ces modalités de réparation propres à la réparation du préjudice moral sont amenées à jouer principalement dans le domaine des atteintes à certains des droits de la personnalité, comme le droit à l'image tout particulièrement, compte tenu de ce que leur violation peut être source de profits.

Il en est en effet ainsi en matière de préjudice moral résultant d'une atteinte grave au « droit général de la personnalité » (voir *supra*). En effet, dans un arrêt du 15 novembre 1994 *Caroline de Monaco*, la Cour fédérale de justice assigne expressément aux dommages et intérêts pour préjudice non pécuniaire pour infraction volontaire aux droits de la personnalité par les médias, une fonction de dissuasion, ouvrant la voie à des indemnisations plus élevées : « selon les Hauts magistrats, à partir du moment où la violation des droits de la personnalité est volontaire et a pour but et pour effet une augmentation des gains du média en cause, cette augmentation doit être considérée comme l'un des paramètres de la fixation du montant de l'indemnité. Celle-ci n'est plus seulement une indemnisation pour préjudice moral (*Schmerzensgeld*) mais un moyen de droit (*Rechtsbehelf*) susceptible d'assurer une fonction préventive. Pour assurer une telle fonction, la sanction encourue pour violation des droits de la personnalité doit donc être adaptée aux profits escomptés» (C. Witz, *Chronique de droit civil allemand*, RTD Civ., 1997 p. 264).

Ces modalités constituent une originalité au sein du droit allemand de la responsabilité, qui rejette en principe les dommages et intérêts punitifs, la répression ne comptant pas parmi ses finalités (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéro 15). Ainsi, l'allocation de dommages et intérêts de cette nature a été jugée contraire à l'ordre public allemand dans un arrêt de la Cour fédérale de justice du 4 juin 1992 (RTD Civ. 1994, p. 456 ; C. Witz, *préc.*, *Le droit allemand*, p.159-160). Toutefois, il est admis que la réparation doit remplir notamment une telle fonction de sanction et, par là même, de prévention de la survenance de dommages. Il semble en tout cas que celle-ci puisse influencer sur l'évaluation du préjudice, du moins s'agissant de certains types de dommages (F. Jacoby et M. von Hinden, *préc.*, p. 96).

En second lieu, le préjudice moral présente la particularité de donner lieu à une évaluation selon une approche globale. Tous les chefs de préjudice sont abordés à travers une notion unique de *Schmerzensgeld*, littéralement, « prix de la douleur » (J. Knetsch, *préc.*). On peut comprendre la tendance « globalisante » du droit allemand à travers l'idée, très présente en doctrine, selon laquelle le dommage moral ne peut être évalué de manière objective, contrairement au dommage matériel qui l'est par application du critère de la *Differenzhypothese*, « test de la différence », par comparaison entre la situation telle qu'elle existe à la suite de la survenance du dommage et celle qui aurait prévalu en l'absence de ce dernier (voir *supra* 2.1.2., B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéro 19). Or une fois ce postulat admis, il paraît vain de vouloir procéder à la « désagrégation » du dommage moral en une multitude de chefs de préjudices (J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », D.2015.443).

Cette approche « globalisante » du préjudice moral n'est sans doute pas sans incidence sur son évaluation. Pour un auteur, elle contribue à modérer les montants alloués, par opposition à la tendance observée dans d'autres systèmes juridiques, tel le droit civil - mais non le droit administratif - français, à « la multiplication des chefs de préjudice extrapatrimoniaux » qui conduirait, à travers « la multiplication des préjudices [...] à une augmentation artificielle des indemnités (J. Knetsch, *préc.*).

Ainsi, certains préjudices sont exclus du dommage réparable en application de règles générales.

2.2. Le périmètre du dommage réparable peut encore être réduit au terme d'une appréciation *in concreto* correspondant à une vision normative du dommage.

2.2.1. L'application de la théorie de la relativité aquilienne peut venir réduire le périmètre du dommage réparable au terme d'une appréciation *in concreto*.

Le droit allemand se distingue du droit français de la responsabilité, qui selon la logique du code civil, ne connaît aucune limitation formelle du dommage réparable (« ce n'est que dans des circonstances très exceptionnelles que le droit français interdit à un demandeur d'invoquer des préjudices au motif que ceux-ci se rattachent à un intérêt qui n'est pas protégé par le droit », J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », D.2015.443), en adoptant une vision normative du dommage, qui restreint le périmètre du dommage réparable, influant à la baisse sur son évaluation.

La relativité aquilienne - « *Lehre vom Schutzzweck der Norm* », littéralement, théorie du but de protection de la norme - est une théorie élaborée par la doctrine française, en particulier, par Planiol, qui a connu le succès en Allemagne. Elle postule que toute norme dont la méconnaissance est susceptible de fonder la responsabilité vise à assurer une protection dans un *domaine* bien délimité, d'un point de vue à la fois *personnel* - elle ne protège que certaines personnes (*persoenlicher Schutzbereich*) - et *matériel* - elle ne protège qu'à l'encontre de *certain types de préjudices* (*gegenstaendlicher Schutzbereich*). Par conséquent, il ne suffit pas, pour obtenir réparation, de justifier d'un préjudice résultant directement du fait générateur de responsabilité ; encore faut-il se prévaloir d'une *atteinte à un intérêt* qui corresponde à celui que la norme méconnue a entendu protéger. On dit qu'il faut un « *rapport d'illicéité* » (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) entre l'obligation violée et le préjudice invoqué. En application de cette théorie, le juge doit mener un raisonnement *téléologique* en se posant la question de savoir si la règle violée en l'espèce tend effectivement à protéger le demandeur, d'une part, mais encore, si elle cherche à le protéger contre un dommage de la *nature* de celui qu'il subi, d'autre part (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéros 62 et suivants ; O. Berg, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages*, *préc.*, n° 254 et s. et 278 et s.).

La jurisprudence allemande a adhéré à cette théorie sur le fondement du second alinéa du §823 du code civil, qui mentionne le but de la norme, puisqu'il traite de la responsabilité de « celui qui viole une loi dont le *but* est de protéger autrui ». La décision de principe, dite du « ramasseur de quilles », a été rendue par le tribunal du Land de Hanovre, le 10 janvier 1910 : un garçon de moins de quatorze ans était employé dans une exploitation d'une piste de jeu de quilles après 20 heures, en méconnaissance de la législation du travail, qui interdisait de le faire travailler à un horaire aussi tardif en raison de son âge. Ayant été blessé par un joueur, il introduisit une action en réparation contre son employeur. Le tribunal rejeta le recours au motif que la législation violée avait pour but de protéger les jeunes de moins de quatorze ans contre les accidents qui seraient dus à leur fatigue causée par l'heure tardive, non de les protéger contre l'imprudence des clients. C'est à partir de cet arrêt que la théorie de la relativité aquilienne a été développée par la doctrine allemande, avant d'être admise par la Cour fédérale de justice (BGHZ 27, 137, 22 avril 1958), y compris pour l'application du premier alinéa du § 823 du code civil - relatif à l'obligation de réparation du dommage qui incombe à celui qui l'a causé en portant atteinte illégalement à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté ou à un autre droit d'autrui, intentionnellement ou par négligence -, qui contrairement au second alinéa dudit article, ne mentionne pas expressément le but de la norme. Les termes employés par la Cour dans cette décision sont évocateurs : « il importe de savoir si le dommage invoqué tombe dans le *domaine* de protection de

la loi, en d'autres termes, s'il résulte de la violation d'une norme ayant pour *objectif* de protéger l'intérêt atteint ».

La relativité aquilienne peut donc venir restreindre le périmètre du dommage réparable en excluant de l'évaluation certains préjudices en raison de leur nature, en fonction de la norme dont la violation est invoquée.

La réduction du périmètre du dommage réparable à laquelle l'application de la théorie de la relativité aquilienne est susceptible de donner lieu varie avec les fondements de la responsabilité de la puissance publique. En effet, chacun de ces fondements définit les intérêts qu'il entend protéger.

Elle trouve à s'appliquer dans le cadre du premier pilier (F. Ossenbuehl, M. Cornil, précité, p. 112). Cette condition est si restrictive de la responsabilité qu'elle a dû être abandonnée dans le cadre du régime spécial de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire (*gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch*) (voir *supra* 1.1.2.) : la Cour de Luxembourg l'avait en effet censurée comme contraire à ce dernier dans la célèbre affaire dite de la Brasserie du Pêcheur (Cour de justice des communautés européennes, 5 mars 1996 Brasserie du Pêcheur, C-46/93 ; A. Jacquemet-Gauché, précité, p. 254 et s. ; R. Arnold, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand », *AJDA* 1996, n° spé. p. 113). C'est pourquoi on peut dire que dans le cadre du premier pilier, l'engagement de la responsabilité de la puissance publique est subordonné à la méconnaissance d'un droit subjectif spécialement reconnu à la victime. Cependant, il peut s'agir de n'importe quel droit subjectif. Il en va différemment dans le cadre des deuxième et troisième piliers, dans lesquels l'application de la théorie de la relativité aquilienne est susceptible de réduire plus fortement encore le périmètre du dommage réparable.

Dans le cadre du deuxième pilier, de la responsabilité pour « sacrifice particulier », l'atteinte doit concerner les droits *extrapatrimoniaux* protégés, tels ceux protégés par l'article 2§2 de la Loi Fondamentale, à savoir, les droits à la vie, à la santé, et à l'intégrité corporelle. Dans le cadre du troisième pilier, de la responsabilité pour atteinte expropriante ou quasi-expropriation, l'atteinte doit, au contraire, porter sur des intérêts *patrimoniaux*, c'est-à-dire, sur le droit de propriété protégé par l'article 14 de la Loi Fondamentale, étendu par la jurisprudence de la Cour fédérale de justice à l'ensemble de la sphère patrimoniale de l'individu, y compris, par exemple, le fonds d'exploitation, les créances ou encore la clientèle (voir *supra* 1.1.2.).

2.2.2. La sanction de la méconnaissance, par la victime, de son obligation de minimiser son dommage peut également venir réduire le périmètre du dommage réparable.

Le second alinéa du §254 du code civil met à la charge de la victime une obligation de moyens de prévenir ou de modérer son dommage, dont la méconnaissance emporte un partage de responsabilité entre l'auteur et la victime en fonction de la part du dommage dont celle-ci aurait pu et donc dû éviter la survenance, c'est-à-dire qu'elle est sanctionnée sur le terrain de l'évaluation du préjudice. Cette obligation, qui est étroitement liée à l'idée qu'il faut respecter une certaine rationalité économique (*Wirtschaftlichkeitsgebot*) (B. Dauner-Lieb, W. Langen, *préc.*, numéro 40) (voir 1.2.2.2. *supra*), est inconnue du droit de la responsabilité extracontractuelle français, privé (Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, n° 01-13.289 et n° 00-22.302, Bull. civ. II, n° 203) comme public (CE, 21 septembre 2015, Société Total Caraïbes, n° 371205, *AJDA*, 15 février 2016 p. 239) (voir aussi « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? (A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), sous la direction de M.

Béhar-Touchais, Centre de droit des affaires et de gestion, Faculté de droit de Paris 5, LPA N° spécial 232 du 20 novembre 2002).

L'obligation de réduire son dommage implique, pour la victime, celle de prendre toutes mesures matérielles *raisonnables* pour le réduire, par exemple, celle de changer de profession si elle ne peut plus exercer la sienne, ou encore, dans le domaine des dommages corporels, de recourir à des soins médicaux – aux frais de l'auteur du dommage – dans la mesure où ils présentent de bonnes chances de succès et n'impliquent pas de contraintes, notamment, de douleurs, excessives (F. Jacoby et M. v. Hinden, *préc.*, p. 109).

Cette obligation comporte aussi un volet procédural, qui consiste dans le devoir, pour la victime, d'user de toutes les voies de droit efficaces disponibles. En matière de responsabilité de la puissance publique, ces voies de droit comprennent les recours contentieux devant le juge administratif évoqués tels les recours en annulation, en carence – en cas d'abstention illicite de l'administration - ou en remise en l'état (voir *supra* 1.2.2.2.), mais encore les recours administratifs précontentieux tels que le recours hiérarchique.

La méconnaissance, par la victime, du volet procédural de son obligation de réduire son dommage emporte, en principe, une *modulation* de son droit à indemnité, déterminant son *quantum*, en application du §254 du code civil, dont la jurisprudence (BGHZ 90, 17, 26 janvier 1984) a déduit que lorsque l'administré a connaissance de l'acte portant atteinte à son droit de propriété, il doit se demander si celui-ci est licite, et dans le doute, intenter un recours en annulation devant le juge administratif, faute de quoi il ne pourra être indemnisé de la part du dommage que cette action aurait permis d'éviter. Il conserve toutefois, en tout état de cause, son droit à être indemnisé à raison de la part du dommage qui n'aurait pu être évitée par la mise en œuvre de cette action, notamment en raison de la durée qui aurait été celle de la procédure. Ces règles s'appliquent en principe à tout fondement de responsabilité de la puissance publique, puisqu'elles sont issues du § 254 du code civil, qui est une disposition générale. Elles s'appliquent à la responsabilité pour quasi-expropriation, qui forme une partie du troisième pilier. En revanche, elles ne trouvent, en pratique, pas à s'appliquer dans le cadre des fondements de responsabilité pour les faits et actes *licites* de l'administration, tels l'atteinte expropriante, qui forme l'autre partie du troisième pilier, et le sacrifice particulier, qui forme le deuxième pilier, puisqu'il n'existe, par définition, aucune voie de droit qui permettrait de supprimer ces faits ou actes *licites*, partant d'éviter le dommage qui en découle.

Par exception, dans le cadre du premier pilier de la responsabilité de la puissance publique, celui de la responsabilité pour faute, la méconnaissance, par la victime, du volet procédural de son obligation de réduire son dommage entraîne la *perte de tout* droit à en être indemnisé. En effet, le 3^{ème} alinéa du §839 du code civil, relatif à ce fondement de responsabilité de la puissance publique, dispose que la victime qui, de façon intentionnelle ou par sa négligence, s'est abstenue d'user d'une voie de droit pour prévenir son dommage, ne dispose d'aucun droit à en obtenir réparation (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.*, p. 118).

Deux conclusions peuvent être tirées de cette sanction de l'obligation, pour la victime, d'user des voies de droit disponibles en vue de réduire son dommage. En premier lieu, il faut en déduire qu'il existe, en droit allemand, des recours obligatoires préalables à la saisine du juge de la réparation pécuniaire, dont la portée est considérable, même s'il n'y existe aucune obligation de soumettre à l'administration une demande d'indemnisation avant d'en saisir le juge (voir *supra* 1.2.1.). En second lieu, l'importance de l'évaluation *pécuniaire* du préjudice dans la réparation des dommages est très relative, car l'exercice des recours en annulation et en carence, d'une part, et en remise en l'état, de l'autre, auquel incite fortement la sanction de l'obligation de prévenir et de

réduire son propre dommage, doivent permettre d'éviter leur survenance ou, du moins, d'en contenir l'étendue, voire de le supprimer au moyen d'une réparation en nature. Cette place très relative de la réparation pécuniaire se manifeste à travers la hiérarchisation, par la doctrine allemande, des recours en protections des droits « primaire » (*Primarschutz*) et « secondaire » (*Sekundarschutz*), dont relève le recours en réparation pécuniaire devant le juge civil, le premier primant sur le second (F. Ossenbuehl, M. Cornils, *préc.* ; A. Jacquemet-Gauché, *préc.*).

Conclusion

L'évaluation du préjudice en droit allemand de la responsabilité de la puissance publique est principalement l'œuvre des juridictions de droit commun, sauf lorsqu'il s'agit de procéder à une remise en l'état. Pourtant, cette évaluation est caractérisée, au sein même du droit allemand de la responsabilité, par un fort « particularisme » en raison de la singularité des fondements de la responsabilité de la puissance publique, qui influe sur les modalités de la réparation, ainsi que sur la délimitation du périmètre dommage réparable. L'évaluation du préjudice est, en même temps, marquée par des traits caractéristiques du droit commun allemand de la responsabilité, qui par bon nombre de ses aspects, peut apparaître très restrictif au juriste français. Celui-ci présente néanmoins un intérêt juridique certain, compte tenu de l'importance qu'il attache à la réparation en nature, vue comme la seule qui vaille, par préférence à la réparation en argent, et par la grande rigueur avec laquelle il délimite le dommage réparable, au terme d'une analyse subtile et toujours approfondie.

* * *

Bibliographie :

Ouvrages généraux et spécialisés :

- L. M. Buechner, H. J. Reinert, C.F. Mueller, *Einfuehrung in das System der Staatshaftung*, Heidelberg, Juristischer Verlag, 1988.
- C. Grossholz, « Evaluation du préjudice », *Répertoire de responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2016.
- F. Ossenbuehl, M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6^{ème} édition, Munich, C.H. Beck, 2013, p. 2.
- A. Schmehl, « Allgemeines Verwaltungsrecht- Staatshafungsrecht : Der Aufopferungsanspruch », cours à l'Université de Hambourg, disponible sur <https://www.jura.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/professuren/finanz-steuer-r/pdf-dateien/bremen.pdf>
- B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public européen*, 2014, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz.
- C. Witz, *Le droit allemand*, 2^{ème} édition, 2013, Paris, Dalloz.
- C. Witz, F. Ranieri (dir.) *La réforme du droit allemand des obligations, Collection droit privé comparé et européen*, Paris, Société de législation comparée, 2004.

Codes commentés :

- B. Dauner-Lieb, W. Langen, BGB 2/1, 3^{ème} édition, Heidelberg, Nomos, 2016.
- F. Jacoby et M. v. Hinden, *Studienkommentar BGB Kropholler*, 13^{ème} édition, Munich, C.H. Beck, 2011.
- G. Wagner, *Münchener BGB-Kommentar*, 4^{ème} édition, Munich, C. H. Beck, 2004.

Thèses :

- O. Berg, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2006.
- A. Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2013.
- J. Knetsch *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, analyse en droit français et allemand*, Paris, LGDJ, 2013.
- E. Prévédourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, Paris, LGDJ, 1994.

Articles de doctrine :

- R. Arnold, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand », *AJDA* 1996, n^o spé. p. 113.
- O. Berg, « La responsabilité des juges et des procureurs en droit allemand », disponible sur le site du Groupe de recherche européen en responsabilité civile et assurance (GRERCA) : <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux/Retoursur.../>
- O. Berg, « Les responsabilités liées à l'immeuble bâti en droit allemand », disponible sur le site du Groupe de recherche européen en responsabilité civile et assurance (GRERCA) : <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux/Retoursur.../>
- W. Erbguth « vom Folgenbeseitigungsanspruch zum Folgenentschaedigungsanspruch ? » *VGH Munchen, NVwZ* 1999.
- W. Gelhaar, « Die Bemessung des Schmerzensgeldes », *BB* 1966, p. 1317.

- J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », D.2015.443.
- S. Mazur, « Restitution der Folgen nicht gerechtfertigte Eingriffe in Grundrechte – der Folgenbeseitigungsanspruch, Zeitschrift fuer das juristische Studium », www.zjs-online.com

Actes de colloque :

- « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? (A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), sous la direction de M. Béhar-Touchais, Centre de droit des affaires et de gestion, Faculté de droit de Paris 5, LPA N° spécial 232 du 20 novembre 2002.

L'évaluation du préjudice

FICHE PAYS : LA BELGIQUE

par

Terry OLSON

1. Les questions de compétence

1.1. La Belgique est un Etat relativement récent, dont l'indépendance a été proclamée en 1830 et la Constitution promulguée l'année suivante. Son Conseil d'Etat est de création encore plus récente (1946). Son droit national reflète pour partie les apports des systèmes juridiques qui y ont été applicables avant l'indépendance (espagnol, néerlandais, français...). Le signe le plus visible en est le code civil, hérité de l'annexion de la Belgique par la France pendant la période napoléonienne.

La séparation des autorités administratives et judiciaires, elle aussi héritée de l'annexion par la France, a été dans un premier temps appliquée avec la plus grande rigueur. A ce titre, l'incorporation au nouveau royaume de Hollande (1815-1830) a encore accentué la rigidité avec laquelle les autorités administratives veillaient à ne jamais avoir à répondre de leurs actes devant les juridictions. Dans une réaction d'inspiration libérale, le Congrès national qui a rédigé la Constitution de 1831 y a inséré diverses dispositions (notamment les articles 24, 78, 92, 93, 106 et 107) destinées à assurer une garantie effective des droits des citoyens, confiée à un pouvoir judiciaire solidement armé.

Toutefois la jurisprudence ainsi que la doctrine, inspirée notamment par les travaux de l'auteur et magistrat français Henrion de Pansey, longtemps cité dans les conclusions des avocats généraux, ont convergé pour que les juridictions belges aient une interprétation assez minimaliste des avancées ainsi esquissées. Ceci a été tout spécialement vrai au regard de la mise en œuvre de la responsabilité des personnes publiques. Pendant 90 ans, le droit belge a opéré une distinction entre *l'Etat puissance publique* et *l'Etat personne privée* :

- lorsqu'était en cause un acte pris par l'Etat agissant comme un simple propriétaire, gérant ses biens mobiliers ou immobiliers, alors les juridictions civiles acceptaient de connaître d'un éventuel différend résultant de cet acte. Telle était la théorie de *l'Etat personne privée* ;
- en revanche, lorsque l'acte ressortissait de *l'imperium* et que l'autorité en cause avait exercé une prérogative de souveraineté, alors jouait la théorie de *l'Etat puissance publique* et le juge civil déclinait sa compétence pour examiner un éventuel litige soulevé par un justiciable.

Ainsi le principe de séparation a été longtemps interprété de manière stricte par la Cour de cassation belge, et dans les faits il était extrêmement rare qu'un acte soit suffisamment exempt d'*imperium* pour que les juridictions civiles acceptent de connaître d'une demande indemnitaire consécutive à un dommage résultant de l'application de cet acte. S'il n'existait pas une irresponsabilité de droit, le système aboutissait à une immunité de fait. Diverses tentatives destinées à assouplir la rigidité du dispositif, tout au long du XIXème siècle et au début du XXème, ont tourné court.

1.2 Les lignes n'ont véritablement été déplacées que lorsque la Cour de cassation de Belgique a rendu son arrêt du 5 novembre 1920 *Société La Flandria c/ ville de Bruges*. Cet arrêt abandonne la distinction entre l'Etat puissance publique et l'Etat personne privée et pose le principe selon lequel l'Etat doit répondre des dommages qu'il cause par son action, dès lors que celle-ci aboutit à la lésion d'un droit au sens civiliste du terme. Comme l'écrit l'avocat général Paul Leclercq en concluant dans cette affaire : « *Il y a lieu à indemnité dès que l'acte gouvernemental viole un droit civil du demandeur* ». La conséquence en est que, pour obtenir réparation, le demandeur doit justifier de la lésion d'un droit et donc établir l'existence, dans le chef de l'administration, d'une obligation juridique qui a été méconnue.

Certes l'évolution de principe a été considérable, mais dans les faits le droit belge a laissé subsister un certain temps diverses hypothèses dans lesquelles la responsabilité de la puissance publique ne pouvait être utilement recherchée. Tel était notamment le cas lorsque l'administration faisait usage d'un pouvoir discrétionnaire.

1.3 En droit belge, la réparation des préjudices causés par les personnes publiques incombe normalement aux juridictions civiles. Toutefois et par dérogation à ce principe, le Conseil d'Etat peut être conduit à indemniser certains dommages ne ressortissant pas de la compétence

judiciaire. Il y a donc une répartition fonctionnelle entre la juridiction civile à ses divers échelons (tribunaux civils, cours d'appel et Cour de cassation) d'une part, et le Conseil d'Etat d'autre part.

=> Le juge *judiciaire* est normalement compétent pour réparer les dommages causés par les fautes de l'administration. La victime agit alors en réparation d'un droit civil lésé, relevant de la compétence judiciaire par l'effet de l'article 144 de la Constitution. Il est alors fait application des articles 1382 et suivants du code civil.

Toutefois le juge civil n'est pas saisi que d'actions indemnitaires destinées à réparer les fautes de l'administration. En effet certaines jurisprudences ou bien diverses lois spéciales lui ont reconnu la compétence de réparer les dommages causés par l'action des personnes publiques en dehors de toute faute. On peut en donner quelques exemples :

- ° les troubles de voisinage (Cour de cassation 28 juin 1973 Pas. 1973 1, p. 1013 pour les nuisances résultant de la construction du métro de Bruxelles) ;
- ° les troubles liés à la pose et à l'ancrage des lignes électriques (lois du 10 mars 1925 et du 10 janvier 1977) ;
- ° les servitudes d'urbanisme (loi du 29 mars 1962).

=> Le juge *administratif* – en l'occurrence le Conseil d'Etat – est compétent pour connaître de deux types d'actions indemnitaires.

° Il peut être saisi d'une demande d'indemnité tendant à la réparation d'un dommage exceptionnel, moral ou matériel, causé par une autorité administrative, en vertu de l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, introduit le 12 janvier 1973. L'exercice de ce recours est soumis à diverses conditions :

- aucune autre autorité, judiciaire ou administrative, n'est compétente pour réparer le dommage en cause ;
- le dommage doit être exceptionnel et être constitutif d'une rupture grave et anormale dans l'égalité des citoyens devant les charges publiques, en n'affectant qu'un nombre restreint d'individus ;
- le dommage, qui n'était pas normalement prévisible, est né, actuel et certain.
- le dommage a été causé par une action ou une omission d'une autorité administrative et n'est imputable ni au législateur ni au pouvoir judiciaire.

L'un des domaines dans lesquels ce régime d'indemnisation a trouvé à s'appliquer est celui des dommages exceptionnels subis à l'occasion de vaccinations obligatoires. On peut citer l'exemple de l'arrêt du Conseil d'Etat Paasch de 1992 (n° 41.396). Il s'agissait d'une vaccination antipoliomyélitique subie en 1986 par un jeune enfant atteint de paraplégie deux semaines plus tard. Aucune faute n'était imputable aux conditions d'administration du vaccin, le produit injecté étant seul responsable du dommage exceptionnel résultant de la vaccination obligatoire, un lien de causalité étant du même coup admis entre l'injection du vaccin et la survenance de la maladie. Le nombre d'arrêts du Conseil d'Etat allouant une indemnité exceptionnelle est assez restreint, environ une trentaine en un peu plus de 40 ans.

° Par l'effet d'une réforme très récente et qui n'a pas encore développé toutes ses potentialités, le Conseil d'Etat de Belgique peut désormais aussi être saisi d'une demande d'indemnité réparatrice.

Cette évolution s'inscrit dans le prolongement d'une réforme de la Constitution belge initiée en 2010. Cette réforme a amendé l'article 144 de la Constitution afin d'atténuer les inconvénients conduisant le justiciable à saisir le Conseil d'Etat d'une demande d'annulation puis, à supposer qu'il y ait été fait droit, à engager ensuite une procédure au civil pour obtenir réparation de l'illégalité s'attachant à la décision annulée. L'objectif de la réforme a donc été de permettre au Conseil d'Etat, dans la « foulée » d'une annulation, de pouvoir tirer lui-même les conséquences indemnitaires de cette annulation. Il s'agissait donc, dans l'intérêt d'un règlement diligent de l'ensemble du litige dans tous ses aspects, de conférer au Conseil d'Etat une sorte de « droit de suite ».

L'article 144 est désormais ainsi conçu :

« Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'Etat ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

Ce recours a été organisé par le nouvel article 11 bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, faisant partie intégrante de la loi du 6 janvier 2014 relative à la 6^{ème} réforme de l'Etat.

L'une des conditions essentielles pour exercer cette voie procédurale renvoie à l'application du principe « *Electa una via* » qui a pour effet que le Conseil d'Etat ne peut être saisi d'une demande d'indemnité réparatrice par un justiciable ayant intenté une action en responsabilité civile devant

le juge judiciaire et cela même après s'en être désisté. Réciproquement, quiconque forme devant le Conseil d'Etat une demande d'indemnité réparatrice se privera ex post de la possibilité d'exercer, à raison des mêmes faits de l'administration, une action civile devant le juge judiciaire.

En Belgique il n'existe pas de juridiction paritaire comparable au Tribunal des conflits français. C'est la Cour de cassation qui statue sur les éventuels conflits de compétence entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

2. Les questions de procédure

2.1 Lorsque la demande indemnitaire contre une personne publique est portée devant le juge civil, la procédure est régie par la 4^{ème} partie (procédure civile) du code judiciaire. Lorsque la demande est portée devant le Conseil d'Etat, la procédure est fixée conformément aux textes applicables à cette juridiction, à savoir les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

2.2 La législation belge n'a qu'en de rares cas institué des commissions examinant obligatoirement une demande en réparation dirigée contre une personne publique. Un tel recours obligatoire existe pour les demandes d'indemnisation en cas de détention préventive injustifiée (loi du 13 mars 1973).

En cas de mise en œuvre de la responsabilité aquilienne devant les juridictions civiles, la demande préalable n'est pas obligatoire.

En revanche la demande présentée devant le Conseil d'Etat en réparation d'un préjudice exceptionnel doit faire l'objet d'une demande préalable. Le requérant est tenu d'en rapporter la preuve devant le Conseil d'Etat, sans quoi la demande formée devant celui-ci est irrecevable.

2.3 Au titre de la demande en réparation d'un préjudice exceptionnel devant le Conseil d'Etat, le litige se trouve lié par le rejet de la demande préalable formé devant l'administration, ou par son absence de réponse dans un délai de 60 jours à compter de sa saisine.

Au titre de la demande d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat, la demande indemnitaire peut être formée à tout moment de l'instruction de la demande en annulation et, au-delà et naturellement si les conclusions aux fins d'annulation ont été accueillies, dans les 60 jours suivant la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Un simple constat d'illégalité et on n'exige pas une annulation. Ceci renvoie à une particularité de la procédure administrative contentieuse belge, qui conduit :

- dans certains cas à une annulation, dans des conditions proches de l'annulation contentieuse familière au droit administratif français ;
- dans d'autres cas à un simple constat d'illégalité, lorsqu'il est fait application de la procédure dite de la « boucle administrative » qui conduit à ce que l'administration corrige un acte avant que celui-ci soit annulé. Lorsque la « boucle administrative » a produit un tel effet, alors il n'y a naturellement plus matière à annulation, le Conseil d'Etat se bornant à constater l'illégalité de l'acte en cause.

Le Conseil d'Etat statuera sur la demande d'indemnité réparatrice en principe dans un délai de *douze mois* suivant cette même date de notification.

2.4 Jusqu'au début des années 2000, la prescription des créances détenues sur les autorités publiques était régie par des règles dérogatoires au droit commun. Ce délai était uniformément de cinq ans et démarrait le 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle était né le fait générateur de la responsabilité. Il était très difficile d'obtenir une suspension de ce délai.

Deux lois des 16 mai 2003 et 25 juillet 2008 ont défini, du moins pour les dettes détenues sur l'Etat fédéral, un régime plus proche du droit commun. Le délai reste fixé à cinq ans mais commence à courir le lendemain du jour où la personne lésée a eu connaissance de son dommage et de l'identité de la personne publique responsable. Si cette identification est impossible ou si le dommage n'apparaît que tardivement, la victime dispose d'un délai de 20 ans débutant alors le lendemain du jour où le fait générateur a pris naissance. Le recours en annulation devant le Conseil d'Etat a pour effet d'interrompre la prescription, du moins s'il aboutit à l'annulation de l'acte litigieux.

2.5 Les demandes en indemnité portées en application du code civil devant le juge judiciaire sont soumises en principe à un juge de premier degré (tribunal civil) avec possibilité d'appel devant une cour d'appel.

L'arrêt de la cour d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi porté devant la Cour de cassation. Celle-ci ne contrôle normalement pas l'évaluation du préjudice, soumise au pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond.

Les deux autres actions en réparation (indemnité pour préjudice exceptionnel ou indemnité réparatrice) relèvent en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat, dont la décision n'est susceptible d'aucune contestation (hormis des cas exceptionnels soumis à des conditions étroites : tel est le cas du recours en révision).

3. Les questions de fond

3.1 La jurisprudence civile se montre peu encline à admettre l'existence d'un lien de causalité dans le cas d'un vice de forme, par exemple un défaut de motivation. Par exemple la cour d'appel de Liège, par un arrêt du 28 janvier 1993 (J.T. 1993 pp. 477-480 obs Dalq), a écarté une demande d'indemnisation au motif que « *l'irrégularité ne cause préjudice que si la décision n'aurait pas pu être prise de la même manière si toutes les règles de forme avaient été respectées* ».

L'annulation n'est pas une condition puisqu'il suffit qu'une action ou abstention imputable à l'administration ait conduit à la lésion d'un droit.

3.2 Devant le juge civil, le droit à réparation intégrale du préjudice est garanti par l'article 1383 du code civil. Le préjudice moral est réparé. A titre d'exemple, on peut citer un arrêt de cour d'appel ayant alloué 10 000 € à une personne dont le voisin avait fait édifier une maison dont le permis de construire avait été annulé pour illégalité, alors même que le terrain était constructible (Cour d'appel de Bruxelles 2^{ème} ch. 27 juin 2014 Consorts E et autres – *Journal des tribunaux* 2015 p. 61).

Il en va de même des procédures d'indemnisation relevant du Conseil d'Etat. Devant celui-ci, aucun préjudice n'est par principe exclu du droit à indemnisation. Tout préjudice patrimonial ou extra-patrimonial est par nature indemnisable.

3.3 S'agissant de l'action en réparation d'un préjudice exceptionnel devant le Conseil d'Etat, celui-ci se prononce en équité et tient compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé. Il se reconnaît un large pouvoir d'appréciation sur le principe de l'octroi de l'indemnité et sur la fixation de son montant.

3.4 Il n'y a aucun obstacle de principe à ce que la juridiction accorde une réparation en nature. Celle-ci peut conduire, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, à ce que le juge civil prescrive à l'administration de prendre les mesures aptes à mettre fin à l'illégalité dommageable. Une telle prescription n'est alors pas considérée comme une immixtion illicite dans l'exercice du pouvoir légalement réservé à l'autorité administrative (Cass 26 juin 1980, Pas 1980 I p. 1341 avec les conclusions du procureur général Velu).

La réparation en nature doit toutefois être proportionnée. Il a par exemple été jugé que cette condition n'était pas remplie dans le cas d'une demande de destruction de constructions non autorisées. Un voisin avait demandé au juge civil d'ordonner la destruction de constructions à usage d'habitations édifiées sur le fondement d'un permis de construire qui avait ultérieurement été annulé par le Conseil d'Etat. La demande tendant à ce qu'il soit enjoint de détruire a été regardée comme ne constituant pas une forme de réparation en nature susceptible d'être accordée, au motif que le terrain avait un caractère constructible. A donc été privilégiée une réparation du préjudice sous la forme de l'octroi d'une indemnité (Cour d'appel de Bruxelles 2^{ème} ch. 27 juin 2014 Consorts E et autres – *Journal des tribunaux* 2015 p. 61).

Le refus des pouvoirs publics de mettre en œuvre leur pouvoir réglementaire est une faute (Cass 23 avril 1971 *Revue critique de jurisprudence* 1975 p. 5).

Toutefois le juge civil hésite à ordonner à l'autorité administrative de faire usage de son pouvoir réglementaire. Ainsi, par un jugement du 4 octobre 2013 N.C. c/ Etat belge – ministre de la Justice, le tribunal civil de Bruxelles (4^{ème} chambre) a jugé que l'abstention durable (10 ans) du pouvoir réglementaire à mettre en œuvre un dispositif imposé par une norme de valeur

supérieure – il s’agissait de créer pour les détenus une commission d’appel aptes à examiner les recours du conseil central et de la commission des plaintes – était une faute. Cette faute a engendré dans le chef du détenu auteur de l’action en réparation un préjudice moral indemnisable, mais le tribunal a estimé qu’enjoindre aux pouvoirs publics de prendre les mesures réglementaires en cause porterait atteinte à la séparation des pouvoirs.

Ainsi la réparation en nature semble trouver ses limites lorsque celle-ci impliquerait que le juge civil ordonne à l’administration de faire usage de son pouvoir réglementaire.

3. 5 S’agissant de l’action en réparation d’un préjudice exceptionnel devant le Conseil d’Etat, celui-ci ne peut allouer davantage que la somme sollicitée dans la demande préalable.

En droit belge, la réparation de préjudices dont une personne publique est amenée à répondre ne peut donner lieu à l’octroi de dommages et intérêts punitifs ou exemplaires, même en cas de pluralité d’illégalités manifestes. Le juge saisi, qu’il soit civil ou administratif, ne va jamais au-delà de l’indemnisation de l’entier préjudice.

3.6 Le droit belge prend en considération l’acte fautif du préposé de l’administration, notamment s’il accomplit un acte en dehors de ses fonctions, ou à des fins étrangères à ses attributions.

La faute de la victime peut atténuer la responsabilité de la personne publique.

Un exemple en est donné par un récent arrêt de cour d’appel ayant eu à traiter du cas d’une personne ayant obtenu un permis de construire mais que la commune en cause, avant même le début des travaux, avait averti du risque d’annulation pesant sur lui. Ce risque tenait à l’existence d’un recours juridictionnel, et au fait que l’auditeur du Conseil d’Etat avait délivré un avis favorable à son annulation. Sans tenir compte des conseils de prudence prodigués par la commune, le titulaire du permis de construire avait fait commencer les travaux de construction.

Dans un tel contexte, ce choix a été regardé comme constitutif d’une imprudence de nature à atténuer la responsabilité de la personne publique ayant commis une faute en délivrant un permis de construire illégal. La faute de la victime a été regardée comme ayant concouru à la réalisation

du dommage à hauteur de 70 %, les personnes publiques dont la responsabilité pour faute était engagée n'ayant dû dès lors supporter que 30 % du préjudice subi par la victime (Cour d'appel de Bruxelles 2^{ème} ch. 27 juin 2014 Consorts E et autres – *Journal des tribunaux* 2015 p. 61).

*

**

L'EVALUATION DU PREJUDICE AUX ETATS-UNIS D'AMERIQUE

Benoit Delaunay, *Professeur de droit public à l'Université Paris II*

Maurice Ahlidja, *ATER en droit public à l'Université de Poitiers*

Fiche-pays

À l'instar de la plupart des pays anglo-saxons, le droit de la responsabilité civile des États-Unis repose sur la *law of torts* qui elle-même tire sa source de la *Common law*¹.

Conformément à la tradition de la *Common law*, en droit américain², il n'existe pas un juge spécialisé dans le contentieux administratif³. C'est le juge civil qui tient ce rôle, et par conséquent, est juge du contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'administration⁴. C'est là une différence fondamentale avec le droit français marqué par l'existence d'un juge spécialisé dans le contentieux administratif, le juge administratif.

Cependant, sur un plan historique, on peut relever qu'à l'image de la France⁵, aux États-Unis, l'administration fédérale bénéficia pendant longtemps d'une irresponsabilité qui tire ses origines de l'immunité du souverain : « *The King can do no wrong* ».

L'immunité dont jouissait l'État fédéral fut toutefois loin d'être absolue, puisque la Loi Fondamentale américaine exigeait déjà que l'administration n'exproprie les administrés que moyennant une juste indemnité⁶. Parallèlement, il fut également possible de poursuivre

¹ P. Grégoire, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, CIDC, Bruxelles, 1971, p. 1.

² L'expression « droit américain » doit être d'entrée nuancée, car il désigne en réalité « un ensemble complexe qui englobe plusieurs droits [...]. À strictement parler, le droit des États-Unis comprend donc 51 droits, le droit fédéral et le droit des 50 États ». E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, p. 3.

³ A. Roblot-Troisier, « Chronique de jurisprudence », *RFDA*, novembre-décembre 2007, n° 7, p. 1290.

⁴ D. Custos, « Droits administratifs américain et français : source et procédure », *RIDC*, avril-juin 2007, n° 2, p. 285, spec. p. 294. Toutefois, la doctrine administrativiste américaine assez globalement hostile à l'introduction du dualisme juridictionnel dans l'ordre juridique américain. Voir à ce propos les ouvrages de B. Schwartz, *French administrative law ans the common law world*, New York University Press, 1954 et C.J. Hamson, *Executive discretion and judicial control : An aspect of the french Conseil d'État*, LTD, Steven et Sons, 1954.

⁵ B. Delaunay, « Droit de la responsabilité administrative et droit comparé », in *La responsabilité administrative*, LexisNexis, 2013, p. 50.

⁶ Voir le V^{ème} Amendement et concernant l'expropriation sans le respect d'une procédure équitable (due process) voir le XIV^{ème} Amendement §1.

l'administration américaine, après l'autorisation préalable du Congrès américain par le vote d'une *private bill*. Il s'agissait toutefois d'une procédure exceptionnelle.

Ce n'est qu'avec le vote du *Federal Tort Claims Act* en 1946⁸ (FTCA) par le Congrès qu'un cadre juridique est solidement établi pour mettre en jeu la responsabilité de l'administration américaine.

Quelles sont les principales caractéristiques du FTCA et plus largement du droit de la responsabilité administrative aux États-Unis ? Comment le préjudice causé par une personne publique est-il concrètement réparé par le juge américain ?

Pour y répondre, nous étudierons d'une part les caractéristiques générales de la responsabilité administrative des États-Unis (I), et de l'autre, les principes qui président à la réparation du préjudice (II).

I. Les caractéristiques générales du droit américain de la responsabilité administrative

Attachée au système de la *Common law*, la responsabilité de l'administration en droit américain comme en droit anglais repose sur la notion de faute⁹. La jurisprudence *Rylands v Fletcher* de la Chambre des Lords¹⁰ consacrant une responsabilité sans faute « *strict liability* » aura toutefois une influence considérable de l'autre côté de l'Atlantique et conduira à une large diffusion de la responsabilité sans faute dans divers domaines tels que l'utilisation de machines ou de produits dangereux ou le transport d'explosifs¹¹. L'importance de la « *strict liability* » aux États-Unis est néanmoins relative comparée à la place de la responsabilité sans faute en France¹². La différence la plus frappante avec les États-Unis concerne le domaine médical où la responsabilité sans faute ne joue pas¹³ alors qu'en France c'est ce domaine qui innerva à titre principal l'élargissement de la responsabilité administrative sans faute.

⁷ P. Pradal, « La responsabilité extracontractuelle de l'administration fédérale aux États-Unis, le fédéral tort claims act et le pouvoir discrétionnaire », *RFAP*, La responsabilité administrative : comparaison internationale, 2013, n° 147, p. 707.

⁸ Figurant au 28 USC §§ 1346 et seq.

⁹ Conseil d'État, *Rapport public 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, La documentation française, p. 303.

¹⁰ *Rylands v Fletcher* (1868), LR 3 HL 330.

¹¹ Conseil d'État, *Rapport public 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, La documentation française, p. 303.

¹² P. Gonod, « Les tendances contemporaines de la responsabilité en France et à l'étranger : quelles convergences ? », *RFAP*, 2013, n° 147, p. 721.

¹³ Les victimes disposent d'une action en responsabilité fondée sur la faute.

Si des différences sont également à noter sur le plan procédural entre droit américain et français¹⁴, on peut tout de même relever quelques points de convergences. Ainsi, de façon analogue au droit administratif français de la responsabilité, existe-t-il également aux États-Unis une règle procédurale d'une importance essentielle avant d'engager la responsabilité d'une personne publique devant le juge : c'est la règle de la décision préalable¹⁵. En effet, l'action devant les tribunaux américains n'est recevable que si préalablement il y eut un recours auprès de l'administration¹⁶. Le requérant dispose à cet effet d'un délai relativement long pour l'exercer à savoir deux ans. Le silence de l'administration vaut rejet de la demande après un délai de six mois. En tout état de cause, l'administré, s'il souhaite intenter une action en responsabilité contre l'administration, doit le faire dans les six mois qui suivent le rejet de son recours préalable. Par ailleurs, seuls les tribunaux fédéraux sont compétents pour statuer sur la responsabilité de l'État fédéral¹⁷. Et le droit applicable dans ce cas est celui de l'État dans lequel la faute a été commise. C'est d'ailleurs le droit étatique qui détermine si le comportement répréhensible d'un agent public relève bien d'une faute commise dans l'exercice des fonctions susceptible d'engager la responsabilité de l'administration fédérale¹⁸. Le droit de chaque État joue également un rôle essentiel dans la détermination du montant et de la nature des dommages ainsi que des intérêts recouvrables.

Néanmoins, la législation étatique est bornée par le FTCA qui exclut par exemple la possibilité d'attribution de dommages et intérêts punitifs (*punitive damages*)¹⁹.

Plus généralement, le texte de base de la responsabilité de l'administration aux États-Unis, ne consacre pas une responsabilité absolue et générale de l'administration fédérale. Des limites sont posées par le FTCA. On ne peut par exemple intenter une action en responsabilité extracontractuelle contre l'administration lorsqu'elle adopte un texte législatif ou réglementaire qui cause dommage à autrui. Cette immunité accordée à l'administration dans l'exercice de son pouvoir d'édition de normes est d'autant plus remarquable que même un texte invalidé postérieurement par le juge ne saurait en aucun cas engager la responsabilité de la puissance publique. Les États-Unis ne connaissent donc pas une responsabilité du fait du législateur. En outre, à la différence du droit français de la responsabilité publique, les dommages causés par la décision de

¹⁴ Conseil d'État, Rapport public 2005, op. cit., p. 307.

¹⁵ Laquelle constitue selon le professeur Waline « l'obligation faite au plaideur, préalablement à tout recours contre l'administration, de solliciter d'elle une décision sur la prétention qu'il propose de soumettre au juge ». J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 25^e éd., 2014, p. 679, n° 656.

¹⁶ 28 USCA § 28.

¹⁷ 28 USCA § 1346 (b).

¹⁸ 28 USCA § 1346 (b).

¹⁹ P. Pradal, op. cit., p. 709.

faire des travaux publics n'engagent pas la responsabilité sans faute de l'administration, mais rentrent dans le régime juridique de l'indemnisation pour expropriation²⁰.

Le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration constitue une limite importante à la responsabilité posée par le FTCA. Les réglementations des institutions financières²¹, la décision de faire une inspection de sécurité constituent par exemple des décisions relevant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et de ce fait ne peuvent engager une responsabilité publique. C'est l'importante décision *Berkovitz*²² de la Cour suprême qui pose les critères d'identification du pouvoir discrétionnaire dans l'action de l'administration. Le juge détermine d'abord si l'administration disposait d'une réelle marge de manœuvre, auquel cas il s'interroge dans un second temps sur le fondement de la décision²³. Lorsque la décision est justifiée par des considérations politiques ou stratégiques, les prétentions indemnitaires des victimes n'aboutissent guère²⁴ alors que l'administration encourt sa responsabilité quand les dommages procèdent d'une action à caractère technique²⁵. Finalement, comme l'analyse à juste titre la doctrine, « dans chaque action en responsabilité, le problème est donc de distinguer les décisions ne relevant pas de la compétence du juge car couvertes par le pouvoir discrétionnaire de l'administration de celles susceptibles de relever de la responsabilité délictuelle de l'administration »²⁶. D'autant plus que la Cour suprême s'est montrée encore plus conciliante dans l'appréciation du pouvoir discrétionnaire avec sa décision *Gaubert*²⁷. L'immunité dont jouit l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire repose principalement sur une conception *stricto sensu* du principe de séparation des pouvoirs²⁸. L'appréhension assez étroite de ce principe par le juge pour accorder une irresponsabilité à l'administration n'est pas sans refléter sa manière de prendre en compte le préjudice.

²⁰ *Coates v United States*, 181 F.2d. 816 (8th Cir 1950); Voir aussi J. D. Perovich, « Liability of the United States under Federal Tort Claims Acts for Damages from Flooding »; American Law Reports Federal, vol. 4, p. 723.

²¹ *United States v Gaubert*, 499 US 315, 111 S. Ct. 1267, 1274, 113 LEd.2d. 335 (1991).

²² *Berkovitz by Berkovitz v. United States*, 486 US 531, 108 S. Ct 1954, 100 L.Ed. 2d. 531 (1988).

²³ Le juge vérifie si la décision repose sur des considérations d'ordre politique, économique, social ou stratégique.

²⁴ Voir à propos de l'amiante : In re Joint E. et S. Asbestos Litig., 891 F.2d 31 (2d Cir. 1989) ; sur les radiations : In re Consolidated United States Atmospheric Testing Litig., 820 F.2d 982 (9th Cir. 1987).

²⁵ Réparation des dommages des fautes médicales : *Lather v. Beadle County*, 879 F.2d 365 (8th Cir. 1989) ; *Jablonski v. United States*, 712 F.2d 391 ; *Jackson v. Kelly*, 557 F.2d 735 (10th Cir. 1977).

²⁶ J. Paradal, op. cit., p. 711.

²⁷ *United States v Gaubert*, 499 US 315, 111 S. Ct. 1267, 1274, 113 LEd2d 335 (1991).

²⁸ P. Gondod, op. cit., p. 722.

II. Les principes régissant la réparation du préjudice en droit américain de la responsabilité administrative

Aux États-Unis et plus largement dans le système de la *common law*, les tribunaux sont moins enclins à condamner l'administration comme en France. À certains égards, cela explique l'absence de prolifération des régimes de responsabilité objective dans ce système. Ainsi qu'il a été précédemment dit, les tribunaux américains témoignent d'un certain pragmatisme à l'égard des contraintes de l'administration et se montrent bienveillants à son égard. C'est en cela que la Cour suprême se montre peu favorable à l'extension de la *strict liability* à de nouveaux domaines de l'action administrative. En outre, tout un pan de l'action administrative échappe à la mise en œuvre de la responsabilité sous le couvert du pouvoir discrétionnaire de l'administration que se refuse à contrôler et sanctionner le juge. Dans ce contexte, le rôle du juge américain en matière de responsabilité administrative est très critiqué par la doctrine pour son caractère régressif²⁹. Il s'agit d'un « blanc-seing » accordé à l'administration qui remet en cause l'efficacité même du dispositif de responsabilité tel qu'il a été conçu³⁰.

En ce qui concerne la réparation des dommages proprement dite, il est exclu en matière de responsabilité de l'administration l'octroi des dommages et intérêts punitifs. N'est également pas pris en charge en droit américain les pertes économiques³¹. En des termes assez clairs dans l'arrêt *Seely v White Motor Co*³², les juges américains considèrent qu'en dehors de toute relation contractuelle, toute allocation de dommages économiques est interdite : « *[The] manufacturer cannot be held liable for the level of performance this products in the consumer's business unless he agrees that the product was designed to meet the consumer's demand. A consumer should not be charged at the will of the manufacturer with bearing the risk of physical injury when he buys a product on the market. He can, however, be fairly charged with the risk that the product will not match his economic expectations unless the manufacturer agrees that it will* ». C'est le cas en matière de responsabilité du fait des produits défectueux³³. Les préjudices corporels et matériels ne semblent eux soulever aucune particularité. Ils font l'objet d'une réparation intégrale par les juges américains³⁴.

²⁹ *Idem*, p. 721.

³⁰ P. Pradal, *op. cit.*, p. 710.

³¹ À l'opposé du droit français. Voir C. Lapoyade-Deschamps, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », 1998, vol. 50, n° 2, p. 378.

³² *Seely v White Motor Co.* 63 Cal2d 9, 403 P.2d 145, 45 Cal. Rptr. 17, 23 (Cal. 1926).

³³ L. M. Kheir Bek, *Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux : entre réparation et prévention : étude comparée entre le droit français et le droit américain*, PUAM, 2011, p. 93.

³⁴ *Ibidem*.

S'il présente quelques similitudes avec le droit français de la responsabilité, le régime de la responsabilité administrative des États-Unis est moins protecteur que celui de l'Hexagone. Entre son attachement à la faute s'inscrivant en cela dans la tradition de la *Common law* et le peu de générosité des juges à l'égard des victimes, le droit américain de la responsabilité administrative paraît être encore à un stade intermédiaire de son évolution. Même si sa cohérence est préservée, comparativement au droit français de la responsabilité administrative dans lequel on note une multiplication incontrôlée des régimes spéciaux de responsabilité et autres fonds d'indemnisation, il est quand même souhaitable que la protection accordée par le juge au citoyen américain face à l'administration soit beaucoup plus optimale.

SLC – Groupe Action publique
L'évaluation du préjudice (responsabilité extracontractuelle) GRECE

par

Marie SIRINELLI

Maitre des requêtes au Conseil d'Etat

Cette fiche a été réalisée avec l'aide précieuse de M. Ioannis Gravaris, Conseiller d'Etat, ainsi que de Mmes Stavroula Ktistaki et Aikaterini Rokxana, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat Hellénique.

Introduction :

La dualité de juridictions se décline en Grèce d'une manière très proche de celle que nous connaissons en France. L'existence de la juridiction administrative y est consacrée constitutionnellement. Celle-ci comprend des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et un Conseil d'Etat. Le système grec ne connaît pas, en revanche, de cour constitutionnelle.

Dans ce cadre, le juge administratif est en charge des contentieux de l'administration, notamment en matière de responsabilité administrative, en vertu de l'article 1er alinéa 2, de la loi du 14 juin 1983.

En droit administratif hellénique, on désigne comme « *responsabilité civile de l'Etat* » la responsabilité extracontractuelle de celui-ci, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs, engagée en raison de leurs actes ou omissions contraires à la loi, et commis dans l'exercice des prérogatives de puissance publique.

Le fondement constitutionnel de la responsabilité administrative réside dans l'article 4 § 5 de la Constitution, qui dispose que les citoyens grecs contribuent sans distinction aux charges publiques de manière proportionnée à leurs capacités (car les dépenses de l'Etat, ou de la personne morale de droit public qui doit réparation, sont regardées comme étant des charges publiques imposées d'une manière générale, sur la base de critères objectifs, conformément à cette disposition constitutionnelle).

La responsabilité de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics est plus précisément régie par les articles 105 et 106 de la Loi d'Introduction au Code civil Hellénique, ainsi que par les dispositions du Code civil, qui sont considérées par la jurisprudence comme applicables en la matière.

Des textes plus précis peuvent, enfin, exister dans certains domaines. Ainsi la Grèce, condamnée plusieurs fois par la Cour européenne des droits de l'Homme en raison de procédures

juridictionnelles excédant une durée raisonnable¹, a adopté en 2012 une loi permettant l'indemnisation des justiciables en cas de délais excessifs de procédure devant le juge administratif (cf. articles 53 à 58 de la loi 4055/2012).

1. L'évaluation du préjudice - procédure :

1.1. L'amont de la saisine du juge :

Il n'existe pas, en Grèce, de recours administratif préalable obligatoire avant de saisir le juge administratif d'un recours indemnitaire. Alors qu'un tel recours préalable existe dans d'autres domaines comme le contentieux fiscal, l'hypothèse de son extension au contentieux indemnitaire, après avoir été envisagée, a finalement été écartée, afin de ne pas rallonger une procédure jugée déjà lourde pour la victime du préjudice. La législation hellénique ne prévoit ainsi pas de liaison de contentieux en cas de litige indemnitaire. Selon l'article 71 du Code de justice administrative, la victime de préjudice causé par l'action illégale de l'administration peut directement introduire une demande indemnitaire devant le tribunal administratif compétent.

La durée de la prescription des actions indemnitaires dirigées contre l'administration publique est de 5 ans (article 90 du Code de comptabilité publique), si aucune autre disposition spécifique ne prévoit une durée de prescription plus courte.

1.2. La procédure :

Principes généraux encadrant le recours :

Ces principes sont ceux du contentieux administratif, définis par le Code de justice administrative. Il n'existe ni procédure de règlement à l'amiable des différends indemnitaires, ni fonds d'indemnisation chargés de réparer ces dommages.

Le recours en indemnisation sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle de l'administration est un recours de plein contentieux, la distinction entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux étant consacrée dans la Constitution elle-même. Ce recours n'est pas nécessairement exercé à titre individuel par la personne lésée ; il peut être aussi exercé par des proches de la victime, qu'on appelle les « victimes par ricochet ». Ces derniers peuvent, le cas échéant, introduire un recours commun devant la juridiction administrative compétente. Aucune action collective, au sens des *class actions*, n'est en revanche prévue par le système grec.

La loi relative au Conseil d'Etat prévoit un filtrage de tous les recours contentieux, qui est effectué par une formation de cinq juges de la section compétente. Si le recours est manifestement irrecevable ou infondé, s'il a été exercé sans que la caution judiciaire ait été versée ou si une autre juridiction administrative est compétente, cette formation peut, sans audience, le rejeter (ou, le cas échéant, le renvoyer au tribunal compétent). La même procédure existe devant les juridictions du fond. Le pourvoi en cassation est, en outre, déclaré irrecevable si le montant en jeu dans l'affaire ne dépasse pas une certaine somme (40 000 euros). Indépendamment du montant en jeu, le pourvoi en cassation est également regardé comme étant irrecevable dans le cas où la partie qui a formé le recours n'invoque pas l'existence d'une divergence entre l'arrêt attaqué et la jurisprudence du Conseil d'Etat, ou bien le caractère nouveau de la question de droit

¹ voir en particulier : CEDH 21 décembre 2010, n°5973/08, *Athanasiou c. Grèce*.

en cause. Le Conseil d'Etat a jugé que ces dispositions relatives au recours en cassation n'étaient contraires ni à la Constitution (plus précisément, aux dispositions relatives à la séparation des pouvoirs et au droit à la protection légale), ni à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Enfin, il n'existe pas de procédures d'urgence pour les recours en réparation.

Exécution des décisions juridictionnelles :

Le juge de la réparation ne peut pas se substituer à l'administration pour imposer l'application de sa décision. Face à l'inertie de l'administration, la victime du préjudice qui a obtenu une décision favorable peut simplement, conformément à l'article 95 §5 de la Constitution, engager la responsabilité des agents publics qui ne se sont pas conformés à des décisions juridictionnelles. L'agent compétent peut également voir sa responsabilité pénale engagée. Cette dernière est régie par l'article 259 du Code pénal, lequel prévoit un emprisonnement qui peut aller jusqu'à deux ans. Ses conditions de mise en oeuvre sont toutefois assez strictes. En effet, cet article 259 exige une intention délibérée (plus particulièrement, l'agent devait avoir comme but ultime de causer un préjudice à un tiers ou à l'État), qui est bien évidemment très difficile à établir. En pratique, très peu de poursuites pénales sont formées en matière d'inexécution d'un jugement administratif.

Sous l'influence, notamment, de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui intègre dans les exigences de l'article 6 de la Convention l'effectivité des décisions de justice, des avancées ont toutefois pu être observées ces dernières années. Ainsi, depuis la révision de la Constitution qui, en 2001, a élargi le devoir de l'administration d'exécuter les décisions juridictionnelles à celles rendues par tous les tribunaux (et non plus seulement par les tribunaux administratifs), un organe quasi-juridictionnel est chargé de superviser l'exécution des décisions juridictionnelles. Ainsi, un Comité de Supervision de l'Exécution des décisions est formé au sein de chaque ordre juridictionnel (tribunaux civils, tribunaux administratifs, ainsi qu'au sein des Hautes Juridictions). S'il n'a pas le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, il peut néanmoins, à la demande de la personne intéressée, constater la non exécution d'une décision juridictionnelle, et condamner l'administration à agir matériellement par le paiement d'une somme raisonnable. Enfin, la loi n° 3068/2002 a prévu un mécanisme d'exécution forcée des obligations pécuniaires dérivées d'un jugement consistant en la saisie, selon les dispositions générales du Code de la procédure civile, de biens appartenant au patrimoine privé de l'Etat ou de la personne morale en cause.

3. L'évaluation du préjudice - les conditions de la réparation :

3.1. Faute et imputabilité :

Comme on l'a dit plus haut, la responsabilité des personnes publiques ne peut être engagée qu'en raison de leurs actes ou omissions **contraires à la loi**, et commis dans l'exercice des prérogatives de puissance publique.

En outre, pour que le dommage puisse être pris en compte, l'acte ou l'omission à l'origine du préjudice ne doit pas découler d'une règle posée pour des motifs d'intérêt général ; dans le cas contraire, l'indemnisation du préjudice causé est exclue.

La victime doit, enfin, apporter la preuve, ou un commencement de preuve, du lien de causalité entre, d'une part, l'acte ou l'omission de la personne publique et, d'autre part, le préjudice. Dans ce cadre, le juge du fond doit apprécier si, selon l'expérience commune et la raison, l'acte ou

L'omission était susceptible, suivant le cours naturel des choses (sans intervention d'autres circonstances extraordinaires), de provoquer le préjudice en question.

L'annulation de la décision administrative illégale à l'origine du préjudice n'est pas une condition préalable à l'indemnisation. Dans le cadre du recours indemnitaire, le juge administratif peut exercer un contrôle incident sur la légalité de l'acte ou de l'omission en cause.

3.2. Les différents types de préjudices :

L'existence d'un préjudice constitue l'une des conditions de l'engagement de la responsabilité administrative. Selon une classification très proche de celle qui existe en France, on peut distinguer les préjudices suivants :

- **Le préjudice corporel**, causé par un acte ou une omission d'un organe public, concerne l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne lésée. Il inclut, en particulier, les frais d'hospitalisation, médicaux, paramédicaux, pharmaceutiques et autres qui sont causés par cette atteinte, et sont indemnifiables dans leur intégralité, à condition que la victime en apporte la preuve.

- **Le préjudice à caractère économique**, temporaire ou permanent, peut être invoqué lorsque le patrimoine de la personne lésée est amoindri, soit par des pertes subies, soit par un manque à gagner ou des gains manqués. Ce préjudice peut inclure un préjudice futur, sous les deux conditions suivantes : que la réalisation de celui-ci soit certaine et qu'il puisse faire l'objet d'une évaluation monétaire.

- **Le préjudice moral** inclut enfin les différents préjudices incorporels extrapatrimoniaux. Il s'agit notamment la douleur morale provoquée par la mort d'une personne à ses proches (victimes par ricochet), ou des atteintes à l'honneur et à la réputation professionnelle d'une personne physique. Lorsque l'acte illicite peut entraîner, de par sa nature même, de tels préjudices, la jurisprudence n'exige pas que soit démontrée l'existence du préjudice moral.

3.3. La réparation :

La personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci. La réparation est en principe pécuniaire (article 297 § 1 du Code civil). Le principe est, en outre, que la victime doit alors être placée dans une situation similaire à celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable n'avait pas eu lieu ; suite à son recours en indemnisation, la personne lésée ne doit donc se retrouver ni appauvrie ni enrichie.

La réparation est en principe pécuniaire (article 297 § 1 du Code civil). Elle peut être allouée seulement sous forme de capital. Le juge administratif ne détermine pas le montant de l'indemnisation selon un barème ou un système d'évaluation, mais dispose du pouvoir discrétionnaire d'évaluer la somme due dans le cas concret. Ce pouvoir est néanmoins délimité par le principe de proportionnalité et les règles de la rationalité. En outre, selon les règles du contentieux administratif hellénique, le juge administratif est lié par les conclusions des parties.

Enfin, aucun dommage-intérêts punitifs ou exemplaires n'est prévu dans ce système. L'indemnité produit des intérêts qui sont fixés par le juge administratif sur le fondement de l'article 21 du décret codifié du 10 juillet 1944 concernant les procès contre l'État. En vertu de ces dispositions, le requérant a droit à des intérêts moratoires. Même en l'absence de demande tendant à l'allocation d'intérêts, tout jugement prononçant une condamnation à une indemnité fait courir les intérêts depuis le jour de son prononcé jusqu'à son exécution, au taux de 6%.

S'agissant du dommage matériel, la réparation consiste, en premier lieu, à verser une somme d'argent grâce à laquelle se trouve réparé le préjudice causé par l'acte illégal ou l'omission illégale de l'organe administratif, et qui correspond à la diminution du patrimoine de la personne lésée ; elle comprend donc aussi bien le dommage positif que le manque à gagner (article 298 du Code civil). En outre, si un avantage quelconque a découlé parallèlement, pour la personne lésée, de l'acte dommageable, il sera pris en considération lors de l'évaluation du préjudice.

La réparation d'un préjudice pécuniaire est en principe intégrale, et calculée de manière précise dans chaque cas, sur la base de critères et de données économiques objectifs (article 928 et 931 du Code civil). Il n'existe pas de règle posant le caractère forfaitaire de la réparation dans certaines circonstances, ni de règle d'indemnisation propre à des domaines spécifiques (hôpital, police, etc).

Conformément au système inquisitoire qui gouverne les tribunaux administratifs helléniques, le juge saisi du contentieux de la responsabilité administrative ne doit pas se contenter des preuves apportées par l'intéressé et peut, si nécessaire, ordonner une expertise. Par ailleurs, il doit examiner d'office l'existence éventuelle d'un gain du demandeur et procéder à sa compensation. Enfin, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain dans la constatation du préjudice, et notamment lors de l'évaluation du montant de la réparation, qui n'est pas soumise au contrôle du juge en cassation.

La responsabilité administrative peut également entraîner la **réparation du dommage moral**, même si l'acte ou l'omission dommageable concerne le patrimoine du justiciable. Le principe de réparation intégrale du préjudice ne trouve toutefois pas à s'appliquer en cas de réparation d'un tel préjudice.

Suite au décès d'une personne dans le cadre d'un accident provoqué par un acte ou une omission d'un organe administratif, conformément à l'article 932 du Code Civil, le tribunal peut, par exemple, indemniser le préjudice moral des proches. Après avoir évalué les faits de la cause, et selon les règles de l'expérience et de la raison commune, le juge de l'indemnisation constatera ainsi l'existence d'un préjudice moral pour les proches du défunt (notamment les tiers liés à la victime par des liens de parenté ou d'alliance), et leur accordera une réparation, en déterminant un montant raisonnable.

La détermination du montant de la réparation du préjudice moral est, selon une jurisprudence récente (n°4133/2011 et 2271/2013), soumise au contrôle du juge de cassation. Ce dernier s'assure, en effet, que le juge de fond n'a pas dépassé les limites de son pouvoir, décrites par la disposition de l'article 932 du Code civil, en fixant une indemnité manifestement disproportionnée (dans le sens du trop, comme du trop peu). C'est ainsi désormais, pour le juge de cassation, un champ d'application du principe de proportionnalité consacré par l'article 25 al. 1 de la Constitution. En pratique, toutefois, très peu d'annulations sont prononcées².

3.4. Exonération et partage de fautes :

Dans le cas de la responsabilité extracontractuelle de l'administration s'applique également l'article 300 du Code civil sur la faute dite « *concurrente* ». Conformément à cette disposition, le juge administratif peut ne pas allouer de réparation, ou en diminuer le montant, si la personne

² Pour un exemple de cassation, toutefois : arrêt 2202/2014 du Conseil d'Etat, où la haute juridiction censure une indemnisation d'un montant de 250 000 euros, considéré comme déraisonnablement élevé. Ce montant avait été alloué par les juges du fond pour réparer l'atteinte à la réputation d'un médecin, causée par une action de l'Etat qui avait eu des conséquences dommageables sur sa carrière.

lésée a contribué par sa propre faute au dommage ou à son extension, de même que si elle a négligé ou évité de limiter ce dommage.

Par ailleurs, les règles concernant le préjudice causé par plusieurs personnes (article 926 du Code civil) s'appliquent par analogie dans le cas d'une responsabilité née d'un acte commun, imputée à plusieurs personnes morales de droit public ou à une personne morale publique et à une personne privée, physique ou morale.

L'évaluation du préjudice en droit italien

Fiche pays

par

Jean LATOURNERIE

1. LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATION

1.1 - La notion de « faute » de l'Administration

1.2 - La notion de dommage « injuste »

2. L'EVALUATION DU PREJUDICE

2.1 - Procédure applicable à l'action en compensation

2.2 - Le rôle du juge dans l'évaluation du préjudice

2.2.1 Les principes généraux

2.2.2 L'évaluation du préjudice lié à des intérêts patrimoniaux

2.2.3 L'évaluation du préjudice lié à des intérêts extrapatrimoniaux

2.3 - Le rôle des parties dans la réparation du préjudice

3. CAS PRATIQUES

1. LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATION

L'organisation juridique italienne repose sur la dualité de juridiction : la répartition des compétences entre les ordres judiciaire et administratif est basée sur la différence entre la protection des « droits subjectifs » dévolue aux juridictions judiciaires, et la préservation des « intérêts légitimes » - c'est-à-dire les situations subjectives se rapportant à un pouvoir discrétionnaire de l'administration- dévolue aux juridictions administratives.

Une telle organisation découle de la loi de 1865 promulguant le Code civil italien pour les juridictions judiciaires, et de l'article 26 du Texte Unique des lois sur le Conseil d'Etat n° 1054 de 1924 pour les juridictions administratives.

S'agissant du contentieux de la responsabilité administrative, c'est traditionnellement l'article 2043 du Code civil de 1865 qui renvoie aux éléments susceptibles de la mettre en jeu devant le juge judiciaire. Ces éléments sont notamment :

- un comportement (ou une omission) qui doit se présenter comme en opposition avec les normes juridiques ;
- un élément intentionnel laissant apparaître une culpabilité de l'Administration ;
- un dommage qui doit se révéler « injuste » ;
- un lien de causalité entre le comportement et le dommage.

Initialement, c'est donc le juge judiciaire qui était compétent en matière de contentieux de la responsabilité administrative, le juge administratif n'intervenant en amont que pour l'annulation d'un acte administratif illégal.

La lésion d'un « intérêt légitime » ne pouvait donc traditionnellement donner lieu à la mise en cause de la responsabilité publique, le juge judiciaire établissant la responsabilité de l'Administration seulement pour lésion d'un « droit subjectif », et sur la base d'un élément intentionnel laissant apparaître son intention coupable : cette

règle accordait l'immunité à une part substantielle de l'action administrative, notamment en termes d'actes illégaux.

Ce régime de quasi-irresponsabilité des personnes publiques s'est prolongé jusqu'en 1999, et l'admission de la responsabilité de l'Administration pour tous les dommages provoqués par des actes administratifs illégaux est une conquête récente du droit administratif italien.

En précisant que tout dommage « injuste » permet d'engager la responsabilité de l'Administration, la décision n° 500 de 1999 de la Cour de cassation engage une remise en cause la *summa divisio* fondée sur l'opposition entre « droits subjectifs » et « intérêts légitimes », qui découle d'un mouvement de réforme insufflé à la fin des années 1990 dans le but de garantir le droit d'accès au juge et à une protection juridictionnelle effective, y compris contre les actes de l'Administration.

C'est toute la conception des rapports entre l'Administration et ses administrés qui est revue, notamment parce que des situations juridiques supposant un « intérêt légitime » n'interdisent plus d'engager la responsabilité de l'Etat.

C'est ensuite la loi n° 205 de 2000 qui opère un changement quant à la répartition des compétences relatives à l'évaluation du préjudice causé par l'Administration : son article 7 dispose en effet que le contentieux de la responsabilité de l'Administration est soustrait à la compétence du juge ordinaire pour être confiée au juge administratif, qui dispose dès lors -comme le prévoit l'article 103 de la Constitution- d'une compétence de principe pour évaluer le préjudice découlant de la lésion d'un « intérêt légitime »¹.

Désormais, les conditions *sine qua non* pour engager la responsabilité extracontractuelle de l'Administration sont les suivantes :

- une faute de l'administration (1.1) ;
- un dommage « injuste » (1.2) ;
- un lien de causalité entre la faute et le dommage subi.

1.1. La notion de « faute » de l'Administration

S'agissant de la faute de l'Administration, elle doit consister non plus en un acte résultant d'une intention coupable, mais en un qui a été annulé du fait de son caractère illégitime : il est en effet nécessaire qu'existe un acte illégitime ou une activité illégitime de l'Administration pour que soit ouvert un droit de réparation².

La question du contenu d'une telle faute et donc de l'éventualité d'accepter une responsabilité sans faute de l'Administration n'est à ce jour pas réglée par la jurisprudence.

Si la décision n° 500 de 1999 établit que la responsabilité administrative est une responsabilité pour faute, la formulation ambiguë utilisée pour la définir ne permet pas de résoudre la question de son contenu.

¹ Aux termes de l'article 103 de la Constitution : « Le Conseil d'État et les autres organismes de justice administrative ont juridiction pour assurer la protection des intérêts légitimes à l'encontre de l'administration publique ».

² La Cour de Cassation fait ainsi référence à « l'activité illégitime et coupable de l'Administration publique » (Cass., sez. un., 22 juill. 1999, n° 500)

En effet, aux termes de cet arrêt, la faute nécessaire pour faire naître la responsabilité administrative n'est pas la faute de l'agent, mais celle de l'administration publique comme organisation : elle est donc constituée dès lors que l'adoption ou l'exécution de l'acte ont violé des règles d'impartialité ou de « bonne administration ».

Pour le Conseil d'État (*Cons St. sect. V, 28 mai 2004, n° 3463*), le juge doit apprécier la faute en tenant compte des vices de l'acte, de la gravité de la violation commise par rapport à l'étendue du pouvoir discrétionnaire qui a été exercé et des éléments factuels : si, sur la base de l'évaluation de ces éléments, l'erreur paraît excusable, la faute doit être exclue et le préjudice également.

Par ailleurs, la responsabilité de l'Administration est exclue pour inexistence de la faute lorsque l'erreur qui détermine l'illégitimité de l'acte annulé est excusable, car liée à une difficulté d'objective interprétation de la norme (*Cons St. sect. V, 15 avr. 2004, n° 2151*).

1.2. La notion de dommage « injuste »

S'agissant du dommage, celui-ci doit être « injuste ».

En effet, la décision n°500 de 1999 de la Cour de Cassation ne dispose pas que toute violation d'un intérêt légitime suppose automatiquement réparation financière, pas plus qu'elle ne dit que toute illégalité permet d'engager la responsabilité des personnes publiques.

La responsabilité de l'Administration ne découle pas non plus automatiquement de la violation de la confiance légitime de l'administré, ou de la violation des règles d'impartialité et de « bonne administration ».

Si la Cour souligne que la violation d'un intérêt légitime est une condition nécessaire, cette condition n'est toutefois pas suffisante : il faut qu'ait été lésé du fait de l'activité illégale et fautive de la personne publique, un « intérêt légitime » protégé par la Loi.

2. L'EVALUATION DU PREJUDICE

L'introduction d'un principe général de dédommagement (« *risarcimento* ») du fait d'un dommage (« *danno* ») causé par la personne publique s'opère en plusieurs étapes.

D'abord, les directives communautaires n° 89/665/CEE et 92/13/CEE dite « directives recours » permettent d'ouvrir la porte à un tel mécanisme, dans le cas particulier des contrats publics. L'article 2 de la directive n° 89/665/CEE -dans le but de garantir un respect effectif des règles communautaires concernant l'ouverture des marchés publics à la concurrence- impose en effet aux Etats membres d'adopter des procédures les obligeant à réparer les préjudices subis par un particulier du fait de la violation du droit communautaire ou des normes nationales.

Ensuite, l'article 13 de la loi n° 142 du 19 février 1992 établit l'obligation de réparer les préjudices provoqués par les entités adjudicatrices dans les procédures d'appel d'offre : le principe de réparation du dommage causé par l'Administration du fait de l'annulation d'un acte est posé.

La décision n°500 de 1999 et la loi n°205 de 2000 élargissent ensuite ce principe de réparation des préjudices causés par les personnes publiques à l'ensemble des actes illégaux entraînant la lésion d'« intérêts légitimes » et transfèrent le contentieux de la responsabilité de l'Administration aux juridictions administratives, instaurant le mécanisme d'évaluation du préjudice aujourd'hui en vigueur.

Avec la loi n°15 de 2005, le droit à la réparation du préjudice s'étend aux préjudices liés à des actes révoqués -et non plus seulement annulés- par l'Administration. Elle dispose en effet que « *si la révocation emporte un préjudice pour les intéressés, l'administration a l'obligation de procéder à leur indemnisation* ».

A cet égard, il faut noter que le droit administratif italien établit une différence de vocabulaire entre la compensation (« *risarcimento* ») d'un préjudice causé par l'annulation d'un acte illégitime et l'indemnisation (« *indenizazio* ») d'un préjudice causé par la révocation d'un acte légitime, mais devenu « *inoportun* » du fait d'une « *nouvelle appréciation de l'intérêt général* » (E. Daina).

Cette action en « indemnisation » suit néanmoins les mêmes règles que celles prévues pour la « compensation » du dommage lié à l'annulation d'un acte illégitime tant au niveau procédural (2.1), qu'au niveau de l'évaluation (2.2) et de la réparation (2.3) du préjudice.

2.1. Procédure applicable à l'action en réparation (« azione risarcitoria »)

Le Code de procédure administrative italien a fait l'objet -par le biais du décret législatif n° 104 de 2010- d'une récente réforme pour permettre la simplification, la célérité et l'efficacité de la procédure administrative, et qui fixe les règles applicables à l'action en réparation.

Pour être admise, le demandeur d'une telle action doit rapporter :

- la preuve de l'existence d'un dommage (Cons St, Sez IV, 22 juin 2006, n° 3885) ;
- la preuve d'un mauvais comportement de l'Administration (TAR, Friouli-Venezia, 23 mars 2001, n° 179) ;
- le montant réclamé.

Aux termes du nouvel article 30 du Code de procédure administrative, l'action en compensation est soumise à un délai de forclusion, et doit donc être lancée :

- dans les 60 jours suivants la communication ou la notification de l'acte administratif et en même temps que l'action en annulation ;
- ou dans les 120 jours suivant l'annulation de l'acte administratif illégitime ;
- ou, sans limite de temps, pendant la procédure relative à l'annulation.

L'action en annulation de l'acte administratif illégitime est donc un préalable à l'action en réparation.

Cependant, il faut noter une autonomisation croissante de l'action en réparation du préjudice, et qui lui donne une visibilité nouvelle : le juge administratif a en effet le pouvoir de transformer une demande d'annulation en demande aux fins de compensation dans le cas où l'intérêt de l'administré à agir en annulation a disparu, ou si un fait processuel quelconque de nature à exclure la demande en annulation -mais pas la demande aux fins de réparation- est intervenu.

Sur cette question de l'autonomie de l'action en réparation du préjudice, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont des positions opposées :

- le Conseil d'État a décidé systématiquement que l'action en réparation devait être exercée en même temps que l'action en annulation ou d'une manière autonome, mais seulement après l'annulation de l'acte administratif par le juge ou par l'Administration (Cons St, sect. V, 30 août 2006, n° 5063. – Cons St, sect. IV, 8 mai 2007, n° 2136) : pour le juge administratif, la nécessité de l'annulation préalable de l'acte dérive de la

présomption de légalité qui le soutient, et l'expiration du délai de recours en annulation empêche l'exercice du recours en réparation (*Cons St, ass. plén., 22 oct. 2007, n° 12*) ;

- la Cour de cassation, en revanche, s'est prononcée plusieurs fois pour l'autonomie totale des deux actions et admet qu'un administré puisse demander la réparation d'un dommage sans que l'acte qui l'a causé soit parallèlement ou ait été précédemment annulé (*C. cass, sect. réunies, ord. 13 juin 2006, n° 13659 et 13660 – C. cass, 15 juin 2006, n° 1391*) ;

- selon une décision du Tribunal administratif des Marches (*TA Marche, 23 févr. 2004, n° 67*), si l'acte n'a pas été annulé, l'action pour le rétablissement de la situation préexistante ne peut qu'être interdite, mais on ne peut cependant conclure à l'inadmissibilité de l'action en réparation : cette dernière requiert la vérification préalable de l'illégalité de l'acte, mais pas nécessairement son annulation (auquel l'administré pourrait d'ailleurs n'être pas intéressé).

2.2. Le rôle du juge dans l'évaluation du préjudice

Trois conceptions du préjudice réparable influencent les modalités d'évaluation du préjudice par le juge administratif italien: la théorie réaliste, la théorie différentielle et la conception normative :

- la théorie réaliste fait référence à un préjudice global causé aux intérêts de l'administré, intégrant la perte effectivement subie par celui-ci mais aussi le manque à gagner causé par la décision administrative illégitime ;

- la théorie différentielle se réfère au concept de patrimoine global de la personne et se fonde sur une appréciation de ce qu'aurait été le patrimoine de la personne en l'absence de faute de l'Administration ;

- la conception normative est basée sur les intérêts spécifiques protégés par la norme violée et vise à évaluer un préjudice lié à la violation d'une norme protégeant des

intérêts extrapatrimoniaux : le système italien emprunte à cet égard aux systèmes français et allemand selon lesquels les « intérêts protégés » doivent être érigés comme tels par la jurisprudence sur la base des valeurs sociales nationales et communautaires.

De ces influences découlent plusieurs règles qui s'appliquent au juge administratif lors du processus d'évaluation du préjudice : certains de ces principes sont des principes généraux (2.2.1), et d'autres sont spécifiques à la lésion d'intérêts patrimoniaux (2.2.2) ou extrapatrimoniaux (2.2.3).

2.2.1. Les principes généraux

De manière générale, plusieurs principes sont applicables au juge dans le processus d'évaluation du préjudice, que l'intérêt lésé soit patrimonial ou extrapatrimonial.

Le juge administratif se base sur la fonction réparatrice et ré intégrative et non sur la fonction de sanction de l'indemnisation du préjudice pour l'évaluer : contrairement au juge civil qui prend en compte l'intention de la partie fautive, le juge administratif est indifférent à l'éventuelle fraude ou au dol lorsqu'il s'agit de quantifier le préjudice réparable.

Par ailleurs, le juge administratif se borne à quantifier le préjudice, et « *rien que le préjudice* » : le débiteur ne doit pas profiter de la situation pour s'enrichir, et le créancier doit être condamné à payer un montant plus élevé que celui qu'il aurait dû payer s'il avait exécuté normalement ses obligations.

De plus, le juge administratif fait largement appel aux compétences des experts dans le processus d'évaluation du préjudice : dans un arrêt du 23 janvier 2012, la Vème section du Conseil d'Etat se base, pour évaluer le préjudice, sur les résultats de l'expertise technique.

En l'espèce, le préjudice est calculé en faisant la différence entre le profit que la société aurait pu recevoir s'il lui avait été permis de réaliser immédiatement le projet dans sa forme initiale, et le profit espéré à la suite de l'actualisation du projet : le juge administratif est donc amené à s'appuyer fortement sur les compétences d'un expert technique pour procéder à l'évaluation du préjudice.

Une partie de la doctrine estime toutefois qu'une telle méthode est basée sur des critères qui semblent « *peu objectifs* », confirmant la « *relativité des jugements* » s'agissant de l'évaluation du

préjudice : à ce titre, Martina Provenzano affirme qu'il faudrait pouvoir lier « *la décision sur le montant de la réparation accordée à des paramètres les plus objectifs possibles* ».

2.2.2. L'évaluation du préjudice lié à des intérêts patrimoniaux

Les principes applicables au juge lorsqu'il évalue un préjudice lié à la lésion d'intérêts patrimoniaux découlent des articles 1223 à 2043 du Code civil italien.

Le premier principe est celui de **la réparation intégrale** (article 1223 du Code civil), selon lequel le juge se doit de faire une évaluation globale du préjudice subi : le juge administratif doit donc évaluer non seulement la perte subie par l'administré du fait de la faute de l'Administration, mais aussi le manque à gagner créé par cette situation.

Le droit administratif italien illustre cela par le biais des notions d'intérêts « *presentivi* » et « *oppositivi* » :

- les premiers illustrent une situation programmée, dont les conséquences négatives sont déjà visibles dans le patrimoine de l'administré, c'est le dommage réel (« *danno emergente* ») ;
- les seconds font référence à une situation espérée, dont les effets n'ont pas encore eu de répercussions dans le patrimoine de l'administré (« *lucro cressante* »)

Le préjudice lié à la perte de chance constitue donc en la privation de la possibilité d'obtenir un avantage futur à cause du comportement illégitime de l'Administration, dont doit tenir compte le juge administratif dans son processus d'évaluation du préjudice.

La jurisprudence se montre toutefois prudente sur ce point : elle exige que le demandeur démontre avec précision que l'avantage futur se serait produit avec certitude ou avec une probabilité élevée : ainsi, elle demande la preuve d'éléments objectifs et certains permettant de mesurer de manière certaine ou très probable et non de manière potentielle l'existence d'un préjudice économiquement quantifiable (*Corte di Cassazione, n. 11353 del 2010*).

Elle demande par ailleurs au demandeur de rapporter la preuve du lien causal entre le dommage et la probabilité de la perte de chance (*Corte di Cassazione, n. 8307 del 2011*).

De manière générale, la jurisprudence fait appel à la bonne foi du demandeur, principe posé à l'article 1176 du Code civil.

Un autre principe -basé sur l'article 1226 du Code civil- prévoit une quantification « en équité », lorsque la quantification exacte du dommage par d'autres moyens est rendue impossible.

La difficulté liée à ce principe est qu'elle trouve à s'appliquer à de nombreux cas d'espèces, puisque cette quantification est bien souvent rendue difficile, voire impossible (Garofoli).

Pour éviter un recours massif à la quantification « en équité » du préjudice, la Cour a jugé que cette dernière était admise seulement quand le préjudice était strictement impossible à quantifier, et non en cas d'échec de l'une des parties à rapporter la preuve du préjudice subi ou du montant de ce dernier (*Cass, Sez I, 26 janvier 2009, n° 1850*).

Le Conseil d'État a quant à lui précisé que cette technique devait être utilisée seulement pour évaluer quantitativement le préjudice subi, et non pour rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice réparable (*Cons. St., Sez V, 21 avril 2006, n° 2256*).

Aussi, l'impossibilité pour un justiciable de rapporter la preuve du préjudice qu'il a subi ne peut en aucun cas être compensé par le recours à la quantification en équité (*TAR Liguria Genova, Sez I, 2 avril 2007, n° 572*).

A cet égard, le Conseil d'Etat a rappelé qu'en matière de réparation d'un préjudice causé par l'Administration, la preuve devait être rigoureuse : aussi, le recours à une présomption de culpabilité doit découler uniquement de faits strictement « avérés, univoque et concordants » (*Cons. St., Ad. Plen., 30 juillet 2007, n° 2256*). Dans le processus d'évaluation du préjudice, le juge administratif doit également tenir compte non seulement du préjudice, mais également des éventuels bénéfices dont l'administré aurait pu jouir du fait de l'action de la personne publique (*TAR, Sicilia, Catania, Sez I, 18 janvier 2000, n°38*).

Il doit par ailleurs suivre le principe selon lequel que la victime a une **obligation de minimiser son dommage** (*TAR Sicilia-Catania, Sez I, 18 janvier 2000, n°38* et *TAR Lombardia-Brescia, Sez I, 14 janvier 2000*), ce principe découlant de l'article 1227 du Code civil.

Bien que le Code de procédure administrative ne mentionne pas expressément l'article 1227, il introduit une limitation analogue à celui-ci par le biais d'une décision de l'assemblée plénière du Conseil d'Etat (*Cons. St. Décision n°3 de 2011*).

A la lumière de cette jurisprudence, l'alinéa 3 de l'article 30 du Code de procédure administrative doit être interprété comme tel : le juge limite ou exclut la compensation du dommage dans le cas où l'administré a frauduleusement concouru à provoquer le dommage ou s'il avait raisonnablement la possibilité de réduire ou d'éviter le dommage en et ne l'a pas fait.

Il y a donc une double obligation pour le demandeur :

- une obligation négative de ne pas contribuer à la production ou à l'aggravation du dommage ;
- une obligation positive de mettre tout en œuvre pour minimiser ou éviter ce dommage.

Si le Code de procédure administrative ne fait cependant pas référence aux éventuels instruments prévus pour vérifier que la victime ait évité, réduit ou limité son dommage, le Conseil d'Etat en a cependant dégagé quelques-uns qui sont : la demande d'annulation de la mesure de plein gré, la proposition d'une « instance de précaution » en vue de suspendre les effets de l'acte, et l'adoption du comportement d'un « bon père de famille ».

Il faut enfin noter un principe émergent selon lequel le juge doit tenir compte du **comportement de l'Administration** dans l'évaluation du préjudice.

En effet, dans l'hypothèse où la personne publique est consciente de l'illégitimité d'un acte et prend de son plein gré des mesures visant à y mettre fin, alors le juge doit valoriser ce comportement lors du processus d'évaluation du préjudice (Cons. St., Sez. IV, 10 août 2007, n° 4401).

Enfin, la question de savoir si l'évaluation du préjudice doit tenir compte de la **prévisibilité du dommage** (article 1225 du Code civil) divise la doctrine :

- le tribunal administratif de Sicile a jugé que le préjudice devait être limité dans le cas où l'Administration ne pouvait prévoir le dommage (TAR, Sicilia, Catania, 18 janvier 2000, n° 38) ;

- à l'inverse, pour une partie de la doctrine (Cassiavillani), le devoir des personnes publiques de servir leurs citoyens impose à leurs agents d'adopter le comportement prévu par la loi : la violation de la loi entraîne un préjudice qui doit être réparé, sans circonstances limitatives pour l'Administration.

2.2.3. L'évaluation du préjudice lié à des intérêts extrapatrimoniaux

Pour l'évaluation d'un **préjudice biologique** tout d'abord, le juge administratif tient compte de la gravité du dommage et des conséquences concrètes de ce dernier dans la vie sociale, familiale, et professionnelle de la victime.

Cependant, la pratique a démontré la difficulté de quantifier de telles pertes en valeur monétaire, et la jurisprudence a de ce fait établi des critères précis et prédéterminés -tels que l'âge et les conditions sociales et familiales- sur lesquels doivent se baser les juges pour garantir une réparation juste et uniforme de dommages similaires.

Le Tribunal administratif de Milan a élaboré des grilles sur la base de ces critères, pour permettre aux juges de tenir compte à la fois de la lésion subie et des critères médicaux et d'espérance de vie de la victime, tout en précisant que ces paramètres étaient fournis à titre indicatifs (*Trib. Milano, 10 mai 1997*).

Si l'utilisation de ces grilles ont permis une uniformisation des montants accordés aux victimes en réparation d'un préjudice biologique, il s'est avéré que celles-ci montrent leurs limites dans certaines situations, et notamment dans les situations où le préjudice résulte en une maladie psychologique ou psychiatrique : la Cour de cassation a donc autorisé aux juges de recourir à une quantification « en équité » lorsque l'utilisation des grilles montre ses limites (*Cass. Sez. III, 16 septembre 1996, n° 8287*).

La Cour de Cassation a également précisé la nécessité de s'adapter aux cas d'espèces lorsque ces critères standardisés n'étaient pas suffisants, offrant au juge une marge de manœuvre importante en termes de personnalisation de l'évaluation du dommage (*Cass. Sez. III, 16 mars 2003, n° 7632*).

Le terme de **préjudice moral** recouvre quant à lui des situations variées et subjectives, difficiles à prouver et à évaluer.

A ce titre, des critères tels que la qualité de la victime, ou encore la durée de la période durant laquelle celle-ci a subi le préjudice en question, dégagés par la jurisprudence pour constituer une base à l'évaluation du préjudice moral, sont régulièrement sujets à interprétation et à débat, du fait du caractère subjectif d'un tel préjudice.

Aussi, et si certains tribunaux expérimentent une quantification du préjudice moral basée sur la méthode des grilles applicables à l'évaluation du préjudice biologique, la Cour de cassation a adopté des positions contradictoires s'agissant de la pertinence du recours à une telle méthode:

- elle affirme que l'utilisation d'une telle méthode est illogique et inadaptée, puisque la lésion de l'intégrité morale n'a rien à voir avec un quelconque préjudice biologique (*Cass. sez. III, 23 mai 2003, n° 8169*);
- elle juge à l'inverse que le recours à une méthode existante permet un jugement équitable et personnalisé garantissant une réparation intégrale du dommage et ne se limitant pas à une réparation « symbolique », à condition de tenir compte des spécificités du préjudice moral par rapport au préjudice biologique (*Cass. sez. III, 16 mai 2003, n° 7632*).

2.3. Le rôle des parties dans la réparation du préjudice

La loi n° 205 de 2000 précise les différents modes de réparation auxquelles le juge administratif peut avoir recours au terme du processus d'évaluation du préjudice.

La première option dont il dispose est celle de la réparation en nature, prévue à l'article 30 alinea 2 du Code de procédure administrative et calqué sur l'article 2058 du Code civil.

Elle a pour objet de faire disparaître totalement le préjudice et de remettre matériellement les choses en l'état où elles se trouvaient avant le dommage : le juge peut par exemple ordonner la reconstruction d'un bien détruit.

La réparation en nature est relativement rare et a été très débattue au moment de son intégration dans le Code de procédure administrative, puisqu'une partie de la doctrine juge la réparation par équivalent suffisante et plus adaptée pour assurer une réparation complète et efficace des préjudices subis (M. Branca).

La seconde option possible pour garantir la réparation du dommage est celle de la réparation par équivalent prévue à l'article 35 alinéa 2 de la loi n°80 de 1998 et qui propose deux mécanismes pour parvenir à la quantification de la réparation, mécanismes présentant une forte analogie avec celles exposés dans le Code civil.

Le premier mécanisme a un caractère contractuel et nécessite qu'un accord soit passé entre les parties : le juge prononce une décision assortie de prescriptions, mais ne se prononce pas sur le montant de la réparation, ce montant étant laissé à l'appréciation des parties.

Le juge fixe néanmoins des critères sur la base desquels cette négociation doit se tenir, critères que la personne publiques est tenue de suivre pour formuler sa proposition d'indemnisation : tout accord trouvé entre les parties est admissible, même s'il s'éloigne des critères établis par le juge.

Lorsqu'aucun accord n'est trouvé, ou que l'une des parties n'en respecte pas les termes, il est prévu un second mécanisme organisant la détermination du montant de la réparation par un second juge, le juge d'exécution (« *giudice dell'ottemperanza* »).

Ce second jugement d'exécution est indépendant du jugement au fond et qui donne lieu à un jugement distinct ne contenant que les éléments relatifs à la quantification du préjudice et les critères pris en compte par le juge de l'exécution.

Si l'emploi de cette méthode emprunte à la procédure civile, il convient d'en relever une différence importante puisque si c'est en procédure civile un même juge qui effectue ces deux jugements distincts, il y a en procédure administrative un juge du fond et un juge de l'exécution.

Il faut cependant noter que le recours à ces deux mécanismes spécifiques n'est pas automatique : le juge administratif dispose, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 35 de la loi n°80 de 1998, de la possibilité de recourir à cette procédure alternative, mais peut aussi choisir de fixer directement le montant de la réparation en équivalent.

La question de l'étendue des pouvoirs du juge quant à la détermination des critères sur la base desquels les parties fondent leur accord n'a pas complètement été réglée par la jurisprudence : si le juge est libre de déterminer les critères sur la base desquels est formé cet accord (TAR Campania-Napoli, Sez I, 12 février 2007), il demeure un silence normatif et jurisprudentiel quant au contenu et à la précision de ces critères :

- ces critères ne doivent pas être trop précis, pour laisser aux parties une marge d'appréciation et conserver la spécificité de la méthode ;

- ces critères ne doivent pas non plus être trop larges, pour garantir un accord et une réparation effective du préjudice (« *in medio stat virtus* »).

Bibliographie

Textes

- Legge 19 febbraio 1992, n. 142 « *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee* » (legge comunitaria per il 1991) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 20 febbraio 1992, n. 42
- Legge 21 luglio 2000, n. 205, « *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa* » (GU n.173 del 26-7-2000)
- Legge 11 febbraio 2005, n. 15 « *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa* » pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 42 del 21 febbraio 2005
- Codice del processo amministrativo
- Codice civile

Manuels

- « *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno* » – Alessio Liberati – 2009
- « *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo* » - Roberto Garofoli - 2003
- « *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali* » - Francesco Caringella
- Corso di formazione per magistrati amministrativi : « *Il risarcimento del danno, con particolare riferimento alle tecniche di liquidazione* » - 1 dicembre 2003

Articles

- « *Le droit administratif italien en quête de racines* » – Pascal Richard – RFDA 2003. 751

- « *Italie : quelques mutations en matière de droit administratif* » – Florence Zampini – RFDA 2001. 135
- « *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien* » – Antonio Tizzano – AJDA 1996. 129
- « *L'indennizzo nella revoca degli atti amministrativi* » – Ester Daina – 2008
- « *La risarcibilità del danno nel codice del processo amministrativo* » – Martina Provenzano – 10 ottobre 2011
- « *Il risarcimento del danno nei confronti della pubblica amministrazione nella giurisprudenza del giudice ordinario, del giudice amministrativo e della Corte Europea dei diritti dell' uomo* » – Marzio Branca – 4 aprile 2008

Commentaires d'arrêts

- Nota a sentenza Consiglio di Stato, V sezione, 23 gennaio 2012, n°265 – Martina Provenzano
- Nota a sentenza Consiglio di Stato, VI sezione, 5 marzo 2015, n°1099 – Giovanni Patti
- Nota a sentenza Consiglio di Stato, V sezione, 19 novembre 2012, n° 5846- Martina Provenzano
- Nota a sentenza Consiglio di Stato, adunanza pleneria, 13 aprile 2015, n°4- Loretta Rapisadira



A Terry OLSON
De Matthias HAENTJENS, Charlotte PAVILLON et Michiel TJEPKEMA
Date Le 27 Octobre 2015
Sujet SLC L'évaluation du préjudice – Rapport provisoire des Pays-Bas

La répartition du pouvoir juridique dans les grandes lignes

Le système néerlandais de responsabilité de la puissance publique se caractérise par le fait que deux juges sont compétents : le juge civil et le juge administratif. Cette situation s'est développée au cours du temps et aujourd'hui encore, on constate que les deux juges jouent un rôle important dans les affaires relatives à la responsabilité de la puissance publique.

Une règle fondamentale du système néerlandais, c'est que le juge civil est toujours compétent lorsqu'un citoyen estime que les pouvoirs publics agissent de façon illicite (arrêt Guldenmond/Noordwijkerhout, Cour de Cassation 31 décembre 1915). Mais ce jugement n'indiquait pas encore à quel moment les pouvoirs publics étaient tenus pour responsables. Avec l'arrêt Ostermann (20 novembre 1924), la Cour de Cassation a cependant clairement indiqué que le Code Civil néerlandais s'applique aussi lorsque les pouvoirs publics enfreignent une obligation légale découlant du droit public. Pour résumer, la responsabilité des pouvoirs publics est jugée « normalement » selon les règles du droit civil.

Bien que le juge civil soit toujours compétent, il déclarera la plainte du plaignant non recevable lorsqu'une procédure judiciaire accompagnée de suffisamment de garanties a pu être engagée. Cela signifie surtout dans la pratique que les citoyens doivent d'abord tenter de faire annuler par le juge administratif les décisions prétendument illicites portant sur des litiges, et peuvent ensuite éventuellement engager une procédure civile pour voir dédommagé le préjudice subi en conséquence.

Pour résumer, cela entraîne la répartition suivante du pouvoir juridique dans les affaires relatives à la responsabilité de la puissance publique :

1. préjudice subi en raison d'une réglementation, de règles politiques et d'actes illicites : aussi bien le recours en annulation que le recours en vue d'un dédommagement sont concentrés autour du juge civil
2. préjudice subi en raison de décisions illicites : le citoyen doit d'abord veiller à ce que la décision auprès du juge administratif soit annulée. S'il y parvient, il peut alors réclamer un dédommagement aussi bien auprès du juge administratif que du juge civil.

Ad 1 La loi-cadre sur le droit administratif exclut l'appel auprès du juge administratif en ce qui concerne ces agissements, de sorte que la responsabilité pour ces agissements est concentrée entièrement auprès du juge civil.

Ad 2 En ce qui concerne ces agissements, la loi sur les décisions illicites stipule depuis 2010 que les citoyens disposent de plusieurs options :



- si le préjudice dépasse 25 000 €, le citoyen doit réclamer un dédommagement auprès du juge civil
- si le préjudice reste inférieur à 25 000 €, le citoyen peut choisir librement : il peut réclamer un dédommagement aussi bien auprès du juge civil que du juge administratif.

Étant donné qu'en cas de préjudice subi en conséquence de décisions, une procédure administrative est aussi possible, cela signifie que les citoyens doivent contester une décision dans les délais d'objection et d'appel. S'ils laissent s'écouler ces délais sans agir, ces décisions prennent alors « force juridique formelle », ce qui signifie que le juge civil part du principe de leur légitimité, de sorte que le citoyen ne peut alors plus réclamer de dédommagement au juge civil.

Conditions de responsabilité

- Illicéité

Le fait que l'annulation d'une décision administrative entraîne l'illicéité de cette décision est une jurisprudence constante. Si le juge administratif annule une disposition, il n'est pas nécessaire pour le juge civil de vérifier si cette annulation peut être reprochée aux pouvoirs publics : la faute est attribuée (arrêt Van Gog/Nederweert, Cour de Cassation 31 mai 1991).

- Imputabilité

L'annulation d'une décision administrative détermine non seulement l'illégitimité, mais aussi la faute. Cette « règle » est parfois défendue sous prétexte qu'il est plus raisonnable d'imputer les conséquences d'un acte illicite à la collectivité (la société dans son ensemble) plutôt qu'au citoyen.

- Causalité

Après l'annulation, il faut cependant déterminer séparément s'il existe un lien de causalité entre la décision administrative annulée et le préjudice. Il est en principe répondu à cette question dans l'art. 6:98 Code Civil.

- Relativité

Enfin il y a la condition de relativité (aquilienne): il n'existe pas d'obligation de dédommagement si la règle bafouée ne s'étend pas à la protection contre le préjudice subi. Selon certains commentateurs, cette condition est utilisée à tort par le juge civil pour imputer au citoyen pour des raisons politico-juridiques le préjudice subi suite à des actes illicites de la puissance publique. Un exemple notoire est l'affaire du *Demandeur d'asile iranien*, dans laquelle un refus estimé illicite de délivrance d'un permis de séjour n'a pas été considéré porter également sur le dédommagement de la perte financière subie par le demandeur d'asile qui n'avait pas pu travailler.

Étendue de l'obligation de dédommagement

Si la responsabilité est établie, il faut alors déterminer l'étendue de l'obligation de dédommagement en vertu du chapitre 6.1.10 du Code Civil. Les dispositions de ce titre sont appliquées de façon analogue aux litiges dans lesquels les pouvoirs publics sont une des parties. Ainsi, des principes généraux s'appliquant également aux litiges entre citoyens



s'appliquent aussi dans le cadre de la relation entre pouvoirs publics et citoyen. Il peut s'agir de l'obligation de dédommager en principe aussi bien le préjudice financier qu'un « autre préjudice » (nommé parfois « préjudice immatériel », bien que cela ne soit pas entièrement correct) (art. 6:95/6:96 du Code Civil), les dommages pouvant être compensés par les avantages découlant d'un même agissement (art. 6:100 du Code Civil) et la propre culpabilité pouvant aussi jouer un rôle sur l'étendue de l'obligation de dédommagement (art. 6:101 du Code Civil).

Les dispositions du présent titre sont parfois interprétées de façon particulière dans la mesure où les pouvoirs publics ont causé le préjudice. Un exemple en est la jurisprudence du juge administratif à propos du dépassement du délai raisonnable de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si la procédure auprès du juge administratif a duré trop longtemps, il peut être prétendu à un dédommagement immatériel. C'est principalement le cas si l'intéressé a subi des tensions et des frustrations en raison de la longue durée de la procédure. Le fondement de cette obligation de dédommagement a été trouvé par les juges administratifs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à l'art. 6 de la Convention. Cependant, même lorsque l'art. 6 de la CEDH ne s'applique pas (par exemple en ce qui concerne le droit des étrangers et le droit fiscal), cette même règle de responsabilité est applicable, mais dans ce cas, c'est le principe de sécurité juridique qui entraîne une obligation de dédommagement. Le délai raisonnable est considéré comme étant dépassé lorsque la procédure d'objection, d'appel et de recours a duré cinq ans (Section Juridiction administrative du Conseil d'État) ou quatre ans (Chambre de recours pour les entreprises et Cour d'appel centrale). Il convient également de remarquer que le juge administratif a convenu d'un commun accord de montants standards : un dépassement de six mois donne droit à un dédommagement de 500 €.

L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE

Fiche pays

le Québec

par

Didier Le Prado

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Ancien président de l'Ordre

Le droit au Québec est influencé par deux traditions juridiques : la [tradition civiliste](#) et la [Common Law](#). Les nombreuses influences que les deux traditions ont eues sont à l'origine d'un système juridique mixte marqué par un partage de compétences entre l'État fédéral et les provinces.

L'équivalent du droit pénal (le droit criminel), les affaires étrangères, les lois portant sur régulation du commerce canadien et les télécommunications relèvent de l'État fédéral. En revanche, le droit privé en général, l'[administration de la justice](#) et certaines matières comme la santé ou l'éducation relève de la province du Québec.

Quatre sources fondent le droit québécois : la [loi](#), la [jurisprudence](#), la [doctrine](#) et la [coutume](#). La loi comprend la Constitution, les lois du [Parlement du Canada et celles de l'Assemblée nationale du Québec](#), et les règlements associés aux lois.

Enfin, le Québec et le gouvernement fédéral ont tous deux adopté une charte des droits qui garantit certains droits fondamentaux au citoyen et assujettit les autres lois aux exigences de la Charte.

Ainsi, l'article 49 de la Charte des droits et des libertés de la personne, adoptée le 27 juin 1975 et entrée en vigueur le 28 juin 1976, dispose que la personne qui est victime d'une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnue par la Charte a droit non seulement d'obtenir la cessation de cette atteinte mais également la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. Il s'agit donc d'une source importante du droit québécois, notamment lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation du préjudice.

1. L'absence de régime propre aux actions à l'encontre de l'État

Jusqu'en 1935 il existait, à l'instar de la Couronne fédérale, une immunité de non responsabilité de la Couronne québécoise pour ses délits et quasi-délits résumée par l'expression «*The King can do no wrong*». Cette ancienne règle a toutefois été neutralisée par une décision de la Cour suprême¹.

¹ Décision «*The King c/ Clibe*», [1935] R.C.S, 531. Pour des exemples d'immunités législatives en droit québécois, voir le mémoire de V. Ranger, «*La notion de bonne foi dans les immunités législatives au Québec : entre imprécision et redondance*», Université de Montréal, juillet 2015.

Pour autant, la jurisprudence n'a jamais véritablement précisé les sources et fondements juridiques du régime de responsabilité quasi-délictuelle de l'administration provinciale québécoise².

Certes, la doctrine, en se référant à l'article 94 du Code de procédure civile alors en vigueur, a considéré que l'administration québécoise était assujettie, en principe, aux règles de droit commun de la responsabilité civile des particuliers que l'on retrouvait aux articles 1053 et suivants du Code civil du Bas-Canada³.

Il faudra attendre le Code civil du Québec, adopté le 18 décembre 1991 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, pour qu'en application de ce code qui remplace le Code civil du Bas-Canada et le Code civil de 1980, les tribunaux se réfèrent à la notion de faute de droit commun prévue à l'article 1457⁴ pour sanctionner la responsabilité extracontractuelle de l'administration québécoise.

A l'occasion d'une disposition préliminaire, il est précisé : « *le Code civil au Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes ainsi que les biens.*

Le code est constitué d'une ensemble de règles qui (...) établit (...) le droit commun ».

Le Code civil du Québec est donc, avec la Charte des droits et libertés de la personne une loi fondamentale. Il constitue le droit commun applicable à tous, même aux personnes morales de droit public.

En ce qui concerne la province de Québec, le Code reconnaît donc, au travers de l'article 1376, que les règles relatives aux obligations en général et à la responsabilité civile en particulier « *s'appliquent à l'Etat, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale en droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables* »⁵.

En d'autres termes, la responsabilité de l'administration publique est sanctionnée par des règles de droit privé à moins qu'une disposition particulière n'en restreigne l'application. De telles dispositions sont toutefois assez fréquentes.

Il existe, notamment, un certain nombre de régimes étatiques d'indemnisation.

Ce sont des fonds qui visent à indemniser les personnes victimes de certains types d'accident ou d'évènement sans égard à la faute de qui que soit.

² JD Archambault, « *Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec* » publié dans Le Bulletin de la Société de droit administratif du Québec, Edition spéciale, La responsabilité extra-contractuelle de l'administration publique, 1991, 1.

³ Voir en sens G ; Pépin et Y. Ouellette, « *Principes de contentieux administratifs* », 2^{ème} éd., 1982, p. 510-511 ; P. Garant, « *Droit administratif* », Vol. 2, 3^{ème} éd., 1991, p. 463 et 465 : « *L'article 94 C.p.c. conjugué aux articles 1053 et suivants du Code civil, assimile la Couronne provinciale à un particulier en ce qui concerne le régime de responsabilité applicable* ».

⁴ « *Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.*

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde ».

⁵ Etant précisé que l'expression « règle de droit » « *comprend d'abord la loi, ce qui, au Québec, inclut le droit civil, contenu dans le code. Elle englobe aussi la commun law, y compris les prérogatives reconnues par celle-ci (...) et tout naturellement l'ensemble de la législation déléguée* », R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, Tome III, 2^{ème} éd., 1989, p. 83-54.

Ces régimes étatiques d'indemnisation couvrent les préjudices résultant notamment d'un accident de travail, d'un accident d'automobile, d'un acte criminel, d'un acte de civisme, d'une vaccination obligatoire et d'un accident de chasse ou de pêche. Ces fonds limitent l'accès au régime de droit commun de la responsabilité.

De plus, il peut y avoir une juxtaposition des régimes de responsabilité qui sont adoptés par l'Etat fédéral avec ceux mis en place par les Assemblées provinciales.

A titre d'exemple, la Loi sur l'indemnisation des agents de l'Etat est une loi fédérale qui s'applique également au Québec où elle a préséance sur la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, une loi québécoise qui s'applique à tous au Québec sauf aux agents de l'Etat fédéraux⁶.

Par ailleurs, en 1985 a été votée une loi fédérale qui porte sur la responsabilité civile de l'Etat et les procédures applicables en matière de contentieux administratif⁷.

L'article 3 de la loi sur la responsabilité civile de l'Etat et le contentieux administratif prévoit qu'au Québec, l'Etat est responsable pour le dommage causé par la faute de ses préposés et pour le dommage causé par le fait des biens que l'on a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute ou l'un ou l'autre de ces titres.

En ce qui concerne le Québec, le parlement canadien a choisi d'assujettir la Couronne fédérale au régime de droit commun en vigueur au Québec, soit celui du Code civil du Québec.

Enfin, il semble que l'Etat ait la possibilité de transiger et qu'un nombre important de requêtes trouvent leur issue dans une transaction.

2. La procédure

Il n'existe pas à proprement parler de distinction entre les juridictions administratives et judiciaires.

Dans le cadre de la procédure de droit commun, les recours au Québec doivent tout d'abord être déposés devant un [tribunal de « première instance »](#). Selon le montant en litige et le type de recours, le tribunal de première instance peut être la Cour supérieure, la [Cour du Québec](#), une Cour municipale, etc...

Ensuite, la décision pourrait être portée en appel, selon le cas, à la [Cour d'appel du Québec](#) et finalement, si la cause est d'une grande importance, à la [Cour suprême du Canada](#).

Les décisions de la Cour suprême font autorité et lient les juridictions inférieures.

Il existe par ailleurs une quinzaine de tribunaux administratifs au Québec (comme par exemple, la Commission des relations du travail, la Commission des lésions professionnelles, la Régie du logement, le Comité de déontologie policière, etc...) qui ont chacun une compétence spécialisée et délimitée par une loi.

⁶ Voir par exemple: l'arrêt « *Maritime Services International Ltd. C. Ryan* » rendu par la Cour suprême du Canada [2013 CSC 44].

⁷ Le titre exact est "Loi sur la responsabilité civile de l'Etat et le contentieux administratif", LCR (1985), Chapitre C-50, connue également sous le nom de « *Crown Liability Act* ».

Tous ces tribunaux sont assujettis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure du Québec, l'équivalent pour la France du Tribunal de grande instance. Dans le système de la Common Law, on peut alors parler d'une unicité de hiérarchie judiciaire par opposition à la dualité des ordres de juridictions propre à bon nombre de pays européens dont fait partie la France.

Si les tribunaux de première instance au Québec peuvent être saisis par des requérants à titre individuel, le droit québécois envisage la possibilité de recours dits « collectifs », les actions collectives, qui existent depuis près de 30 ans au Québec, ont connu un grand développement.

Entré en vigueur le 19 janvier 1979, le recours collectif est une exception à la règle générale selon laquelle « *nul ne peut plaider au nom d'autrui* ». Dans sa décision Nadon c/ Ville d'Anjou, la Cour d'appel a considéré que « *le recours collectif a une portée sociale et vise à fournir l'accès à la justice à des citoyens qui ont des problèmes communs et dont la valeur pécuniaire peut souvent être d'une modicité relative et qui, en raison des circonstances particulières de leur état individuel, n'oseraient pas ou ne pourraient pas de façon appropriée mettre en marche le processus judiciaire* »⁸.

Selon la trilogie développée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts Western Canadian Shopping Centers c/ Dutton⁹, Hollick c/ Toronto (City)¹⁰ et Rumley c/ British Columbia¹¹, trois principes doivent guider la décision en matière d'autorisation du recours collectif :

- économies judiciaires,
- accès à la justice,
- et modification des comportements.

Les actions collectives peuvent être dirigées à la fois contre des personnes privées et contre des personnes publiques.

Peuvent être citées comme exemple d'actions collectives, les actions engagées par l'ensemble des étudiants à l'encontre du Procureur général du Québec reprochant à l'Etat d'avoir pris en considération les pensions alimentaires versées pour déterminer les droits des étudiants à bénéficier d'une bourse, une action collective intentée à l'encontre de l'organisme québécois de contrôle du marché financier à l'occasion d'une fraude financière, une action collective intentée à l'encontre de fabricants de tabac...

Au terme de l'article 574 du Code de procédure civile (C.p.c.), un membre ne peut exercer le recours collectif qu'avec l'autorisation préalable du tribunal obtenue sur requête¹².

Le tribunal ordonne l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes,

⁸ Nadon c/ Ville d'Anjou, [1994] R.J.Q 1823, p 1827 et 1828.

⁹ [2001] 2 S.C.R. 534.

¹⁰ [2001] 3 S.C.R. 158.

¹¹ [2001] 3 S.C.R. 184.

¹² Affaire du sang contaminé : règlement pan canadien en 1999 de 1,1 milliards de dollars dans l'affaire du sang contaminé (hépatite C).

- les faits allégués justifient les conclusions recherchées,
- la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance,
- et que le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Le jugement d'autorisation :

- décrit le groupe dont les membres seront liés par tout jugement,
- identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent,
- ordonne la publication d'un avis aux membres,
- détermine la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe.

Le jugement qui autorise l'exercice du recours n'est sujet à appel que sur permission d'un juge de la Cour d'appel.

Le recours collectif connaît en outre quelques règles procédurales spécifiques.

Ainsi, le défendeur ne peut opposer au représentant un moyen préliminaire que s'il est commun à une partie importante des membres et porte sur une question traitée collectivement (article 584 C.p.c.).

L'aveu fait par le représentant lie les membres sauf si le tribunal considère que cet aveu leur cause un préjudice (article 585.2 C.p.c.).

Le représentant ne peut modifier un acte de procédure, se désister de la demande, d'un acte de procédure ou d'un acte de procédure sans l'autorisation du tribunal et aux conditions fixées par lui (article 585.1 C.p.c.).

Une partie ne peut, sauf exception, soumettre un membre autre que le représentant ou un intervenant à un interrogatoire préalable ou examen médical ; elle ne peut pas non plus interroger un témoin hors de la présence du tribunal (article 587 C.p.c.)

Le tribunal peut à tout moment à la demande d'une partie, réviser le jugement qui autorise l'exercice du recours collectif si les conditions ne sont plus remplies (article 588.1 C.p.c.).

Le jugement qui condamne à des dommages-intérêts ou au remboursement d'une somme d'argent indique si les réclamations des membres sont recouvrées collectivement ou individuellement (article 592 C.p.c.).

En ce qui concerne le recouvrement collectif, le tribunal l'ordonne s'il est possible d'établir de façon suffisamment précise le montant total des réclamations des membres ; le montant dû par le débiteur est alors déterminé sans égard à l'identité de chacun des membres ou au montant exact de la réclamation de chacun (article 595.1 C.p.c.).

Le tribunal peut en ordonner le dépôt intégral, ou suivant les modalités qu'il fixe, auprès d'un établissement financier exerçant son activité au Québec. Les intérêts sur le montant déposé profitent aux membres. Le tribunal peut réduire le montant s'il ordonne l'exécution d'une autre mesure réparatrice ou, au lieu d'une mesure pécuniaire, ordonner l'exécution d'une mesure réparatrice appropriée (article 595.2 C.p.c.).

Si la liquidation individuelle des réclamations ou la distribution d'un montant à chacun des membres est impraticable, inappropriée ou trop onéreuse, le tribunal établit le reliquat qui subsiste après la collocation des frais de justice, des honoraires et des débours et il ordonne l'attribution du montant au tiers qu'il désigne (article 597 C.p.c.).

Le jugement qui dispose de l'action collective est sujet à appel de plein droit (article 602 C.p.c.).

3. Les conditions de la réparation

Hormis les cas où la responsabilité sans faute peut être engagée (régimes étatiques de réparation), le droit québécois exige l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute incriminée et le préjudice allégué.

La preuve par présomptions est admise dans la mesure où les conditions requises sont réunies à savoir qu'elles sont, en application de l'article 2849 C.c.Q. graves, précises et concordantes. La preuve du préjudice doit se faire par prépondérance.

La causalité doit être établie en fonction du critère de la probabilité raisonnable ou de la prépondérance de la preuve.

La jurisprudence au Québec n'admet pas l'existence d'une perte de chance donnant lieu à l'indemnisation d'une fraction de l'entier préjudice lorsque la preuve ne peut pas être rapportée de lien de causalité certain et direct entre la faute et l'entier préjudice.

Par ailleurs le juge au Québec n'alloue pas de provision à valoir sur l'entier préjudice ; il peut simplement allouer des provisions pour frais de procès ce qui reste toutefois rare en pratique.

Il n'existe pas en matière de préjudice corporel de barème ni de référentiel s'imposant au juge.

Par ailleurs, une réparation en nature est possible.

La personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter (article 1479 C.c.Q.). La victime a donc une obligation de minimiser ses dommages, autrement dit, de prendre les mesures raisonnables pour éviter toute aggravation du préjudice.

Enfin, on notera que dans la plupart des actions en responsabilité, le délai de prescription est de trois ans sauf si la loi en dispose autrement¹³ et lorsque le droit d'action résulte d'un préjudice moral, corporel ou matériel qui se manifeste graduellement ou tardivement, le délai court à compter du jour où il se manifeste pour la première fois¹⁴.

¹³ L'article 2925 C.c.Q. énonce que « L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans ».

¹⁴ Article 2926 C.c.Q.

3.1. La typologie des différents préjudices

Le droit québécois adopte une conception tripartite du préjudice¹⁵, celui-ci pouvant être corporel (atteinte physique et psychique de la personne), moral (atteinte aux intérêts et aux droits extrapatrimoniaux de la personne) ou matériel (atteinte aux biens).

En matière de préjudice corporel, on distingue plusieurs chefs d'indemnisation répartis selon qu'il s'agit des pertes pécuniaires ou des pertes non pécuniaires.

Au nombre des pertes pécuniaires passées et futures, sont susceptibles d'être indemnisés le coût des soins, la perte de revenus et les frais divers.

S'agissant du coût des soins, la victime peut recouvrer de l'auteur du préjudice tous les coûts reliés aux soins qu'elle a reçus depuis l'accident et qui ne sont pas couverts par le régime d'assurance maladie (frais médicaux, para-médicaux, paramédicaux, ergothérapie, psychothérapie, médicaments, transports d'ambulance, taxis prothèse etc...).

Il en va de même de l'aide domestique si celle-ci s'avère nécessaire puisqu'elle représente un préjudice direct (article 1607 C.c.Q).

S'agissant de la perte de revenus, la victime peut, en vertu de l'article 1611 C.c.Q, recouvrer une indemnité qui recouvrira d'une part, le manque à gagner constaté jusqu'à la date du procès et, d'autre part, les pertes à venir. A noter que la perte d'avantages sociaux, notamment les congés payés ou les cotisations perdues au régime de retraite, constitue également un préjudice indemnisable.

Quant aux frais divers, ils englobent par exemple les frais de garde ou encore les frais de déplacement.

Au nombre des pertes non pécuniaires, ce sont les principes qui ont été transposés des règles issues de la Common Law. Ainsi, les tribunaux du Québec ont adopté la règle dégagée en 1978 à la suite de trois décisions rendues par la Cour suprême en matière de pertes non pécuniaires découlant d'un préjudice corporel¹⁶.

Selon cette règle, la Cour suprême a fixé un plafond de 100 000 dollars canadiens en réparation de tous les chefs de dommages non pécuniaires. L'indexation ayant été retenue en 1981 par la Cour suprême¹⁷, cette somme a bien évidemment été actualisée et s'élève désormais un peu plus de 350 000 dollars canadiens.

Cette règle vise à freiner les risques d'abus afin d'éviter une flambée inflationniste des indemnités accordées.

¹⁵ Article 1457 C.c.Q.

¹⁶ *Andrews c/ Grand & Toy Alberta Ltd.*, 1978 CanLII 1 (CSC), [1978] 2 R.C.S. 229 ; *Arnold c/ Teno*, 1978 CanLII 2 (CSC), [1978] 2 R.S.C 287, et *Thronton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, 1978 CanLII 12 (CSC), [1978] 2 R.C.S.

¹⁷ *Lindal c/ Lindal*, 1981 CanLII 35 (CSC), [1981] 2 R.C.S. 629.

Ainsi la méthode actuelle tend à « déterminer, à la date où le préjudice non pécuniaire commence à être subi, le coût net de la consolation à laquelle a droit la victime pour une période donnée. On capitalise ensuite cette somme en se prémunissant contre l'inflation et en tenant compte de l'expectative de la victime »¹⁸.

Trois catégories de pertes non pécuniaires peuvent être dégagées.

L'indemnisation de la perte de jouissance de la vie vise à réparer les blessures subies qui ont souvent pour effet de diminuer la qualité de vie et d'entraîner plusieurs inconvénients. On tiendrait alors compte de l'âge de la victime, de sa situation antérieure à la faute sur le plan de ses habitudes de vie et de ses occupations présentes...

L'indemnisation du préjudice esthétique est identique à celle que connaît le droit français puisqu'il s'agit de réparer l'existence de cicatrices ou les modifications liées à l'apparence.

L'indemnisation des souffrances physiques et morales correspond également au *pretium doloris* en droit français.

A noter que depuis l'arrêt Augustus c/ Gosset¹⁹, le droit québécois reconnaît le *solatium doloris* comme chef de dommage moral sujet à compensation à la suite d'un décès.

En revanche, la jurisprudence refuse de reconnaître la perte d'expectative de vie comme étant un préjudice indemnisable (arrêt Augustus c/ Gosset), considérant que le droit à la vie prend fin avec elle et que les héritiers ne peuvent réclamer des dommages compensatoires pour perte d'expectative de vie.

En droit québécois, les tribunaux n'ont pas l'obligation de ventiler les trois chefs de préjudices composant les pertes non pécuniaires et peuvent allouer un montant global ne dépassant pas le plafond fixé par la trilogie.

3.2. Les outils d'évaluation

3.2.1 Le rôle du précédent au Québec

Il appartient au juge de s'assurer que l'évaluation du préjudice respecte « les montants alloués par d'autres tribunaux dans des cas semblables et le caractère raisonnable qu'il convient de donner aux montants à allouer »²⁰. La décision doit être motivée en ce sens.

En matière d'évaluation des dommages, les juges du Québec sont liés par les règles de droit énoncées dans les juridictions supérieures. Le juge doit par ailleurs respecter autant que possible la pratique jurisprudentielle établie par les décisions antérieures tout en l'adaptant aux circonstances particulières de chaque espèce révélées par la preuve.

¹⁸ Ville de Rosemère c/ Lebel, 2010 QCCA 1501, § 28.

¹⁹ [1996] 3 R.C.S 268 : dans cette affaire, le préjudice d'affection causé par la mort d'un être cher a été porté par la Cour d'appel de 9 000 \$ à 15 000 \$, mais la Cour suprême, par décision unanime, soutenant que le préjudice moral n'a pas été compensé pleinement et que la jurisprudence québécoise, en excluant le *solatium doloris*, ne reflétait pas ce principe de restitution intégrale. Dans les circonstances, la Cour en vint à la conclusion qu'une somme de 25 000 \$ serait raisonnable, mais elle réserva à la cour d'appel le devoir de fixer ce *quantum*.

²⁰ Curateur public c/ Syndicat national des employés de l'hôpital Saint Ferdinand, [1996] 3 RCS 211, § 60, 1996 CanLII 172 (CSC).

Le juge du tribunal de première instance jouit d'une large mesure d'appréciation pour ce qui concerne les faits et les témoignages qui lui sont soumis. La cour d'appel fait preuve de beaucoup de retenue avant de modifier les dommages octroyés par le juge de première instance. Elle ne peut substituer son opinion à celle du juge qu'en présence d'une erreur de droit ou, sur une question de fait, qu'en présence d'une erreur manifeste et déterminante.

Ainsi, une cour d'appel doit s'abstenir d'intervenir et de modifier le quantum des dommages-intérêts déterminé par le juge d'instance pour le simple motif qu'elle aurait accordé un montant différent si elle avait siégé en première instance²¹.

3.2.2 Le caractère autonome des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires

Instrument classique de la Common Law, les dommages et intérêts punitifs ont été consacrés le 1^{er} janvier 1994 lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil du Québec qui encadre les critères d'attribution.

Mais les dommages intérêts punitifs ne sont accordés au Québec que si une loi le prévoit expressément.

Contrairement aux dommages compensatoires, les dommages exemplaires ne dépendront pas de l'étendue du préjudice, mais plutôt du caractère intentionnel de celui-ci. L'auteur de la faute doit avoir voulu les conséquences de son comportement fautif. Le but poursuivi est alors de punir et de dissuader²².

L'« atteinte illicite et intentionnelle » aux fins d'octroi des dommages et intérêts exemplaires est appréciée de façon relativement large²³.

Les dommages exemplaires sont évalués en fonction des critères prévus à l'article 1621 C.c.Q qui dispose :

« Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers ».

Mais à supposer même que ces conditions soient réunies, l'octroi de dommages-intérêts exemplaires demeure toutefois à la discrétion du tribunal. En pratique, ils restent exceptionnels et le montant de l'indemnité s'avère modeste²⁴.

²¹ Laurentides motels ltd c/ Beauport (ville), [1989] 1 R.C.S 705, p. 810.

²² Hill c/ Eglise de scientologie de Toronto, 1995 CanLII 59 (CSC), [1995] 2 R.C.S. 1130, § 196 ; Bouchard c. P.G. du Québec, [1987] R.J.Q. 1304 (C.S), arrêt qui retient l'article 49 de la Charte des droits et libertés.

²³ Curateur public c/ Syndicat national des employés de l'hôpital Saint Ferdinand, opus cité §120 : curateur public, autorisé à intenter un recours collectif au nom de 703 bénéficiaires, réclamait pour chacun, 300 \$ par jour (pour un total de 6 959 700 \$) à titre de compensation pour les dommages non pécuniaires causés par la perte de disponibilité des soins et services normalement dispensés. Voir également, l'arrêt Richard c. Time, 2012 CSC 8.

²⁴ C. Dallaire : « L'évolution des dommages exemplaires depuis les décisions de la Cour suprême en 1996 : dix de cheminement » Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2006, EYB2006FEV1161, p. 69.

3.2.3 Les dommages moratoires : les intérêts et l'indemnité additionnelle

L'article 1619 C.c.Q. dispose :

« peut être ajouté aux dommages-intérêts accordés à quelque titre que ce soit, une indemnité fixée en appliquant à leur montant, à compter de l'une ou l'autre des dates servant à calculer les intérêts qu'ils portent, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé pour les créances de l'Etat (...) sur le taux légal ».

Cette disposition a vocation à compenser la victime de la perte résultant du délai que lui imposent les procédures pour toucher les sommes qui lui sont dues.

Les dommages moratoires sont habituellement accordés à moins qu'une conduite fautive chez le demandeur ait retardé de façon importante l'évolution du dossier judiciaire. Tout refus doit être motivé.

Les intérêts ainsi que l'indemnité additionnelle prévue aux articles 1618 et 1619 C.c.Q. sont calculés à compter de la mise en demeure de l'introduction de la poursuite judiciaire ou de toute autre date ultérieure jugée appropriée par le tribunal. Cette règle générale s'applique tant aux recours ordinaires qu'aux recours collectifs.

La responsabilité Administrative en droit anglais

Fiche pays

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. 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. 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.

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* ». ¹ 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.

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. ² A l'inverse de la structure élégante du droit de la responsabilité en France, la position du droit

¹ 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.

² Voir A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (10th edn, London, 1959).

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 »,³ 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.⁴

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^{ème} 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.⁵

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.⁶ Elle couvre des activités, menées dans l'intérêt général, qui entraînent des risques particuliers.⁷ 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 surtout comme des lois⁸ ou des traités internationaux⁹ dont il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la validité.

³ Terminologie hérité d'un mot normand 'tort' pour indiquer les divers cas d'ouverture d'une action en responsabilité civile.

⁴ Dans le contentieux concernant la police judiciaire, des autres « torts » tel que battery, false imprisonment, malicious prosecution sont néanmoins souvent invoqués.

⁵ *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

⁶ CE, 21 juin 1895, Cames ; 22 novembre 1946, commune de Saint-Priest-la-Plaine

⁷ CE, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers

⁸ CE, 14 janvier 1938, SA des produits laitiers La Fleurette

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.¹⁰

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.¹¹

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

⁹ CE, 30 mars 1966, compagnie générale d'énergie radioélectrique.

¹⁰ *Rylands v Fletcher* (1868) LR 3 HL 330.

¹¹ voir Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (2003, Oxford University Press).

norme, a été qualifié de responsabilité sans faute en droit anglais.¹² 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 négligence a été restrictivement appliqué, notamment dans des cas concernant les activités de la police,¹³ des pompiers,¹⁴ des services sociaux,¹⁵ des autorités de régulation financière,¹⁶ et des instances d'urbanisme.¹⁷

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 :

¹² *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633, 747.

¹³ *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53.

¹⁴ *Capital & Counties PLC v Hampshire County Council* [1997] QB 1004.

¹⁵ *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.

¹⁶ 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.

¹⁷ *Strable v Dartford BC* [1984] JPL 329; *Lam v Brennan* [1997] PIQR P488; *Ryeford Homes Ltd v Sevenoaks District Council* [1989] 2 EGLR 281.

« 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 ».¹⁸

Par ailleurs, les tribunaux ont considéré que le fait que le dommage soit la conséquence logique et nécessaire de l'activité administrative conférait 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.¹⁹

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 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.

¹⁸ *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."

¹⁹ *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.»

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'administration²⁰ dans des domaines où les actes et décisions qu'elle doit prendre sont très sensibles et délicats.²¹ Derrière certaines décisions, on trouve aussi une considération budgétaire, par souci de protection des deniers publics.²²

Des tendances au rapprochement

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

²⁰ *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.

²¹ *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633, 750.

²² *Phelps v Hillingdon LBC* [1999] 1 WLR 500, 522 (CA). Infirmé par la Chambre des Lords : *Phelps v Hillingdon LBC* [2001] 2 AC 619.

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.²³

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.²⁴ 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 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.²⁵

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.²⁶

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.

²³ *A and Others v National Blood Authority and another* [2001] 3 All E.R. 289; [2001] Lloyd's Rep. Med. 187 (Hépatite C)

²⁴ CAA Lyon 21 December 1990, *Gomez*, [1990] Rec 498 ; CE 9 April 1993, *Bianchi*, [1993] Rec 127.

²⁵ CE, 3 mars 2004, ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Borella

²⁶ *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).

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*)²⁷ et ce même dans le cas où les principes juridiques ne l'imposent pas. L'intervention de l'un des médiateurs, le Parliamentary Commissioner for Administration ou Local Government Ombudsman, dont l'action s'appuie sur des principes inspirés du droit administratif français,²⁸ 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.²⁹ 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 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.³⁰

²⁷ Voir C. Harlow and R. Rawlings, *Law and Administration* (London, 1997) chapitre 18.

²⁸ N. Lewis, M. Seneviratne, and S. Cracknell, *Complaints Procedures in Local Government* (Sheffield, 1987) para 2.11.3

²⁹ 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.

³⁰ *Three Rivers District Council v Bank of England* [2000] 2 WLR 1220; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16.

Cette évolution est le fruit de plusieurs influences. Tout d'abord, la jurisprudence a été fortement influencée par le droit européen.³¹ 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)³². 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.³³

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.»³⁴

³¹ Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, (2003, Oxford University Press). Voir *JD v East Berkshire Community Health* [2003] EWCA Civ 1151

³² En particulier l'absence d'un lien entre l'illégalité d'un acte administrative et la faute dans le contentieux de responsabilité a été remise en cause en partie par l'apport du droit communautaire.

³³ Voir J-P. Costa, « The Provision of Compensation under Article 41 of the ECHR » dans *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* (Biicl, 2002).

³⁴ *M (A Minor) v Newham London Borough Council* [1995] 2 AC 648, 663.

SLC – Groupe Action publique

L'évaluation du préjudice (responsabilité extracontractuelle) SUEDE¹

par

Marie SIRINELLI

Maître des requêtes du Conseil d'Etat

Introduction :

Le système juridictionnel suédois est marqué par la dualité de juridiction. Les juridictions administratives se sont développées principalement au cours du XXème siècle, leur organisation étant parachevée en 1979.

Aux côtés des tribunaux judiciaires (compétents pour les litiges en matière pénale et civile), la juridiction administrative s'organise ainsi suivant trois niveaux :

- les Cours administratives (*Förvaltningsrätten*) ;
- les Cours administratives d'appel (*Kammarrätten*), qui connaissent des appels portés contre les décisions des Cours administratives. En général, une autorisation est nécessaire pour faire appel, et délivrée par deux juges, avant que l'affaire ne soit tranchée au fond.
- Enfin, la Cour administrative suprême, devant laquelle l'admission des recours est subordonnée à une autorisation, qui n'est accordée que dans de rares hypothèses, quand l'affaire peut constituer un précédent ou quand des erreurs sérieuses se sont produites durant la procédure suivie devant les degrés de juridiction inférieurs.

Il n'existe ni juridiction administrative spécialisée (seules trois juridictions administratives de première instance, à Stockholm, Göteborg et Malmö font office de juridictions spéciales pour

¹ Cette fiche a été réalisée principalement à partir des sources suivantes :

- pistes données par M. Gustaf Wall, professeur à l'Université d'Uppsala, et Patricia Jonason, maître de conférences à l'université Södertörn de Stockholm ;

- doctrine : *Personal Injury Compensation in Sweden Today* (Erland Strömbäck, Stockholm Institute for Scandinavian Law), *Governmental Liability in Swedish Law* (Bertil Bengtsson, Stockholm Institute for Scandinavian Law)...

- documents du Conseil de l'Europe, arrêts CEDH (CEDH 23 septembre 1982, n°7151/75, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, § 51 et suivants), ...

l'immigration, la Cour administrative d'appel de Stockholm étant la juridiction spéciale de dernière instance en cette matière), ni cour constitutionnelle.

En dépit de cette organisation, certaines décisions administratives ne peuvent être contestées que devant une autorité administrative supérieure, et non devant la juridiction administrative. Certaines de ces autorités administratives sont d'ailleurs regardées comme des tribunaux au sens de l'article 6 de la CEDH.

Si une part importante du contrôle des actes de l'administration demeure ainsi réservée au gouvernement, de plus en plus d'affaires sont, depuis une vingtaine d'années, examinées par les juridictions administratives. A ce jour, peut être soumise au contrôle de ces juridictions **toute décision administrative heurtant un droit individuel**. Les litiges entre les autorités publiques et les particuliers concernent fréquemment, par exemple, les affaires fiscales ou de sécurité sociale.

Dans ce cadre, toutefois, le juge administratif ne peut annuler des contrats ou accorder des dommages-intérêts. **Il n'est ainsi pas compétent pour connaître des affaires concernant la responsabilité extracontractuelle de l'administration**. Ces matières, considérées comme civiles, ne sont jugées que par les tribunaux de droit commun. Ce sont donc les Tribunaux d'instance (ou tribunaux de district : *Tingsrätten*) qui remplissent cette mission, avec les Cours d'appel et la Cour Suprême, suivant la même organisation que celle décrite pour la juridiction administrative.

C'est ainsi le juge civil qui est compétent pour juger les affaires concernant la responsabilité administrative extracontractuelle, et pour évaluer le préjudice dans cette hypothèse.

1. L'évaluation du préjudice - procédure :

1.1. L'amont de la saisine du juge :

De manière générale, s'agissant de la responsabilité civile, très peu de litiges indemnitaires semblent portés devant les tribunaux, la plupart se concluant par des règlements amiables en amont du contentieux. La majorité des demandes donnent ainsi lieu à des accords suivant les propositions de conseils consultatifs compétents en matière d'assurance (par exemple, le *Trafikskadenämnden*, qui concerne les accidents de la circulation, ou *l'Ansvarsförsäkringens personskadenämnden*, s'agissant de la responsabilité civile en matière de blessures infligées). Ce sont d'ailleurs ces instances qui mettent en place les standards de l'indemnisation des préjudices, sur lesquels se fondent ensuite les juridictions, sans y être tenues toutefois.

S'agissant plus précisément de la responsabilité administrative, il existe une agence gouvernementale, le Chancelier de la Justice (*Justitiekanslern*, ou JK), qui peut être saisie par les administrés en amont des juridictions. Il s'agit d'une autorité publique indépendante, sorte d'*ombudsman* nommé par le gouvernement. Ses missions juridiques sont fixées par une loi (1975 :1339) et une ordonnance (1975 :1345), aux termes desquelles celui-ci détient en particulier un rôle de médiateur dans la supervision des fonctionnaires, tout en représentant l'Etat dans les affaires juridictionnelles, en particulier les actions en responsabilité.

Le « JK » est libre de se saisir lui-même d'affaires concernant l'action des autorités. Dans la majorité des cas, il examine toutefois des plaintes écrites qui lui sont soumises par des particuliers, concernant des mauvaises pratiques ou des abus de pouvoirs dans l'administration.

En matière de réparation, il est saisi des requêtes des individus estimant être victimes d'un préjudice causé par une faute ou une erreur commise par l'Etat dans l'exercice de l'autorité publique. Il lui appartient, dans ce cadre, d'essayer de parvenir à la conclusion de règlements à l'amiable. S'il rejette la demande, l'administré dispose toujours du droit de se tourner vers les juridictions.

En 2013, cette institution a traité 8 200 affaires, dont 3 200 concernant des questions indemnitaires.

1.2. La procédure :

C'est le code de procédure judiciaire (1942 :740) qui contient les dispositions pertinentes, relatives à la procédure devant les juridictions judiciaires.

2. L'évaluation du préjudice - les conditions de la réparation :

2.1. Le principe de la responsabilité :

Avant 1972, les décisions des organes de l'Etat et des communes, prises dans l'exercice de la puissance publique, n'engageaient pas, en principe, la responsabilité de ces organes et ne pouvaient donc prêter à indemnisation. En ce domaine s'appliquaient des lois spéciales, ainsi que des principes coutumiers et jurisprudentiels. [Dans ce cadre, les tribunaux s'autorisaient à retenir la responsabilité de l'État et des communes lorsque les activités à l'origine du dommage étaient assimilables aux activités exercées par le secteur privé, comme la voirie ou les activités portuaires, mais elles refusaient de retenir la responsabilité des pouvoirs publics lorsque les dommages étaient causés dans l'exercice des pouvoirs d'autorité.](#) Le seul recours existant pour les administrés était de se retourner contre les employés publics eux-mêmes qui, bien entendu, ne présentaient pas toujours des garanties suffisantes de solvabilité.

Si certaines de ces règles s'appliquent encore en partie, elles ont été complétées par une **loi sur la responsabilité civile (*Skadestandslagen / "Tort Liability Act"*)**, entrée en vigueur le **1er juillet 1972**. Cette loi est venue codifier et développer une partie du droit régissant la réparation du préjudice, en matière extracontractuelle. Elle ne pose toutefois qu'un cadre assez général, où manquent définitions et règles concernant un certain nombre de questions, et qui se voit encore grandement complété par la jurisprudence et doit se concilier avec les règles de l'assurance sociale et de l'assurance personnelle. Enfin, des législations dédiées à certains domaines spécifiques, parfois communes aux secteurs public et privé, ont parallèlement perduré (cf. the « *Act on Traffic Damages* », the « *Act on Patient Injuries* », etc). **En matière de responsabilité extracontractuelle, le droit suédois se caractérise ainsi aujourd'hui par une articulation, parfois complexe, entre cadres législatifs et jurisprudence.**

La loi de 1972 (1972 : 207), tout en codifiant le dispositif de nature civile sur la responsabilité pour les dommages causés dans le cadre des activités *de gestion privée* de l'administration (article 1^{er}, chapitre 3), prévoit désormais que l'Etat et les municipalités **répondent également des dommages résultant de leurs actes (en pratique, ceux de leurs employés) en cas de faute ou de négligence dans l'exercice des pouvoirs d'autorité** ("*exercice of public authority*" ; article 2, chapitre 3). Il faut donc, d'une part, que l'acte [fautif](#) ou négligent soit intervenu au cours du service ou soit en connexion avec celui-ci et, d'autre part, qu'il soit directement lié à l'exercice de

l'autorité publique². Enfin l'article 3 du même chapitre contient des dispositions distinctes touchant au dommage dû à la délivrance d'informations ou de conseils erronés, en-dehors des situations d'exercice des pouvoirs d'autorité.

L'ensemble des autorités publiques sont concernées, y compris les cours et tribunaux, qui peuvent voir leur responsabilité engagée même lorsque la décision juridictionnelle mise en cause n'a pas été cassée ou annulée (il faut simplement qu'une faute ou une négligence soit établie par une juridiction supérieure, ou par le *Justitiekanslern*). Les personnes privées accomplissant des actes d'autorité publique rentrent également dans le champ de ce régime.

La notion de négligence n'étant pas définie précisément par les textes, elle a fait l'objet d'une réflexion doctrinale et jurisprudentielle. Elle peut ainsi concerner la négligence d'un employé public³, mais également une insuffisance générale décelée dans le travail ou l'organisation d'une administration. Les critères utilisés pour identifier une telle négligence tiennent compte du risque que le préjudice avait d'apparaître, de son ampleur, des moyens dont disposait la personne publique mise en cause pour l'éviter, et enfin de la possibilité qu'avait celle-ci d'anticiper l'intervention de ce préjudice.

Dans ce cadre, la loi implique néanmoins deux restrictions principales à l'action des administrés :

- tout d'abord, ce régime particulier, principalement lié aux « *pouvoirs d'autorité* », n'est supposé couvrir que **l'action administrative concernant les droits et devoirs des citoyens** (il ne trouve ainsi pas à s'appliquer, en principe, aux activités consultatives, ou encore aux activités constituant un service rendu aux administrés sans implication coercitive, par exemple en matière médicale ou scolaire - toutefois, une hospitalisation d'office, de même que le refus d'admission d'un étudiant entreront dans le champ de la loi). L'idée est ainsi de réserver ce régime de responsabilité administrative élargie aux domaines où le citoyen est véritablement en situation de dépendance vis-à-vis de l'administration⁴.
- ensuite, et en vertu de l'article 7 du chapitre 3 de la loi de 1972, les actions en responsabilité ne sont pas autorisées contre les décisions du Parlement et du gouvernement, ainsi que contre les actes des Cours suprêmes (sauf lorsque la décision contestée a été modifiée ou abrogée).

Enfin, et parallèlement aux règles posées par la loi de 1972, une loi de 1998 (1998:714) a introduit un régime spécial de responsabilité, où l'indemnisation est prévue même en l'absence de négligence (« *strict liability* »), dans le cas d'arrestations ou de détentions d'une personne finalement mise hors de cause, ou lorsqu'une décision administrative privative de liberté est invalidée. Avant même l'introduction de cette loi, la jurisprudence appliquait déjà ce régime aux exercices militaires dangereux.

2.2. Identification et évaluation des préjudices :

2 Ainsi, la plupart des actes de préparation ou d'information n'entrent pas dans ce champ.

3 Dans le régime actuel, la responsabilité de l'agent lui-même ne peut être engagée que pour des raisons très particulières, en cas de négligence grossière et délibérée (chapitre 4, article 1er).

⁴ Les travaux préparatoires de la loi mentionnent notamment, pour délimiter la notion de « *pouvoirs d'autorité* », les « *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'Etat sur les citoyens en leur qualité de membres de la société* ».

Le principe, en droit civil suédois, est celui de l'indemnisation intégrale (« *full compensation* ») du dommage, qui est demeurée très longtemps guidée par la pratique et la jurisprudence. La loi de 1972 prévoit de manière un peu plus précise les règles de base gouvernant l'indemnisation du préjudice. Son [chapitre 3](#) contient ainsi des dispositions générales relatives à la **détermination des préjudices** (s'agissant de la responsabilité civile en général, et pas seulement dans le cas de la responsabilité administrative). Il prévoit que deux types de préjudices peuvent être pris en compte : le **dommage corporel** (« *personal injury* »), auquel il réserve une place particulière, et le **préjudice matériel** (« *property damage* »).

Dans ce cadre, la victime du **dommage corporel**, tout d'abord, peut voir son préjudice couvert par la prise en charge des coûts médicaux, ainsi que des autres coûts résultant du dommage, de même que de la perte de revenu, des souffrances endurées ou encore du déficit fonctionnel permanent ("*permanent handicap*"). :

- La perte de revenus, telle qu'examinée par le juge, peut concerner le passé, mais également les pertes futures, qui sont, dans la mesure du possible, **calculées de manière précise**, en tenant compte du revenu que la victime aurait pu continuer à gagner, en fonction de son âge et de ses compétences. La somme accordée de ce chef est, de préférence, versée sous forme de **rente annuelle**. Peut être également prise en compte la perte d'entretien (« *loss of maintenance* »), lorsque la victime contribuait à l'entretien du demandeur (cas du veuf ou de la veuve, en particulier, ou même des couples non mariés, la jurisprudence étant assez libérale en ce domaine). De telles sommes sont le plus souvent évaluées de **manière standardisée et forfaitaire**, et peuvent être versées sous forme de **capital ou de rente annuelle**. Si le demandeur touche certaines sommes en conséquence du dommage, elles seront déduites du montant qui lui est alloué de ce chef (cf. les assurances obligatoires, telles l'assurance maladie ou retraite ; mais non, en revanche, les assurances individuelles).
- Les aspects non-financiers du préjudice corporel (physiques, psychologiques) sont de mieux en mieux pris en compte, d'un point de vue monétaire. En effet, estimant que ces aspects étaient moins bien pris en charge en Suède que dans d'autres pays européens, le ministre de la justice avait mis en place une Commission sur le sujet, en 1988, qui a publié un rapport en 1995, dont s'inspire la jurisprudence depuis et dont les principales propositions ont été intégrées, en 2001, à la loi de 1972. Le rapport soulignait notamment l'importance de revaloriser les indemnités accordées en cas de blessures graves, ainsi que les critères devant gouverner l'évaluation de ces préjudices non-financiers, tenant compte de la durée des effets du dommage, de l'intensité de la douleur ou du degré de déficit fonctionnel résultant du dommage. A l'heure actuelle, la prise en compte des souffrances physiques ou psychologiques est réalisée sur le fondement de **régimes standardisés**, élaborés par le *Trafikskadenämnden*, et admis par la Cour Suprême, qui tiennent compte de la durée du traitement hospitalier, des souffrances durant le traitement, de l'alitement, etc. Elle concerne la période de récupération, jusqu'à ce que l'état médical se stabilise⁵. La prise en compte du déficit fonctionnel permanent (physique ou psychologique) dépend quant à elle de l'âge de la victime et de l'ampleur de l'invalidité (avec des tables de réparation médicales élaborées également par le *Trafikskadenämnden*). Sont enfin pris en compte les autres dommages non-financiers, intervenus, par exemple, dans la vie professionnelle. Les sommes versées au titre de ces préjudices le sont sous forme d'un

⁵ Suivant une logique proche des « *souffrances endurées* » avant la date de consolidation du préjudice, en droit français.

montant total forfaitaire (même si le calcul de celui-ci a pu faire intervenir des montants évalués année par année).

Le **préjudice matériel**, ensuite, peut se voir indemnisé par la prise en compte du **coût de réparation** de la chose endommagée, la **perte de valeur** de cet objet ou son entière valeur (pour un objet détruit), de même enfin que la **perte de revenu** et les **frais d'entretien**. Même une perte temporaire peut rentrer dans ce champ.

La singularité de la responsabilité de la puissance publique réside dans la prise en compte d'un troisième type de préjudice, la **perte purement pécuniaire** (« *pure economic loss* »). En effet, si les dispositions générales de la loi prévoient qu'une telle perte ne peut être indemnisée que dans l'hypothèse où elle découle d'une infraction du mis en cause ou de son employé, cette condition ne joue pas en cas de responsabilité administrative, où elle est traitée de la même manière que les dommages matériels.

Enfin, le **préjudice moral** peut être indemnisé dans le cadre de la prise en compte des dommages corporels (en fonction des souffrances endurées ; cf. supra), de même que lorsqu'en violation de la loi, il est porté une atteinte sérieuse à la liberté, la tranquillité ou l'honneur d'une personne (cf. chapitre 2, article 3, combiné avec l'article 29 du chapitre 3 de la loi de 1972).

2.3. Exonération et articulation avec d'autres voies d'indemnisation :

La loi de 1972 fait tout d'abord une place importante aux **règles d'atténuation de la responsabilité**, qui peuvent permettre de diminuer, voire de refuser, toute indemnisation. La portée de la responsabilité civile peut tout d'abord être atténuée en cas de négligence de la victime. On peut ici prendre l'exemple de la mise en cause de la responsabilité administrative du fait d'une décision juridictionnelle. Dans ce cas, la faute peut être établie, même lorsque la décision juridictionnelle en cause n'a pas été annulée (sauf pour la Cour suprême et la Cour administrative Suprême – chapitre 3, article 7 de la loi de 1972). Toutefois, le fait de n'avoir pas fait appel de cette décision peut être regardé comme une négligence du demandeur, qui peut conduire à atténuer la responsabilité administrative, et donc à diminuer, voir refuser l'indemnisation.

La loi prévoit également que l'indemnisation puisse être ajustée lorsque son versement fait peser un **fardeau économique déraisonnable** sur la personne responsable.

Enfin, comme on l'a dit plus haut, **d'autres voies d'indemnisation** existent (système d'assurance sociale, assurance privée, régimes de « responsabilité sans faute » fixés par la loi dans certains domaines à risques), dont le juge doit tenir compte dans l'évaluation du préjudice, en opérant les déductions correspondantes.

Groupe de travail sur l'évaluation du préjudice

Fiche

Le système de la convention européenne des droits de l'homme

par

François MOLINIÉ

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

2 volets seront successivement présentés :

- I) L'indemnisation en cas d'atteinte au droit au respect des biens protégé par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme
- II) Les principes en matière de satisfaction équitable au sens de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme

I) L'indemnisation en cas d'atteinte au droit au respect des biens protégé par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne prévoit que :

"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes."

L'art 1P1 contient trois règles distinctes:

- la première revêt un caractère général : c'est le principe du respect de la propriété;
- la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions;

- quant à la troisième, prévue dans le second alinéa, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général.

La Cour examine la conventionalité de l'ingérence en quatre étapes :

- D'abord, elle vérifie :
 - o l'existence même d'un droit de propriété (notamment l'existence d'un « bien ») entrant dans le champ d'application de l'article.
 - o ainsi que l'existence d'une ingérence à ce droit.
- Puis, elle examine que l'ingérence est prévue par la loi : il doit exister des normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application¹.
- Ensuite, la Cour détermine si la privation de propriété poursuit un but légitime d'utilité publique : le contrôle sur ce point est faible car la Cour a déclaré « *respecter la manière dont [L'Etat] conçoit les impératifs de l'« utilité publique », sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable* »².
- Enfin, elle examine **la proportionnalité de l'ingérence**.

La Cour admet trois types d'ingérence au droit au respect des biens : l'ingérence en tant qu'atteinte au principe du respect du droit de propriété, l'ingérence en tant que privation du droit de propriété, et la réglementation de l'usage des biens³.

La Cour s'assure de l'absence d'une privation de propriété ou d'une réglementation de l'usage des biens, avant de se prononcer sur l'atteinte au respect des biens⁴.

A) La privation de propriété

1) *La nature de l'ingérence*

La Cour fait d'abord entrer dans la privation de propriété **les expropriations formelles**, lesquelles entraînent en principe un transfert de propriété. Une expropriation formelle est ainsi à exclure dès lors que le propriétaire peut toujours user de son bien, le vendre, le léguer, le donner ou l'hypothéquer⁵.

¹ CEDH, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, §§ 109-110

² CEDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni* § 46

³ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth*

⁴ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth*

⁵ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth*, §62

Ensuite, la Cour considère comme équivalant à une privation de propriété **les expropriations de fait**. A ce titre, elle examine notamment si le propriétaire a été privé de sa faculté de vendre et d'user de son bien. Ainsi, un terrain pris par l'État grec en 1967 durant la dictature et donné à la marine, qui y avait établi une base navale, est considéré comme ayant fait l'objet d'une expropriation de fait⁶.

2) *Les modalités d'indemnisation dans le cadre de l'exigence de proportionnalité de l'ingérence*

La Cour contrôle l'existence d'un « **juste équilibre** entre les exigences de **l'intérêt général** de la communauté et **les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu** »⁷, en sachant qu'elle accorde une large marge d'appréciation aux Etats.

La Cour précise qu'« *Il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété* »⁸.

En particulier, la Cour examine lors de son contrôle si la personne concernée a eu à subir "*une charge spéciale et exorbitante*" et **prend notamment en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne** : « *l'article 1 (P1-1) exige implicitement, en règle générale, le versement d'une compensation pour exproprier quiconque relève de la juridiction d'un État contractant* »⁹.

Ainsi, il faut qu'il y ait une indemnisation « *raisonnablement en rapport avec la valeur du bien* », à défaut de quoi, l'atteinte au droit au respect des biens sera considérée comme excessive.

Toutefois, pour des « objectifs légitimes d'utilité publique », telles des mesures de réforme économique ou de justice sociale, **l'indemnisation peut être inférieure à la pleine valeur marchande** : il n'y a ainsi pas dans tous les cas de droit à une compensation intégrale¹⁰.

En revanche, **en cas de privation de propriété, l'absence totale d'indemnisation ne se justifie que dans des circonstances exceptionnelles**¹¹. Ainsi la réunification allemande a été considérée comme une circonstance exceptionnelle justifiant l'absence d'indemnisation.¹²

⁶ CEDH, 24 juin 1993, *Papamichalopoulos c/ Grèce*

⁷ CEDH, 9 déc. 1994, *Les saints monastères c/ Grèce*, §70

⁸ CEDH, 9 déc. 1994, *Les saints monastères c/ Grèce*, §70

⁹ CEDH, 21 févr. 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni*, §50

¹⁰ CEDH, 21 févr. 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni*, §54

¹¹ CEDH, 9 déc. 1994, *Les saints monastères c/ Grèce*, §71

¹² CEDH, 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, §117

B) La réglementation de l'usage des biens

1) *La nature de l'ingérence*

La réglementation de l'usage des biens s'illustre à travers la mise en place de contrôles et de limitations à la libre disposition du droit d'usage des biens.

Ainsi, la Cour considère qu'en principe les interdictions de construire relèvent d'une réglementation de l'usage des biens des intéressés¹³, tout comme en relève la condamnation à une amende¹⁴.

De même, le juge européen considère que « *le régime juridique du domaine public, en tant qu'il affecte celui-ci à l'usage du public afin de servir le bien commun* » relève de la réglementation de l'usage des biens¹⁵.

La Cour juge également que la saisie et la confiscation d'un ouvrage, eu égard à son caractère provisoire et au fait qu'elle empêche l'intéressé « *pour un temps, de jouir et disposer à sa guise de ses biens* », sans qu'il soit privé de sa propriété, a trait à l'usage de biens¹⁶.

2) *Les modalités d'indemnisation dans le cadre de l'exigence de proportionnalité de l'ingérence*

D'après la Cour, le second alinéa « *érige les États contractants en seuls juges de la "nécessité" d'une ingérence. La Cour doit par conséquent **se borner à contrôler la légalité et la finalité de la restriction dont il s'agit*** »¹⁷.

Autrement dit, la Cour accorde à l'Etat une **large marge d'appréciation** dans ce domaine de la réglementation de l'usage des biens, tant pour évaluer la légitimité que la proportionnalité de l'ingérence :

« *Une mesure d'ingérence doit ménager un « **juste équilibre** » entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La recherche de pareil équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 tout entier, donc aussi dans le second alinéa ; il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En contrôlant le respect de cette exigence, la Cour reconnaît à l'Etat **une grande marge d'appréciation** tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause* »¹⁸.

¹³ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth*, §64

¹⁴ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens c/ Italie*

¹⁵ CEDH, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet c/ France*, §83

¹⁶ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, §63

¹⁷ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, §62

¹⁸ CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, §75

La marge d'appréciation est notamment très importante « dans un domaine aussi complexe et difficile que l'aménagement du territoire »¹⁹, pour lequel l'intérêt général se rapportant à la mesure attentatoire est généralement automatiquement reconnu.

Lors de son contrôle de proportionnalité, la Cour va tout de même examiner, tout comme elle le fait lors d'une privation de propriété, si la personne concernée a eu à subir **"une charge démesurée"** et **prend notamment en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne**²⁰.

Toutefois, s'agissant des mesures de réglementation de l'usage des biens, la Cour admet de manière plus souple l'absence d'indemnisation : « lorsqu'une mesure de réglementation de l'usage des biens est en cause, l'absence d'indemnisation est l'un des facteurs à prendre en compte pour établir si un juste équilibre a été respecté **mais elle ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une violation de l'article 1 du Protocole n°1** »²¹.

Par ailleurs, certaines violations, portant atteinte à des convictions personnelles profondément ancrées, ne pourraient a priori pas être acceptées par la Cour, quand bien même une indemnité conséquente serait proposée : « De plus, pour des raisons de principe, la Cour éprouve des réticences devant l'argument selon lequel des convictions personnelles profondément ancrées pourraient être échangées contre une indemnité annuelle censée compenser la perte de l'usage du bien, indemnité qui en tout état de cause apparaît très modique »²².

C) L'atteinte au droit au respect des biens

L'atteinte au respect des biens peut recouvrir le manquement de l'Etat à des obligations positives, lesquelles découlent de l'obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits résultant de l'article 1 de la CEDH. Ainsi, l'Etat polonais qui, tout en ayant conféré au requérant le droit à obtenir des biens à titre compensatoire, l'a ensuite privé, par des manœuvres d'obstruction et par son inaction sur les plans tant législatif qu'administratif, de toute possibilité de tirer profit de ce droit, est considéré comme ayant porté atteinte au droit au respect de ses biens²³.

Dans le cas où les deux premiers critères ne sont pas remplis, la Cour examine de manière générale si la pleine jouissance du droit de propriété a été entravée, et notamment « **si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu** »²⁴.

¹⁹ CEDH, 21 fév. 2008, *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c/ Grèce*, §45

²⁰ CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, §85

²¹ CEDH, 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, §91

²² CEDH, 26 juin 2012, *Hermann c/ Allemagne* §91

²³ CEDH, 22 juin 2004, *Bronionski c/ Pologne*, §143

²⁴ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth*, §69

D) Cas d'espèce où la Cour s'est prononcée sur le principe d'une indemnisation

- En cas d'intervention d'une loi privant la personne d'une partie substantielle de sa créance. Ainsi, la Cour avait estimé que l'application de l'article 1er de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (art. L. 114-5 CASF) aux instances en cours portait atteinte au droit au respect des biens en ce qu'elle privait les requérants d'une partie substantielle de leurs créances sans prévoir une indemnisation raisonnablement proportionnée²⁵.

- En cas d'inconstructibilité d'un terrain :
 - o La Cour a estimé qu'en présence d'un terrain pour lequel les propriétaires n'avaient jamais manifesté leur intention de bâtir, et en l'absence de preuve qu'« ils ont été obligés de modifier l'usage de leur terrain à la suite de l'adoption de l'arrêté prévoyant l'interdiction absolue de construire sur celui-ci », l'inconstructibilité en cause ne porte pas atteinte à l'article 1P1, quand bien même aucune indemnisation n'aurait été versée²⁶.
 - o La Cour a toutefois considéré qu'en cas d'entrave à la jouissance normale du droit des propriétaires pendant une longue période, en l'espèce une interdiction de bâtir pendant 13 ans, période durant laquelle les procédures ont peu avancé et où aucun dédommagement n'a été versé, les requérants ont bien eu à supporter une charge spéciale et exorbitante qui a rompu le « juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens »²⁷.

- En cas de résiliation unilatérale de ses contrats par l'Administration : il faut dans ce cas une juste indemnisation du cocontractant, « la jurisprudence internationale, juridictionnelle ou arbitrale, reconnaît d'ailleurs à tout Etat un pouvoir souverain pour modifier, voire résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers »²⁸.

- En cas d'expropriation :
 - o La Cour vérifie que l'indemnité d'expropriation a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits fondamentaux des requérants²⁹. En particulier, le montant de l'indemnité est fixé par rapport à la consistance du bien au jour de l'ordonnance portant transfert de propriété, c'est-à-dire en fonction de la valeur réelle du bien exproprié³⁰.
 - o La Cour a reconnu le droit pour le locataire exproprié d'être indemnisé³¹.
 - o La Cour a rejeté par principe l'application en droit national d'une présomption, même réfragable, d'auto-indemnisation consistant à considérer que les propriétaires expropriés en vue de la construction d'une route sont indemnisés de facto en raison de l'avantage qu'ils retirent de l'existence d'une telle construction³².

²⁵ CEDH 6 oct. 2005, n° 1513/03, Draon c/ France, et n° 11810/03, Maurice c/ France

²⁶ CEDH, 26 juin 2007, Longobardi et Autres c/ Italie

²⁷ CEDH, Matos e Silva, lda., et autres c/ Portugal

²⁸ CEDH 9 déc. 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andréadis c/ Grèce, §72

²⁹ CEDH, 4 nov. 2010, aff. 40975/07

³⁰ CEDH, 11 avril 2002, Lallemand c. France, requête n° 46044/99

³¹ CEDH, 26 avr. 2011, Di Marco c/ Italie, n° 32521/05

³² CEDH, 19 sept. 2002, aff. 50824/99, Azas c/ Grèce

- En cas d'expropriation partielle de terrains agricoles, la CEDH considère que le propriétaire agriculteur est en droit de solliciter, et alors même qu'il n'aurait pas demandé l'emprise totale, une indemnisation pour la perte de son outil de travail³³.
- Le fait que l'indemnité d'expropriation ait été entièrement absorbée par les frais de justice des requérants révèle un déséquilibre emportant violation de l'article 1P1³⁴.

II) Les principes en matière de satisfaction équitable au sens de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule, sous le titre : « Satisfaction équitable », que « si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

Cet article donne à la Cour le pouvoir d'octroyer au requérant victime d'une violation de ses droits une réparation (B). La Convention subordonne ce pouvoir à deux conditions (A).

A) Applicabilité de l'article 41

La Cour peut octroyer une satisfaction équitable au titre de l'article 41 si elle a constaté une violation de la Convention ou d'un de ses protocoles (A) et si aucune réparation intégrale ne peut être obtenue en droit interne (B).

1) L'existence d'une violation de la Convention ou d'un de ses protocoles

La première de ces deux conditions va de soi : il faut que la Cour ait constaté une violation de la Convention ou de l'un de ses protocoles. Une seule violation suffit. Peu importe ensuite l'autorité responsable de la violation : pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire.

Cette violation peut consister en un acte positif ou en une omission.

Il convient de noter que la Cour a alloué une indemnité après avoir constaté une violation potentielle qui, par la suite, ne s'est pas concrétisée³⁵ : en l'espèce, la Cour a jugé que l'extradition d'un requérant vers les Etats-Unis, où il courait un risque réel d'être soumis à la peine de mort,

³³ CEDH, 22 avr. 2002, aff. 46044/99, *M. Lallement c/ France*

³⁴ CEDH, 4 août 2009, *Perdigao c/ Portugal*

³⁵ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juill. 1989, req. n° 14038/88

représentait une violation « par ricochet » de l'article 3 de la Convention, prohibant les traitements inhumains et dégradants).

Cette première condition n'est cependant pas suffisante.

2) L'absence de réparation intégrale en droit interne

La seconde condition d'applicabilité de l'article 41 est plus délicate : la satisfaction équitable ne peut être octroyée que si le droit interne de l'Etat défendeur ne permet pas, ou qu'imparfaitement, d'effacer les conséquences de la mesure incriminée. La Cour dispose ainsi en la matière d'une compétence subsidiaire.

Selon une approche littérale du texte, la Cour a donc l'obligation, suite à un éventuel constat de violation, de s'assurer qu'une réparation, totale ou partielle, est possible dans l'Etat considéré, par la remise des choses en l'état. Cette obligation de restitution prend sa source, comme le confirme la jurisprudence de la Cour³⁶, dans l'obligation juridique de résultat que l'Etat partie tient de l'article 46, § 1, (ex-art. 53) de la Convention, aux termes duquel « les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». Il appartient donc à l'Etat concerné de prendre à l'égard du requérant les mesures – individuelles et/ou générales – propres à mettre fin à la violation constatée et à en effacer les conséquences, mais il a, en principe, et en raison du caractère déclaratoire de l'arrêt constatant une violation, le libre choix des moyens pour parvenir à ce résultat.

Ces deux conditions remplies, l'article 41 trouve à s'appliquer.

B) Mise en œuvre de l'article 41

L'article 41 prévoit l'octroi d'une satisfaction équitable « s'il y a lieu ». Dès lors, les requérants n'ont pas un droit automatique à réparation : la Cour dispose en la matière d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire qu'elle exerce compte tenu des circonstances de la cause. L'attribution d'une satisfaction équitable par la Cour obéit ainsi à certaines conditions (1) et revêt plusieurs modalités (2).

1) Conditions de la réparation

La réparation obéit à plusieurs conditions de forme et de fond.

³⁶ CEDH, *Papamichalopoulos et a. c. Grèce*, 31 oct. 1995, req. n° 14556/89

a) Conditions de forme

L'article 60, § 1, du Règlement de la Cour dispose que « tout requérant qui souhaite que la Cour lui accorde une satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention en cas de constat d'une violation de ses droits découlant de celle-ci doit formuler une demande spécifique à cet effet ». La question de l'application de l'article 41 n'étant pas d'ordre public, la Cour n'alloue pas d'office, en effet, une satisfaction équitable. Le requérant doit formuler une demande en ce sens. La Cour exige des demandes précises, pièces justificatives à l'appui. Elle écarte les demandes présentées dans les formulaires de requête mais non réitérées au stade approprié de la procédure. Elle rejette aussi les demandes tardives.

A ces conditions de forme s'ajoutent des conditions de fond.

b) Conditions de fond

La Cour accepte de réparer aussi bien le préjudice matériel que le préjudice moral, consistant, pour une personne physique, en un sentiment de détresse, d'inquiétude, de frustration ou d'injustice et résultant, pour une personne morale, d'éléments subjectifs, tels que la réputation de l'entreprise. Elle peut aussi ordonner de rembourser au requérant les frais et dépens qu'il a assumés – d'abord au niveau interne puis devant la procédure devant elle – pour empêcher la violation ou en faire effacer les conséquences.

La Cour subordonne la réparation du dommage, de manière générale, à trois conditions classiques : le préjudice doit être personnel (i) direct (ii) et certain (iii).

i) Un préjudice personnel

Le préjudice doit, en premier lieu, être personnel. La Cour a interprété l'expression « partie lésée » de l'article 41 comme étant synonyme du terme « victime » de l'article 34 (ex-art. 25) de la Convention, et donc comme désignant la personne directement touchée par l'acte ou l'omission en cause. Par ailleurs, elle n'accorde pas d'indemnité aux personnes qui n'avaient pas la qualité de requérant à Strasbourg, même si elles peuvent avoir été touchées par l'acte constitutif de la violation. Cette règle tolère une exception en cas de décès du requérant, l'ayant-droit ayant alors qualité de partie lésée (CEDH, *Colozza c. Italie*, 12 févr. 1985, req. n° 9024/80).

ii) Un préjudice direct

Le préjudice doit, en second lieu, être direct. Il faut démontrer clairement l'existence d'un lien de causalité entre le manquement constaté et le dommage allégué. La Cour apprécie cette condition avec rigueur. Elle ne se contente pas d'un lien simplement ténu entre la violation dénoncée et le préjudice prétendument subi, ni de simples spéculations quant à ce qui aurait pu être.

iii) Un préjudice certain

Le préjudice doit, en troisième lieu, être certain. Face aux difficultés rencontrées par les requérants pour prouver l'existence du préjudice, la Cour s'est montrée disposée à présumer qu'un préjudice avait ou pouvait avoir été souffert. Cela a été le cas notamment en matière de dommage moral, dont l'existence semble de plein droit admise en cas de violation, même si celle-ci est potentielle. S'agissant du préjudice matériel, la Cour estime que l'exigence tenant à la fois à la causalité et à l'existence du préjudice est remplie lorsqu'il y a « une perte de chances réelles » (CEDH, *Lechner et Hess c. Autriche*, 23 avr. 1987, req. n° 9316/81), voire que la perspective de les réaliser eût été « douteuse » (CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède (article 50)*, 18 déc. 1984, req. n°s 7151/75 et 7152/75).

Ces trois conditions remplies, le dédommagement peut revêtir plusieurs modalités.

2. Modalités de la réparation

La réparation revêt certaines modalités d'attribution (a) et d'exécution (b).

a) Modalités d'attribution

Les décisions d'octroi d'une satisfaction équitable ne sont pas uniformes et systématiques. Elles oscillent, quant à leurs modalités, et suivant une gradation croissante, entre le simple constat de violation prononcé par l'arrêt de la Cour (a), un dédommagement des frais et dépens (b) ou l'octroi d'une réparation financière (c).

b) Le constat de violation suffisant

Le caractère discrétionnaire des décisions en matière d'indemnités a en plusieurs occasions conduit la Cour à juger que, bien que le requérant eût établi que la violation lui avait porté préjudice, il n'y avait pas lieu de lui accorder une indemnité, le constat de violation constituant en soi une satisfaction équitable suffisante (CEDH, *Boden c. Suède*, 27 oct. 1987, req. n° 10930/84). La Cour en a jugé ainsi s'agissant de demandes de réparation d'un dommage moral, et il faut présumer que les prétentions fondées sur un dommage matériel peuvent subir le même sort. En revanche, elle a déclaré avoir « peine à imaginer » qu'un constat de violation puisse fournir en soi une satisfaction équitable quant aux frais et dépens (CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni (article 50)*, 6 nov. 1980, req. n° 653874). Cette méthode est cependant rendue confuse par la pratique juridictionnelle. Au regard du contentieux et des arrêts de la Cour ayant abouti à cette conclusion, il ressort, en effet, que la décision de la Cour de considérer le constat de violation comme étant en soi une réparation suffisante au titre de l'article 41 ne repose sur aucune systématique ou/et méthodologie précise et ne se fonde sur aucune motivation étayée. Il semble plutôt que pour déterminer s'il convient d'appliquer cette doctrine, la Cour procède au cas par cas et tranche à la lumière des circonstances de l'espèce.

c) Le dédommagement des frais et dépens

La satisfaction équitable prend généralement la forme d'un dédommagement des frais et dépens du requérant, à condition toutefois qu'il prouve qu'il les a réellement exposés, c'est-à-dire que le requérant doit les avoir réglés, ou être tenu de les régler, en vertu d'une obligation légale ou contractuelle. Tout montant versé ou dû par les autorités internes ou le Conseil de l'Europe au titre de l'aide judiciaire gratuite doit être déduit de la somme éventuellement allouée pour frais et dépens. Par ailleurs, la Cour accorde le remboursement des seules dépenses que, à la lumière des circonstances de l'espèce, elle juge avoir été nécessairement encourues, c'est-à-dire que le requérant a dû les engager pour empêcher la violation ou y faire remédier. Ces dépenses doivent, en outre, être raisonnables quant à leur taux. Si la Cour les juge excessives, elle alloue une somme raisonnable selon sa propre estimation (v., par ex., CEDH, *Demicoli c. Malte*, 27 août 1991, req. n° 13057/87).

d) L'octroi d'une réparation financière

L'évaluation du préjudice subi est souvent délicate et les arrêts de la Cour ne permettent pas de cerner avec précision la méthode utilisée pour chiffrer les indemnités. Il n'y a pas de difficulté particulière lorsque le requérant a établi et quantifié un chef précis de dommage matériel – que ce soit pour la perte effectivement subie ou le manque à gagner auquel il faut s'attendre

pour l'avenir. Dans les autres cas, et notamment lorsqu'il est question de dommage moral et de perte de chances, dommages qui, par leur nature, ne se prêtent pas à un calcul précis, la Cour se livre à une appréciation globale et, adoptant une démarche très subjective, procède à une évaluation en équité, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce.

Si le montant du dommage est imputable à une faute du requérant lui-même, ou si une réparation partielle a déjà été obtenue en droit interne, la Cour peut aussi déceler des motifs d'équité pour octroyer une somme inférieure à la valeur du dommage réellement subi.

La Cour a été saisie plusieurs fois de demandes de dommages-intérêts « exemplaires » ou « punitifs », tendant à punir l'Etat contractant responsable. Alors qu'elle n'avait pas jugé bon, jusqu'ici, d'accueillir ces demandes, elle a récemment opéré un revirement de jurisprudence dans un cas qui s'y prêtait (CEDH, *Trévalet c. Belgique*, 25 juin 2013, req. n° 30812/07).

Bien qu'aucune statistique officielle et publique ne soit disponible, le détail des sommes allouées par la Cour, retracé par l'ancien membre du greffe Jonathan Sharpe pour la période 1972-1990 (SHARPE Jonathan L., « Article 50 », in PETITTI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1^{ère} édition, 1995, 1230 p., pp. 809-842) fait apparaître une augmentation du montant et de la fréquence des indemnisations accordées au titre de la satisfaction équitable.

e) Modalités d'exécution

Selon une pratique inaugurée en 1991 (CEDH, *Moreira de Azevedo c. Portugal (article 50)*, 28 août 1991, req. n° 11296/84), la Cour fixe, de son propre chef, un délai impératif de trois mois à l'Etat pour s'acquitter de ses obligations financières et, après avoir adopté une position contraire (v., par ex., CEDH, *Nibbio c. Italie*, 26 févr. 1992, req. n° 12854/87), ordonne aussi le paiement d'intérêts moratoires en cas de versement intervenant après échéance du délai ainsi fixé (CEDH, *A et a. c. Danemark*, 8 févr. 1996, req. n° 20826/92).

La question de la saisissabilité des sommes versées au titre de la satisfaction équitable est laissée à la décision des autorités nationales (CEDH, *Allet de Ribemont c. France*, 7 août 1996, req. n° 15175/89), mais la Cour précise que, sauf à pervertir le système de l'article 41, une somme allouée par elle au titre du préjudice moral devrait être payée directement au requérant, à l'abri de toute saisie de la part de ses créanciers (*Selmouni*, préc.).

f) Pratique de la Cour européenne en matière de série – l'arrêt pilote et les conséquences à tirer par l'Etat d'une manière générale

La Cour européenne a mis en place une procédure originale en matière de série de recours. Dans le cadre de cette procédure, la Cour rend une solution qui va au-delà d'un cas particulier et qui s'applique à toutes les affaires similaires soulevant la même question. Elle rend un « arrêt pilote ».

Les juges européens n'ont alors pas seulement pour fonction de se prononcer sur la question de savoir s'il y a eu violation de la Convention dans telle ou telle affaire, mais aussi d'aider les autorités nationales à éliminer le problème systémique qui donne lieu à des affaires répétitives. La Cour déborde là incontestablement sa compétence de rendre des arrêts déclaratoires lorsqu'elle affirme qu'il convient d'examiner « quelles conséquences peuvent être tirées de l'article 46 de la Convention pour l'Etat défendeur » (CEDH [GC], *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, req. n° 31443/96). Dans cette affaire, elle a pour la première fois adopté un arrêt pilote et en a tiré les conséquences sur le terrain de son exécution, puisqu'elle a prescrit à l'Etat des mesures générales appropriées – à savoir « la réalisation effective et rapide » du droit à indemnisation des personnes concernées – afin de remédier à la « défaillance structurelle », résultant d'un « dysfonctionnement de la législation polonaise et d'une pratique administrative », constatée sur le terrain du droit de propriété (*Broniowski*, préc.). Et elle a ajourné l'examen de toutes les affaires similaires.

Dans cette procédure, le règlement amiable suppose l'exécution tant des mesures individuelles que des mesures générales.

L'évaluation des préjudices causés par la méconnaissance du droit de l'UE par les autorités des Etats membres

par

Florian ROUSSEL

Premier conseiller à la cour administrative d'appel de Paris

1. Les principes généraux

➤ Fondement de la responsabilité des Etats membres

Dans son célèbre arrêt Francovich du 19 novembre 1991¹, la CJUE considère que le principe de la responsabilité des Etats membres pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire, tout en étant inhérent à la construction européenne, trouve son fondement dans l'article 5 (devenu l'article 4) du Traité, en vertu duquel « les Etats prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union » (« principe de coopération loyale »).

➤ Principes d'équivalence et d'effectivité

Dans son arrêt Francovich, la Cour a également considéré qu'en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé. Elle s'est contentée de définir le cadre général dans lequel cette réparation doit intervenir.

Ainsi, « les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation. »

➤ Une réparation « adéquate »

L'exigence selon laquelle la réparation du préjudice subi doit être « adéquate », de manière à assurer une protection effective des droits du particulier, a été expressément posée par la CJCE dans son arrêt Brasserie du pêcheur – Factortame III du 5 mars 1996².

Ce caractère adéquat implique l'indemnisation de l'intégralité du préjudice subi, dès lors que seul le principe de restitutio in integrum permet de reconstituer le patrimoine de la victime dans l'état où il se serait trouvé si le droit communautaire n'avait jamais été violé³. Il s'apprécie notamment au regard des principes juridiques communs aux Etats membres (arrêt Francovich).

¹ C-6/90 et C-9/90

² C-46/93 et C-48/93

³ Conclusions de l'avocat général Léger sur CJCE, Lomas, 20 juin 1995, C-5/94 ; à noter la position en sens contraire de l'avocat général Van Gerven dans CJCE, 26 janvier 1993, C-271/91, Marshall II

- Des principes similaires à ceux régissant la responsabilité de l'Union européenne

La Cour considère que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de l'Union européenne dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage⁴.

Ces principes ont par la suite été précisés par la jurisprudence ultérieure de la Cour.

2. La procédure d'indemnisation

Si les modalités procédurales de la réparation relèvent de l'ordre juridique interne en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, elles ne sauraient ni être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne ni rendre impossible ou excessivement difficile en pratique l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique européen (CJCE, 14 décembre 1995, Peterbroeck, C-312/93).

Dans cet arrêt, la Cour relève, en particulier, que pour déterminer si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire, il convient d'apprécier la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les différentes instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération les principes qui sont la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure

La Cour a ainsi jugé que le droit communautaire ne s'opposait pas à ce que, à la suite d'arrêts de la Cour déclarant des droits ou des taxes contraires au droit communautaire, un État membre adopte des dispositions qui rendent les conditions de remboursement applicables à ces droits et taxes moins favorables que celles qui se seraient appliquées en leur absence, dès lors que la législation nationale respecte les principes d'équivalence et d'effectivité.

Elle estime que ces exigences sont satisfaites lorsque le délai national de forclusion de trois ans nouvellement institué s'applique à une gamme très vaste de situations et fixe un délai suffisant pour garantir l'effectivité du remboursement (CJCE 9 févr. 1999, Dilexport SRL c/ Amministrazione delle Finanze dello Stato, aff. C-343/96).

3. L'exigence d'un lien de causalité direct

Comme en droit national, la réparation est logiquement subordonnée à l'existence d'un lien de causalité direct entre la violation de la règle du droit de l'Union et les dommages subis.

La Cour a ainsi récemment jugé que l'omission de procéder à l'évaluation environnementale prévue par la directive 85/337 ne constituait pas, en principe, par elle-même la cause de la

⁴ arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame, précité, point 42 ; principe rappelé par CJCE, 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil c Commission, C-352/98

dépréciation de la valeur d'un bien immobilier. En effet, la directive n'énonce pas les règles de fond relatives à une mise en balance des incidences sur l'environnement avec d'autres facteurs et n'interdit pas non plus la réalisation des projets qui sont susceptibles d'avoir des incidences négatives sur l'environnement.

4. L'évaluation du préjudice et ses modalités de réparation

4.1. L'évaluation du préjudice ne doit pas être moins favorable que celle concernant des réclamations semblables de nature interne

Si le droit national prévoit une réparation plus généreuse et étendue des dommages subis que celle prévue par une directive, les règles de droit national devront s'appliquer.

La Cour juge ainsi que l'allocation de dommages-intérêts exemplaires ne saurait être exclue dans le cadre d'une action en réparation fondée sur le droit communautaire, si les conditions prévues en droit anglais pour une telle allocation sont réunies (arrêt Francovich - Factortame III précité).

4.2. Des conditions de fond qui ne doivent pas rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation

Ainsi, dans son arrêt Francovich, la CJUE estime la condition générale posée par le droit allemand tendant à ce que l'acte ou l'omission du législateur vise une situation individuelle rend la réparation en pratique impossible ou excessivement difficile, étant donné que les tâches incombant au législateur concernent, en principe, la collectivité sans viser aucune personne ou catégorie de personne qui puisse être individualisée.

De même, dans cet arrêt, elle s'oppose à ce que le manque à gagner soit exclu totalement du dommage réparable en cas de violation du droit communautaire. Etant donné la nature économique et commerciale des litiges, une telle exclusion aurait comme conséquence de rendre la réparation impossible.

4.3. Le caractère « adéquat » de la réparation

- Cette exigence s'oppose ainsi au plafonnement par le droit national du montant de l'indemnisation (CJCE, 26 janvier 1993, C-271/91, Marshall II). L'Etat membre ne peut davantage exclure le versement d'intérêts de retard, l'écoulement du temps devant nécessairement être pris en compte dans l'évaluation du préjudice (même arrêt).

- Prenant en compte les principes juridiques communs aux Etats membres, la Cour considère également que le juge doit « vérifier si la personne lésée a fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée et si elle a fait usage en temps utile de toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition »⁵.

⁵ Arrêt Francovich

- En outre, la Cour estime que l'application rétroactive et complète des mesures d'exécution d'une directive permet de remédier aux conséquences dommageables résultant du retard dans la transposition de cette directive, sauf si les bénéficiaires de ces mesures établissent l'existence de pertes complémentaires qu'ils auraient subies du fait de cette transposition tardive⁶.
- Enfin, si le juge doit prendre en compte les exigences du principe de sécurité juridique, il ne saurait limiter, en dehors de circonstances exceptionnelles, limiter les effets dans le temps de l'arrêt prononcé.

Dans son arrêt *Francovich*, la Cour estime ainsi que le Gouvernement allemand ne pouvait demander de limiter la condamnation de l'Etat aux seuls dommages survenus après le prononcé de l'arrêt dans l'affaire en cause, pour autant que les victimes n'aient pas engagé auparavant une action en justice ou une réclamation équivalente.

Au contraire, dans un arrêt *Legras* du 16 juillet 1992 (C. 163/92), la CJCE a considéré que le danger du bouleversement du système de financement des collectivités locales des DOM constituait, en l'espèce, une considération impérieuse de sécurité juridique s'opposant à la remise en cause de rapports juridiques antérieurs au prononcé de l'arrêt de la Cour.

⁶ CJCE, 10 juillet 1997, Rosalba Palmisiani, C-261/95 et C-94/95 – C-95/95, Danila Bonifaci

SLC – Groupe Action publique

L'évaluation du préjudice (responsabilité extra-contractuelle) L'Union européenne

par

Jean SIRINELLI

Professeur à l'université de Paris Est – Créteil

I) Introduction :

A) Remarques préliminaires

Le principe de la responsabilité extracontractuelle de l'Union est constitutionnel. Il est désormais consacré à l'article 340 TFUE § 2 : « *En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions* ».

La spécificité du système juridique de l'Union européenne suppose quelques remarques préliminaires tenant, principalement, aux conséquences du rôle des Etats membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union et à la difficulté à trouver une unité conceptuelle et matérielle du contentieux de la responsabilité extracontractuelle.

Tout d'abord, l'engagement de la responsabilité de l'Union est subsidiaire. La Cour de justice a ainsi pu juger que la recevabilité de l'action peut se trouver subordonnée à l'épuisement de voies de recours internes ouvertes contre les mesures nationales d'exécution du droit de l'Union (CJCE, 26 février 1986, *Krohn & Co. Import-Export c/ Commission*). Tel n'est pas le cas dans le cas des litiges nés des relations entre l'Union et ses agents ou des actes d'exécution directement pris par une institution. Mais lorsque l'acte européen litigieux appelle des mesures nationales d'exécution, l'épuisement des voies de droit interne retrouve son utilité. Des considérations d'opportunité, tenant à la protection des finances européennes et à la limitation du nombre de requêtes engagées devant la Cour de justice, expliquent, pour l'essentiel, cette solution.

Ensuite, la question de l'identification d'un contentieux administratif et d'une responsabilité administrative se pose. D'un point de vue institutionnel, la Cour de justice exerce un contentieux tant administratif que constitutionnel. Si l'on peut considérer que le Tribunal est

compétent en matière administrative, il n'épuise pas le contentieux administratif. D'un point de vue matériel, la frontière entre responsabilité du fait d'acte administratif et d'acte législatif est brouillée en matière de responsabilité extracontractuelle. Historiquement cette distinction façonnait le contentieux de la responsabilité. Elle est aujourd'hui abandonnée ; la Cour de justice a ainsi unifié le régime de responsabilité de l'Union quelque soit la nature de l'acte illégal à l'origine du préjudice (CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P, Rec. p. I 5291).

Enfin, plusieurs éléments témoignent de l'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle. Il est, de façon générale, possible de noter l'importance, dans la détermination de son régime, de la protection des intérêts de l'Union, qu'il s'agisse de la protection des deniers publics ou de la protection du pouvoir d'appréciation des Institutions. De façon spécifiques, on peut constater des solutions particulières liées à l'existence de contentieux particuliers (fonction publique, droit d'auteur) ; celles-ci n'ont pas nécessairement vocation à être généralisées. Est alors posée la question de l'unité et de la cohérence du régime de la responsabilité extracontractuelle. Par ailleurs, une double originalité apparaît tenant à la particularité des victimes (souvent des entreprises invoquant un préjudice économique difficilement déterminable) et au fait générateur de l'engagement de la responsabilité (l'exercice d'une activité normative, générale et impersonnelle, laquelle pose des difficultés particulières quant à l'identification et à la réparation des préjudices).

B) Caractéristiques générales du régime de responsabilité de l'Union européenne

1) *La procédure*

* La saisine du juge :

Les obligations pesant sur les requérants ont été posées par le juge européen en vertu des principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice. Sous peine d'irrecevabilité de la requête, il incombe au requérant de faire ressortir, à tout le moins sommairement, mais d'une façon cohérente et compréhensible, les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels celui-ci se fonde (TPI, 29 novembre 1993, *Koelman c/ Commission*, aff. T-56/92, Rec. p. II-1267, pt. 21).

Ainsi, « *pour satisfaire à ces exigences, une requête visant à la réparation de dommages causés par une institution communautaire doit contenir les éléments qui permettent d'identifier le comportement que le requérant reproche à l'institution, les raisons pour lesquelles il estime qu'un lien de causalité existe entre le comportement et le préjudice qu'il prétend avoir subi ainsi que le caractère et l'étendue de ce préjudice* » ;

Pour le juge de l'Union, une demande d'expertise, qu'elle soit formée dans la requête ou dans la réplique, ne saurait pallier l'absence de respect de cette condition de recevabilité (Trib. UE, ordo., 15 octobre 2013, *Andechser Molkerei Scheitz c/ Commission*, aff. T-13/12. Pt. 58 et 68). En outre, il incombe au requérant de préciser l'étendue exacte du préjudice et de chiffrer le

montant de la réparation demandée (CJUE, 28 février 2013, *Inalca et Cremonini c/ Commission*, aff. C-460/09 P, pt. 92).

Tempérant ce principe, la Cour a admis qu'exceptionnellement qu'il n'était pas indispensable de préciser dans la requête l'étendue exacte du préjudice ni de chiffrer le montant de la réparation demandée :

Tel est le cas lorsqu'il est difficile de chiffrer le préjudice allégué, notamment en présence de dommages suffisamment certains mais seulement imminents et prévisibles. En effet, dans une telle hypothèse, il peut être utile de prévenir la survenance de dommages ultérieurs plus importants. Il appartient alors au requérant d'apporter la preuve des circonstances particulières justifiant qu'il soit dérogé au principe (CJCE, 23 septembre 2004, *Hectors c/ Parlement*, aff. C-150/03 P, Rec. p. I-8691). Il est en outre nécessaire que l'absence de précision n'empêche pas l'exercice des droits de la défense et n'entrave l'exercice du contrôle juridictionnel (CJCE, 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA c/ Commission*, aff. 74-74, Rec. p. 533).

Tel est aussi le cas lorsque des considérations tenant à l'économie de la procédure et, plus généralement, à la bonne administration de la justice conduisent la Cour à statuer, dans une première phase de la procédure, sur la question de savoir si le comportement des institutions est de nature à engager la responsabilité de la Communauté, réservant l'examen de la question du préjudice à une phase ultérieure (CJCE, 28 mars 1979, *Granariac c/ Conseil et Commission*, aff. 90/78, Rec. p. 1081).

*Le délai de prescription :

En vertu de l'article 46 du Statut de la Cour de justice, les actions contre l'Union en matière de responsabilité non contractuelle se prescrivent par cinq ans à partir de la survenance du fait qui y donne lieu. A la suite de l'examen comparé des solutions contentieuses nationales, la Cour de justice a jugé qu'elle ne peut pas soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action (CJCE, 30 mai 1989, *Roquette frères c/ Commission*, aff. 20/88, Rec. p. 1553, pt. 12).

On constate une approche objective de la question du déclenchement du délai de prescription, justifiée par le principe de sécurité juridique (CJCE, 15 février 1996, *Duff e.a.*, C-63/93, Rec. p. I-569, pt. 20) ; Par exemple : CJUE, 8 novembre 2012, aff. C-469/11 P : « les conditions auxquelles se trouve subordonnée l'obligation de réparation des dommages visés à l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, et, ainsi, les règles de prescription régissant les actions tendant à la réparation desdits dommages, ne sauraient être fondées sur des critères autres que strictement objectifs ». Ainsi, le délai commence à courir dès lors que les conditions auxquelles se trouve subordonnée l'obligation de réparation sont objectivement réunies (CJCE, 27 janvier 1982, *Birra Wührer e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 et 5/81, Rec. p. 85, point 10).

Cette approche a deux conséquences :

D'une part, dans le cas des préjudices nés d'actes individuels, le délai de prescription commence à courir lorsque la décision a produit ses effets à l'égard des destinataires et non à la

date à laquelle ceux-ci ont pris conscience de ces effets (CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Cantina sociale di Dolianova e.a.*, aff. C-51/05 P, pts. 57 et suivants).

D'autre part, le déclenchement du délai de prescription est lié à la réalisation du comportement générateur du préjudice, pas à la reconnaissance de son illégalité par une décision de la Cour de justice ; ainsi, le constat juridictionnel de l'illégalité du comportement de l'Union est sans incidence sur le délai de prescription (19 avril 2007, *Holcim (Deutschland) c/ Commission*, aff. C-282/05 P, Rec. p. I-2941, pt. 31).

Ce principe connaît cependant un tempérament. Pour la Cour, la prescription ne saurait être opposée à la victime d'un dommage qui n'aurait pu prendre connaissance du fait générateur de ce dommage qu'à une date tardive, et n'aurait pu disposer ainsi d'un délai raisonnable pour présenter sa requête ou sa demande avant l'expiration du délai de prescription (arrêt du 7 novembre 1985, *Adams c/ Commission*, aff. 145/83, Rec. p. 3539, point 50).

2) L'engagement de la responsabilité

L'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union est conditionné, en vertu de l'article 340 TFUE, à plusieurs conditions : l'illégalité du comportement reproché aux institutions, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué (par exemple, CJCE, 9 septembre 2008, *FLAMM e. a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. p. I-6513)

* L'illégalité du comportement :

Il faut une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers (CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P). Il doit exister une « *méconnaissance manifeste et grave, par l'institution concernée, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. C'est seulement lorsque cette institution ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, que la simple infraction au droit de l'Union peut suffire pour établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée* » (Trib. UE, 29 avril 2015, *Staelen c/ Médiateur*, aff. T-217/11).

* La réalité du dommage :

Le préjudice doit être réel et certain selon une jurisprudence constante. La jurisprudence admet cependant que la responsabilité de l'Union puisse être engagée pour des dommages imminents et prévisibles avec une certitude suffisante ; la Cour s'est fondé sur l'analyse comparée des systèmes juridiques nationaux pour admettre la recevabilité des recours en responsabilité dans une telle hypothèse (CJCE, 2 juin 1976, *Kampffmeyer e.a. c/ CEE*, 56/74 à 60/74, Rec. p. 711).

Lorsque le dommage allégué est, lors de l'introduction du recours, seulement futur et hypothétique, le recours est rejeté (Trib. UE, ordo., 15 octobre 2013, *Andechser Molkerei Scheitz c/ Commission*, aff. T-13/12. Pt. 59).

II) Le préjudice

Il est possible d'évoquer la question des formes du préjudice indemnisable (A) puis celle de son évaluation (B).

A) Les formes du préjudice

Le juge de l'Union accepte l'indemnisation de plusieurs formes de préjudice. Toutefois, certains d'entre eux révèlent une approche contentieuse spécifique et adaptée.

** Le préjudice économique :*

Face à la difficulté de déterminer les critères à appliquer afin d'apprécier les conséquences économiques négatives subies un requérant, le juge a pu « fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, en vertu de la méthode de l'indemnisation forfaitaire, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou des droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question ». (Trib., 16 décembre 2010, Systran et Systran Luxembourg c/ Commission, aff. T-19/07, Rec. p. II-6083).

** Le préjudice corporel :*

Le cas de figure est peu significatif dans la jurisprudence européenne où la responsabilité de l'Union européenne est, normalement, engagée du fait de son activité normative.

** Le préjudice moral :*

Le juge de l'Union accepte traditionnellement l'indemnisation du préjudice moral (CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. 7/56, 3/57 à 7/57, Rec. p. 81).

Ce type de préjudice se retrouve notamment dans le contentieux de la fonction publique européenne mais il peut aussi concerner des entrepreneurs ou, plus récemment, des personnes physiques visées par des mesures restrictives dans le cadre de la lutte anti-terroriste.

Le juge européen peut, par exemple, indemniser le préjudice né d'un sentiment de perte de temps et d'énergie et d'une perte de confiance à l'égard d'un organe européen traitant sa demande de manière irrégulière (en l'espèce le traitement par le Médiateur d'une plainte relative à la gestion d'une liste d'aptitude par le Parlement européen). De même, l'absence de communication au requérant d'un document essentiel à l'exercice de ses droits a créé chez lui le sentiment « *d'avoir dû faire face à une attitude caractérisée d'opacité* » pouvant être indemnisée à hauteur

de 5000 euros (TFP, 13 janvier 2010. *A et G c/ Commission*, aff. F-124/05 et F-96/06). Enfin, une entreprise peut demander l'indemnisation de l'atteinte à son image et à sa réputation professionnelle qu'elle subit du fait de la violation du secret professionnel par la Commission en raison de la communication d'une lettre (Trib. UE, 16 octobre 2014, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-297/12).

Le juge européen évalue librement l'étendue de ce type de préjudice. Il semble possible de discerner une certaine rigueur de sa part.

D'une part, le juge semble exiger de la part du requérant un effort particulier d'argumentation et de précision. Ainsi, « *une demande en réparation d'un préjudice moral, à titre symbolique ou pour l'obtention d'une véritable indemnité, doit préciser la nature du préjudice allégué au regard du comportement reproché à la défenderesse et, même de façon approximative, évaluer l'ensemble de ce préjudice* » (TPI, 15 juin 1999, *Ismeri Europa c/ Cour des comptes*, aff. T-277/97, Rec. p. II-1825, pts. 28 à 30).

D'autre part, dans le cadre de l'évaluation du préjudice moral, certains éléments peuvent compenser le préjudice subi par la victime et réduire ainsi son indemnisation. Par exemple, des actions entreprises par l'institution fautive, telle que des excuses ou l'ouverture d'une nouvelle procédure, peuvent ainsi limiter le montant accordé au titre du préjudice moral (Trib. UE, 29 avril 2015, *Staelen c/ Médiateur*, aff. T-217/11). De même, la correction de l'illégalité, notamment par l'annulation de la mesure irrégulière, peut être un facteur de limitation de l'évaluation du préjudice. De façon générale, l'annulation de l'acte générateur du préjudice moral peut parfois constituer une réparation suffisante (TPICE, 10 juin 2004, *Alvarez Moreno c/ Commission*, aff. T-153/01 et T-323/01). Ainsi, dans le domaine des sanctions, l'annulation des actes attaqués est, pour la Cour de justice, « *de nature à constituer une forme de réparation du préjudice moral que la requérante a subi, le présent arrêt constatant que son association avec la prolifération nucléaire est injustifiée et, partant, illégale* » (CJUE, 28 mai 2013, *Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. C 239/12 P).

L'hypothèse dans laquelle l'annulation peut réparer intégralement le préjudice moral semble moins traduire une forme de réparation en nature qu'une manière, pour le juge européen, de limiter le montant de l'indemnisation dans un souci de protection des deniers publics.

Il n'en reste pas moins que le juge considère parfois que le dommage moral n'est pas adéquatement réparé par l'annulation de la décision attaquée ; ainsi le Tribunal a pu considérer que, « *dans les circonstances de l'espèce, l'annulation de l'inscription de la requérante est susceptible de modérer le montant de l'indemnisation accordée, mais pas de constituer une réparation intégrale du préjudice subi* » (Trib. UE, 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan Co. c/ Conseil*, aff. T-384/11).

* *La perte de chance* :

Historiquement, la Cour de justice s'est montrée hostile à la notion de perte de chance. Elle a ainsi pu considérer que de simples « *chances d'ordre commercial dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique* » ne pouvaient être considérées comme des préjudices indemnifiables (CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec. p. 491). Cependant, l'indemnisation de la perte de chance a été introduite dans, au moins, deux domaines distincts d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union.

D'une part, il est possible de noter une relative efficacité de l'invocation de la perte de chance en matière de fonction publique :

Le juge de l'Union ne semble toutefois manier la notion qu'avec une réelle prudence. Ainsi, dans l'affaire *Girardot*, le Tribunal a cherché à déterminer « *la différence entre la rémunération que Mme Girardot aurait perçue dans l'hypothèse où sa chance de voir sa candidature retenue se serait réalisée et celle qu'elle a effectivement perçue à la suite du rejet illégal de sa candidature, puis, le cas échéant, d'apprécier, sous la forme d'un pourcentage, la chance qu'avait Mme Girardot de voir ladite hypothèse se réaliser* » (Trib. UE, 31 mars 2004, *Girardot c/ Commission*, aff. T-10/02, Rec FP p. I-A-109, II-483). En l'espèce, le Tribunal recourt ainsi à un coefficient multiplicateur, déduit de la chance qu'avait la victime de ne pas voir le dommage se réaliser.

Cette admission de la perte de chance est toutefois assortie formellement d'une véritable prudence du juge qui se caractérise par son autolimitation potentielle. En effet, pour le Tribunal, en calculant la chance qu'avait le candidat de voir sa candidature retenue, le juge se substitue à l'institution compétente pour apprécier le mérite de celui-ci. Il fait, à ce titre, œuvre d'administrateur, ce qui apparaît contraire au respect de l'équilibre institutionnel du système juridique européen.

L'approche du Tribunal a été validée par la Cour de justice, qui se montre, elle aussi, réservée à l'égard du maniement de la perte de chance. En constatant qu'il est « *très difficile, sinon impossible, de définir une méthode permettant de quantifier avec exactitude la chance d'être recruté à un emploi au sein d'une institution et, par conséquent, d'évaluer le préjudice résultant de la perte d'une chance* », la Cour de justice semble tempérer le recours à la perte de chance et le réserver à des circonstances particulières (CJCE 21 février 2008, *Girardot c/ Commission*, aff. C-348/06 P). La méthode retenue par le Tribunal ne vaut que pour les circonstances de l'affaire : si le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en l'espèce, cela ne signifie pas pour autant que la non utilisation de cette méthode constituerait une telle erreur.

Plusieurs difficultés doivent donc être surmontées pour que puisse être accueillie l'indemnisation de la perte de chance.

Tout d'abord, d'un point de vue procédural, la difficulté à évaluer le préjudice peut conduire, a priori, à l'irrecevabilité de la requête en l'absence d'évaluation précise du préjudice par le requérant. Ensuite, la chance doit être considérée comme suffisamment sérieuse par le juge. Trop incertaine et hypothétique, la chance perdue ne pourra être indemnisée, les conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle n'étant alors pas remplies (CJCE, 5 mai 1983, *Pizzolo c/ Commission*, aff. 785/79, Rec. p. 1343). Enfin, outre la question de l'existence d'un préjudice et de son évaluation précise, se pose le problème de l'établissement du lien de causalité. Par exemple, le Tribunal a rejeté la demande d'indemnisation de la perte de chance d'être recrutée en jugeant qu'il n'existait pas de lien suffisamment direct le préjudice subi et les illégalités commises par l'institution concernée (Trib. UE, 29 avril 2015, *Staelen c/ Médiateur*, aff. T-217/11).

D'autre part, la perte de chance est invoquée par des entreprises requérantes cherchant à engager la responsabilité de l'Union en raison de la passation irrégulière d'un marché public (Trib. UE ordo, 22 juin 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-409/09, Rec. p. II-3765) :

En ce domaine, le juge se montre particulièrement réticent à admettre son indemnisation. Ainsi, pour le Tribunal, « *la perte de chance de se voir attribuer le marché suivant ne saurait être considérée comme un préjudice réel et certain que dans l'hypothèse où, en l'absence du comportement fautif de la Commission, il ne ferait pas de doute que l'entreprise concernée aurait obtenu l'attribution du premier marché* ». Dès lors que, en matière d'adjudications publiques, l'institution dispose d'un pouvoir d'appréciation important, l'absence de doute devient difficile à envisager. Le souci du Tribunal de ne pas interférer avec la décision d'attribuer un marché prise par le pouvoir adjudicateur risque donc de le conduire à rendre inopérant le recours à la perte de chance (par exemple, Trib. UE Ordo, 11 novembre 2014, *Nguyen c/ Parlement et Conseil*, aff. T-20/14).

En définitive, le respect du pouvoir d'appréciation de l'institution européenne et la difficulté à parvenir à un raisonnement objectif expliquent sans doute la jurisprudence sévère du juge européen. L'efficacité du recours à la perte de chance dépend des causes de l'irrégularité de l'acte de l'Union irrégulier ; il doit exister un rapport suffisamment direct entre le motif d'illégalité et la perte de chance subie, sous peine de considérer la condition du lien de causalité non remplie. Elle dépend surtout du caractère suffisamment sérieux des chances du requérant, que le juge se montre pourtant réticent à évaluer et à reconnaître, de crainte de se substituer à l'institution compétente.

B) L'évaluation du préjudice

* *La liberté méthodologique du juge* :

Dans le cadre de l'appréciation des montants de la réparation, plusieurs décisions témoignent de la liberté du juge européen. Celle-ci prend plusieurs formes :

* Tout d'abord, le juge a exceptionnellement la possibilité de majorer la demande :

Traditionnellement, le juge de l'Union ne statue pas *ultra petita*. En principe, le juge ne peut donc pas accorder une indemnisation supérieure à celle demandée par le requérant.

Cependant, dans le cadre des contentieux de fonction publique, le juge peut décider, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, de majorer le montant de l'indemnité à accorder au requérant, au motif que, lors de l'examen du recours, l'existence d'une illégalité non invoquée par lui a été constatée (Trib. UE, 12 mai 2012, *Philippe Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P). Cette liberté est encadrée d'un point de vue procédural. L'institution défenderesse doit ainsi être en mesure de faire valoir son point de vue sur l'éventualité de cette majoration sous peine, pour la juridiction de commettre une erreur de droit. Une telle approche du juge peut s'apparenter à une forme de dommages et intérêts punitifs, dès lors que son raisonnement apparaît davantage fondé

sur la gravité de la faute commise par l'Institution européenne que sur l'ampleur du préjudice subi par l'agent.

* Ensuite, le juge a une liberté dans la détermination de la méthode de calcul du préjudice :

Tel est notamment le cas, dans le domaine économique, lorsque le préjudice, bien que certain, est difficilement évaluable. Le juge peut, par exemple, recourir à une évaluation forfaitaire du préjudice. A nouveau, cette possibilité est soumise aux exigences du contradictoire, les parties devant être consultées sur la méthodologie envisagée par le juge (Trib., 16 décembre 2010, *Systran et Systran Luxembourg c/ Commission*, aff. T-19/07, Rec. p. II-6083).

Le juge recourt à une évaluation *ex aequo et bono* lorsqu'il n'a pas la possibilité de déterminer précisément le préjudice subi (CJCE, 15 décembre 1966, *Serio c/ Commission de la CEEA*, aff. 62/65, Rec. p. 813).

* Enfin, le juge peut renvoyer aux parties la tâche de déterminer l'étendue de la réparation :

Ainsi, la Cour de justice a pu s'estimer non en mesure de se prononcer sur les montants de la réparation accordée. Elle a, à ce titre, et sous réserve d'une décision ultérieure, invité les parties « à se mettre d'accord sur ces montants à la lumière des considérations qui précèdent » et à lui « transmettre, dans un délai de douze mois, les montants à payer, établis d'un commun accord ou, à défaut, à lui faire parvenir, dans le même délai, leurs conclusions chiffrées » (CJCE, 9 mai 1992, *Mulder e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061, pt. 37-38).

En l'espèce, les négociations engagées entre les parties en vue de la détermination du préjudice n'ont pas abouti dans le délai fixé. Les requérants ont donc déposé de nouvelles conclusions chiffrées

** Le recours à l'expertise :*

Le juge peut ordonner toute mesure d'instruction nécessaire à l'évaluation du préjudice. Il peut notamment ordonner une expertise portant sur l'évaluation du manque à gagner subi la victime et la détermination des différents éléments de calcul du préjudice (CJCE, 27 janvier 2000, *Mulder e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-203).

III) La réparation

Il convient d'évoquer la question des formes de la réparation (A) puis celle de son étendue (B).

A) Les formes de la réparation

* *la réparation pécuniaire :*

Il s'agit de la forme quasi-exclusive de réparation du préjudice en droit de l'Union.

* *La réparation en nature :*

Historiquement le Traité CECA ne prévoyait qu'une réparation pécuniaire.

Le droit de l'Union a connu une évolution, à la portée cependant ambiguë ; le juge semble, en effet, partagé entre deux approches opposées. D'un côté, la protection des droits de la victime peut exiger une réparation en nature. D'un autre côté, le respect de l'équilibre institutionnel et le refus du juge d'empiéter sur les prérogatives de l'administration s'oppose à une telle réparation. Celle-ci s'apparente, en effet, pour le juge comme contraire une injonction adressée à l'institution en cause. Reflétant ce tiraillement, deux lignes de jurisprudences distinctes sont perceptibles :

* refus affirmé :

Pour le juge, « *un requérant ne saurait demander, dans le cadre d'un recours en indemnité, la condamnation de l'institution défenderesse à prendre des mesures déterminées en vue de réparer le préjudice allégué* » (par exemple, TPI, 14 janvier 2004, *Makedoniko Metro et Michaniki c/ Commission*, T-202/02, Rec. p. II-181 ; TPI, 17 décembre 2008, *Portela c/ Commission*, aff. T-137/07).

Il s'agit ainsi d'une jurisprudence ancienne appliquée dans le domaine de la fonction publique et dans celui des marchés publics passés par l'Union. Sur le premier point, le juge européen se refuse, par exemple, à prononcer la promotion d'un agent auquel aurait été opposé, selon le requérant, un refus illégal (TPI, 27 juin 1991, *Valverde Mordt c/ Cour de justice*, aff. T-156/89, Rec. p. II-407). Sur le second point, un requérant ne peut demander, dans le cadre d'un recours en responsabilité, l'attribution d'un marché duquel il aurait été irrégulièrement évincé (Trib. UE ordo, 26 février 2013, *Castiglioni c/ Commission*, aff. T-591/10).

Cette jurisprudence se justifie pour deux raisons principales. La première est d'ordre matériel. Elle s'explique par le refus du juge de se substituer à l'Institution en cause en lui adressant des injonctions. La seconde est d'ordre procédural ; elle touche au problème de l'articulation et de l'autonomie des voies de droit ouvertes devant le juge de l'Union. Le recours en responsabilité ne peut s'apparenter à un recours en annulation qui constitue une voie de recours distincte. L'annulation d'un acte ou l'injonction de le modifier ne peuvent, à ce titre, constituer une forme de réparation du préjudice. Le requérant qui n'aurait pas exercé de recours en annulation dans les délais ne peut engager de recours en engagement de la responsabilité de l'Union pour parvenir à un résultat similaire.

* admission des réparations en nature dans le domaine du droit d'auteur :

Sur le fondement et dans les limites des principes généraux communs aux droits des Etats membres en matière de responsabilité extracontractuelle, le juge de l'Union peut accepter une réparation en nature, par exemple sous la forme d'une injonction de faire ou de ne pas faire ; une telle exception à la jurisprudence traditionnelle a été consacrée dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle (TPI, 10 mai 2006, *Galileo International Technology e.a. c/ Commission*, aff. T-279/03, Rec. p. II-1291 ; Trib.UE, ordo., 27 novembre 2013, *Oikonomopoulos c/ Commission*, aff. T-483/13 R).

Par exemple dans l'hypothèse d'un préjudice né de l'atteinte portée au droit exclusif d'utiliser une marque, le juge considère recevables des conclusions visant à interdire à la Commission de faire usage du terme « Galileo » en rapport avec le projet de système de radionavigation par satellite.

Ainsi, pour le juge, « le titulaire d'un droit d'auteur voit son droit rétabli dans un état intact, un tel rétablissement exigeant au minimum, indépendamment d'éventuels dommages-intérêts chiffrés, la cessation immédiate de l'atteinte portée à son droit » (Trib., 16 décembre 2010, *Systran et Systran Luxembourg c/ Commission*, aff. T-19/07, Rec. p. II-6083). En l'espèce, le Tribunal a cependant considéré que l'indemnisation pécuniaire suffisait à la réparation du préjudice et a donc exclu une réparation en nature. Peut-être est-ce l'expression d'une réticence à adresser des injonctions aux institutions.

B) L'étendue de la réparation

* *La réparation intégrale*

Le principe d'une réparation intégrale est traditionnellement rappelé dans la jurisprudence européenne. Le juge doit réparer la perte subie ainsi que les manques à gagner (par exemple, CJCE, 9 mai 1992, *Mulder e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061).

* *Les facteurs de limitation de la réparation*

Trois techniques principales sont utilisées par le juge de l'Union pour limiter l'étendue du préjudice indemnisable.

* Le comportement de la victime :

La jurisprudence européenne pose le principe de la prise en compte du comportement de la victime dans le cadre de l'engagement de la responsabilité de l'Union. Celle-ci se montre cependant ambiguë.

La portée concrète de la jurisprudence européenne est claire : le comportement de la victime et les diligences qu'elle accomplit peuvent limiter le montant de l'indemnisation qu'elle reçoit. Pour la Cour de justice, il existe en effet un principe général commun aux systèmes juridiques des États membres en vertu duquel la personne lésée, « *au risque de devoir supporter elle-même le dommage, doit faire preuve d'une diligence raisonnable pour limiter la portée du préjudice* » (CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA et Factortame Ltd*, aff. C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-01029 ; CJCE, aff. C-284/98 P, pt. 57).

Ainsi, la Cour de justice tient traditionnellement compte des revenus provenant d'éventuelles activités de remplacement à celles interdites par la réglementation européenne illégale. Ceux-ci viennent en déduction de la perte de revenu subie par la victime du fait de l'impossibilité, pour elle, d'exercer son activité. Or, pour la Cour, « *ces revenus doivent être compris comme englobant non seulement ceux que les requérants ont effectivement tirés d'activités de remplacement, mais encore ceux qu'ils auraient pu réaliser s'ils s'étaient raisonnablement engagés dans de telles activités* » (CJCE, 9 mai 1992, *Mulder e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061, pt. 33). Pour la Cour, les éventuelles pertes d'exploitation encourues par les requérants dans l'exercice de l'activité de remplacement en raison de son manque de diligence ne sauraient être imputées à l'Union.

Le raisonnement du juge européen est conceptuellement ambigu : il ne distingue pas véritablement le stade auquel est pris en compte ce comportement : celui, en amont, de l'engagement de la responsabilité de l'Union ou celui, en aval, de l'évaluation du préjudice. Il semble cependant que le juge considère le lien de causalité rompu entre le dommage et le comportement illégal de l'Union. A la lumière de la jurisprudence, il semble ainsi que le comportement de la victime joue au stade de l'appréciation du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage subi. Les éventuels manquements de la victime à son obligation de diligence rompent le lien de causalité. Mais, d'un point de vue formel, ces éléments sont parfois analysés sous l'angle de l'évaluation du préjudice.

* les risques économiques :

La Cour considère traditionnellement que, dans le domaine économique, les particuliers doivent supporter, dans des limites raisonnables, certains effets préjudiciables à ses intérêts économiques, causés par un acte illégal de l'Union (CJCE, 25 mai 1978, *HNL c/ Conseil et Commission*, aff. 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec. 1978 p. 1209, pt. 6). Il s'agit pour la Cour de protéger le pouvoir d'appréciation de l'Union dans la conduite de ses politiques économiques. De ce point de vue, il appartient au juge de déterminer les dommages qui dépassent les risques économiques inhérents aux activités concernées.

Par exemple, le Tribunal a récemment considéré que le préjudice subi par les détenteurs privés de titres de créance grecs dans le cadre de la restructuration de la dette publique de la Grèce n'est pas imputable à la BCE. Ces investisseurs étaient en effet exposés à des risques économiques normalement inhérents aux activités du secteur financier (Trib. UE, 7 octobre 2015, *Accorinti e.a. c/ BCE*, aff. T-79/13).

* la répercussion du préjudice :

Pour la Cour de justice, il convient de vérifier, dans le cadre de l'appréciation de l'étendue du préjudice, que celui n'a pas pu répercuter sur d'autres opérateurs économiques ou sur les consommateurs, une partie de son préjudice découlant de la réglementation européenne illégale. Le juge peut, par exemple, tenir compte du fait que la victime a pu, le cas échéant, modifier ses prix de vente (CJCE, 4 octobre 1979, *DGV c/ Conseil et Commission*, aff. 241, 242, 245 à 250/78, Rec. p. 3017). La réparation peut ainsi être réduite (CJCE, 27 mars 1990, *Grifoni*, aff. C-308/87, Rec. p. I-1203) ou même supprimée (CJCE, 4 octobre 1979, *Dumortier c/ Conseil*, aff. 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, Rec. p. 3091) en présence d'une telle répercussion.