

TRAVAUX DIRIGÉS DE DROIT ADMINISTRATIF

SEANCE 10 – LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT DU FAIT DE SON ACTIVITE NORMATIVE

I. – RESPONSABILITE DE L'ÉTAT DU FAIT DES NORMES :

A. RESPONSABILITE DU FAIT DE LA LOI :

- CE, 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*
- CE, sect., 30 juillet 2003, *Ass. Développement de l'aquaculture en région Centre*
- CE, 2 novembre 2005, *Soc. Coopérative agricole Ax'ion*

B. RESPONSABILITE DU FAIT DES REGLEMENTS :

- CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*

C. RESPONSABILITE DU FAIT DU DROIT INTERNATIONAL :

- CE, Ass., 30 mars 1996, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*
- CE, sect., 14 octobre 2011, *Mme Saleh et autres*

II. – RESPONSABILITE DE L'ÉTAT DU FAIT DE L'INCOMPATIBILITE DES NORMES :

A. RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ILLEGALITE :

- CE, 9 février 2011, *M. A.*

B. RESPONSABILITE DU FAIT DE L'INCONVENTIONNALITE :

- CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*
- CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*

B. RESPONSABILITE DU FAIT DE L'INCONSTITUTIONNALITE :

- CE, Ass., 24 déc. 2019, *Sté hôtelière Paris Eiffel Suffren*
- M. SIRINELLI, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren, M. Laillat, AJDA, 2020, p. 7.*

C. POUR ALLER PLUS LOIN...

Présentation de droit comparé (Allemagne, Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni) dans le dossier : « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles », *RFDA, 2019, p. 391.*

Pour le cas du droit français : A. ROBLOT-TROIZIER, M. VERPEAUX, *RFDA, 2019, p. 393.*

III. – EXCLUSION DE LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT DU FAIT DE L'ACTIVITE NORMATIVE :

- TC, 11 mars 2019, *M^{me} D*
- A. DE MONTIS, « Faut-il vraiment étendre le régime de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement ? », *DA*, 2016, étude 4.

Dissertation :

La responsabilité de l'État du fait de ses activités normatives, un régime de responsabilité pas comme les autres ?

Documents

CE, 14 janvier 1938, SA des produits laitiers « La Fleurette »

Vu la requête présentée pour la société anonyme des produits laitiers La Fleurette anciennement Société La Gradine dont le siège social est à Colombes ..., agissant poursuites et diligences de ses administrateurs en exercice, ladite requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 8 décembre 1935 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision implicite de rejet résultant du silence gardé pendant plus de quatre mois par le Ministre de l'Agriculture sur la demande d'indemnité formée par la société requérante en réparation du préjudice qui lui aurait été causé par la loi du 29 juin 1934 relative à la protection des produits laitiers ; Vu la loi du 29 juin 1934 ; Vu la loi du 24 mai 1872, article 9 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 29 juin 1934 relative à la protection des produits laitiers : "Il est interdit de fabriquer, d'exposer, de mettre en vente ou de vendre, d'importer, d'exporter ou de transiter : 1° sous la dénomination de "crème" suivie ou non d'un qualificatif ou sous une dénomination de fantaisie quelconque, un produit présentant l'aspect de la crème, destiné aux mêmes usages, ne provenant pas exclusivement du lait, l'addition de matières grasses étrangères étant notamment interdite" ;

Considérant que l'interdiction ainsi édictée en faveur de l'industrie laitière a mis la société requérante dans l'obligation de cesser la fabrication du produit qu'elle exploitait antérieurement sous le nom de "Gradine", lequel entrait dans la définition donnée par l'article de loi précité et dont il n'est pas allégué qu'il présentât un danger pour la santé publique ; que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité ; qu'il suit de là que la société "La Fleurette" est fondée à demander que l'Etat soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi ;

Mais considérant que l'état de l'instruction ne permet pas de déterminer l'étendue de ce préjudice ; qu'il y a lieu de renvoyer la requérante devant le ministre de l'Agriculture pour qu'il y soit procédé à la liquidation, en capital et intérêts, de l'indemnité qui lui est due ;

DECIDE : Article 1er : La décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Ministre de

l'Agriculture sur la demande d'indemnité formée par la société requérante est annulée. Article 2 : La Société est renvoyée devant le Ministre de l'Agriculture, pour y être procédé à la liquidation de l'indemnité à laquelle elle a droit, en capital et intérêts. Article 3 : L'Etat est condamné aux dépens. Article 4 : Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre de l'Agriculture.

CE, sect., 30 juillet 2003, Ass. Développement de l'aquaculture en région Centre

Considérant qu'à l'appui de leur pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes, les requérants avaient invoqué dans le délai de recours deux moyens tirés, respectivement, de ce que l'arrêt était insuffisamment motivé et de ce qu'en n'usant pas de la possibilité de prendre, dans le respect de la directive n° 79/409/CEE du 2 avril 1979, des mesures dérogatoires appropriées pour limiter le nombre de grands cormorans, l'Etat avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité ; qu'après l'expiration du délai de recours, ils ont invoqué un moyen tiré de ce que, même en l'absence de faute, la responsabilité de l'Etat était, contrairement à ce qu'avait estimé la cour administrative d'appel, susceptible d'être engagée du fait de la loi du 10 juillet 1976 ; que ce moyen se rattache, tout comme celui tiré d'une faute de l'Etat, à la contestation du bien fondé de l'arrêt et est ainsi fondé sur la même cause juridique ; qu'il est par suite recevable ;

Considérant qu'en vertu des articles 3 et 4 de la loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature, dont les dispositions ont été successivement reprises aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du code rural puis L. 411-1 et L. 411-2 du code de l'environnement, lorsqu'un intérêt scientifique particulier ou que les nécessités de la préservation du patrimoine biologique justifient la conservation d'espèces animales non domestiques (...) sont interdits : 1° la destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement, la perturbation intentionnelle, la naturalisation d'animaux de ces espèces ou, qu'ils soient vivants ou morts, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur détention, leur mise en vente, leur vente ou leur achat (...) ; que la loi renvoie à un décret en Conseil d'Etat la détermination des conditions dans lesquelles sont fixées, notamment, la liste des espèces animales ainsi protégées, la durée des interdictions qui peuvent être permanentes ou temporaires et les parties du territoire où elles s'appliquent ; qu'il résulte de l'article R. 211-1 du code rural que la liste des espèces protégées est fixée par des arrêtés interministériels qui précisent, en particulier, la nature des interdictions retenues, leur durée et les parties du territoires où elles s'appliquent ;

Considérant qu'il ne ressort ni de l'objet ni des termes de la loi du 10 juillet 1976, non plus que de ses travaux préparatoires, que le législateur ait entendu exclure que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée en raison d'un dommage anormal que l'application de ces dispositions pourrait causer à des activités - notamment agricoles - autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné ; qu'il suit de là que le préjudice résultant de la prolifération des animaux sauvages appartenant à des espèces dont la destruction a été interdite en application de ces dispositions doit faire l'objet d'une indemnisation par l'Etat lorsque, excédant les aléas inhérents à l'activité en cause, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés ;

Considérant qu'il suit de là qu'en estimant que la loi du 10 juillet 1976 excluait tout droit à réparation pour les personnes auxquelles ses conséquences causeraient un préjudice et en rejetant, pour ce motif, les demandes d'indemnité formées à l'encontre de l'Etat par des exploitants de pisciculture qui invoquaient les dommages causés à ces élevages par la prolifération des grands cormorans dont la destruction avait été interdite en application de cette loi, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit ; que son arrêt doit par suite être annulé ;

CE, 2 novembre 2005, Soc. Coopérative agricole Ax'ion

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 1er de la loi du 19 juillet 1976, dans sa rédaction alors en vigueur, dont les dispositions sont désormais codifiées à l'article L. 511-1 du code de l'environnement : « Sont soumis aux dispositions de la présente loi les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments » ; qu'aux termes du second alinéa de l'article 15 de la même loi, dont les dispositions sont désormais codifiées au second alinéa de l'article L. 514-7 du code de l'environnement : « Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis du conseil supérieur des installations classées, peut ordonner la fermeture ou la suppression de toute installation, figurant ou non à la nomenclature, qui présente, pour les intérêts mentionnés à l'article 1er, des dangers ou inconvénients tels que les mesures prévues par la présente loi ne puissent les faire disparaître » ;

Considérant que, sur le fondement de ces dispositions, un décret en date du 16 avril 1999 a ordonné la suppression des silos de stockage de céréales exploités à Soissons par la coopérative agricole du Soissonais ; que la COOPERATIVE AGRICOLE AX'ION, venant aux droits de la coopérative agricole du Soissonais, se pourvoit contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa requête tendant à la réparation du préjudice qu'elle soutient avoir subi de ce fait ;

[...]

Sur les conclusions dirigées contre l'arrêt attaqué en tant qu'il a jugé que la loi du 19 juillet 1976 excluait que puisse être engagée la responsabilité sans faute de l'Etat :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant que l'autorité administrative, en prenant le décret ordonnant la suppression des installations de la coopérative agricole du Soissonais, s'est bornée à faire usage des pouvoirs qu'elle tirait de l'article 15 de la loi du 19 juillet 1976 ; qu'ainsi le préjudice allégué trouve son origine dans la loi elle-même et non dans le décret du 16 avril 1999 ;

Considérant qu'il résulte des principes qui gouvernent l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat que le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre, ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer ; qu'ainsi, en l'absence même de dispositions le prévoyant expressément, l'exploitant d'une installation dont la fermeture ou la suppression a été ordonnée sur le fondement de la loi du 19 juillet 1976 en raison des dangers ou inconvénients qu'elle représentait, est fondé à demander l'indemnisation du dommage qu'il a subi de ce fait lorsque, excédant les aléas que comporte nécessairement une telle exploitation, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé ;

Considérant qu'il suit de là qu'en estimant que, par son silence, la loi du 19 juillet 1976 excluait tout droit à réparation pour l'exploitant d'une installation faisant l'objet d'une mesure de fermeture ou de suppression, la cour administrative d'appel a entaché l'arrêt attaqué d'erreur de droit ; que la COOPERATIVE AGRICOLE AX'ION est fondée à en demander, pour ce motif et dans cette mesure, l'annulation

CE, sect., 22 février 1963, Commune de Gavarnie

Sur la légalité de l'arrêté municipal litigieux — CONSIDÉRANT que l'arrêté du maire de Gavarnie en date du 30 juillet 1958 a eu pour objet de réglementer, jusqu'au 30 septembre 1958, sur les sections des chemins vicinaux ordinaires n° 1 et n° 5 comprises entre les ponts dits de Brioule et de Nadaou, la circulation des piétons se rendant au cirque de Gavarnie ou revenant du cirque au village, ainsi que la circulation des montures effectuant, accompagnées de leurs conducteurs, le même parcours ; que, par l'effet de cet arrêté, les piétons étaient tenus d'emprunter, entre les deux ponts, le chemin vicinal ordinaire n° 5 qui suit la rive droite du Gave, et se voyaient interdire le chemin vicinal ordinaire n° 1 qui en suit la rive gauche, tandis que les conducteurs devaient faire passer leurs animaux sur le chemin n° 1 et ne pouvaient utiliser le chemin n° 5 sur cette partie du trajet ;

Cons. qu'il est constant que de nombreux touristes effectuant soit à pied soit à dos d'âne, de mulet ou de cheval l'excursion du cirque de Gavarnie avaient été au cours des saisons précédentes victimes sur ce parcours d'accidents causés par la rencontre de montures et de piétons sur une portion de voie étroite ; que, d'autre part, une affluence exceptionnelle de touristes était attendue à Gavarnie pendant la période d'application de l'arrêté litigieux ; qu'enfin il ne résulte pas du dossier qu'il eût été possible à l'autorité municipale de prévenir par une mesure aussi efficace et moins contraignante la menace que les circonstances de fait susrappelées faisaient naître pour le bon ordre et la sécurité publique ; que, dans ces conditions, et contrairement à ce qu'a jugé le Tribunal administratif, le maire de Gavarnie a pu, sans excéder les pouvoirs qu'il tenait de l'article 97 du Code de l'administration communale, apporter non seulement à la liberté des propriétaires de montures ou de leurs préposés dans l'exercice de leur profession mais également à la liberté de circulation des personnes accomplissant à pied l'excursion du cirque de Gavarnie, les restrictions édictées par l'arrêté du 30 juillet 1958 ;

[...]

Sur les droits à indemnité du sieur X : — Cons. qu'ainsi qu'il vient d'être dit, l'arrêté municipal du 30 juillet 1958 n'est entaché d'aucune illégalité ; que dès lors la responsabilité de la commune de Gavarnie à l'égard du sieur X ne saurait être engagée sur le fondement de la faute du service public

Mais cons. que le préjudice que l'interdiction légalement faite aux personnes accomplissant à pied l'excursion du cirque de Gavarnie d'emprunter le chemin vicinal ordinaire n° 1 a pu causer au sieur X revêt, compte tenu notamment de la nature du commerce de l'intéressé et de la situation de son magasin, le caractère d'un préjudice spécial ; que, s'il était en outre établi que ledit préjudice a, en fait, présenté une gravité telle que l'arrêté municipal du 30 juillet 1958 dût être regardé comme ayant imposé au sieur X, dans l'intérêt général, une charge ne lui incombant pas normalement, ledit sieur X devrait être indemnisé de ce préjudice par la commune de Gavarnie sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ; que, dans ces conditions, ladite commune n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Pau, qui ne s'estimait suffisamment renseigné en l'état du dossier, ni sur l'existence ni, le cas échéant, sur le montant du préjudice subi, a ordonné sur ce point une expertise ;... (Annulation de l'article 2 du jugement ; rejet de la demande du sieur X et du surplus des conclusions de la requête de la commune de Gavarnie ; dépens exposés devant le Conseil d'Etat mis à sa charge).

CE, Ass., 30 mars 1996, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*

[...]

Considérant en second lieu qu'aux termes de l'article 53 de l'annexe jointe à la convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre "tous les moyens affectés sur terre ... à la transmission des nouvelles ... peuvent être saisis, même s'ils appartiennent à des personnes privées, mais devront être restitués et les indemnités seront réglées à la paix" ; que la compagnie requérante soutient que les conditions d'exercice du droit de créance que l'article 53 précité lui reconnaît à l'encontre de la puissance occupante ont été modifiées à son détriment par l'intervention de l'accord concernant les réparations à recevoir de l'Allemagne et l'institution d'une agence interalliée des réparations signé à Paris le 14 janvier 1946 et surtout par l'accord sur les dettes extérieures allemandes signé à Londres le 27 février 1953 entre les gouvernements alliés et la République fédérale d'Allemagne et dont l'article 5 paragraphe 2 diffère "jusqu'au règlement définitif du problème des réparations l'examen des créances, issues de la deuxième guerre mondiale des pays qui ont été en guerre avec l'Allemagne ou ont été occupés par elle ... et des ressortissants de ces pays à l'encontre du Reich ...". Qu'en conséquence ladite compagnie prétend avoir droit au paiement d'une indemnité à la charge de l'Etat français à raison du préjudice résultant de la rupture d'égalité devant les charges publiques que la signature par le Gouvernement français d'accords internationaux entravant ou retardant le règlement de sa créance a entraînée pour elle ;

Considérant que la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres Etats et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne, à la condition d'une part que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et d'autre part que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que cette dernière condition n'est pas remplie en l'espèce ; qu'en effet à la généralité des accords susmentionnés et au nombre des ressortissants français victimes de dommages analogues au dommage allégué par la compagnie requérante, celui-ci ne peut être regardé comme présentant un caractère spécial de nature à engager la responsabilité sans faute de l'Etat envers ladite Compagnie ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que par les jugements attaqués, le Tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande d'indemnité ;

DECIDE :

Article 1er - La requête susvisée de la Compagnie générale d'énergie radio-électrique est rejetée. Article 2 - La Compagnie générale d'énergie radio-électrique supportera les dépens. Article 3 - Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre de l'Economie et des finances et au Ministre des Affaires Etrangères.

CE, sect., 14 octobre 2011, Mme Saleh et autres

[...]

Sur le cadre juridique du litige :

Considérant qu'il résulte d'une règle coutumière du droit public international que les Etats bénéficient par principe de l'immunité d'exécution pour les actes qu'ils accomplissent à l'étranger ; que cette immunité fait obstacle à la saisie de leurs biens, à l'exception de ceux qui ne se rattachent pas à l'exercice d'une mission de souveraineté ;

Considérant qu'en vertu du quatorzième alinéa du Préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, " la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international " ; que l'article 1er de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution prévoit que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ; qu'il en résulte que la règle coutumière du droit public international d'immunité d'exécution des Etats, qui n'est écartée ni par cette loi ni par aucune autre disposition législative, s'applique dans l'ordre juridique interne ; que la responsabilité de l'Etat est, par suite, susceptible d'être recherchée, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, dans le cas où son application entraîne un préjudice grave et spécial ;

Sur les arrêts de la cour :

Considérant, en premier lieu, que pour juger que Mme D et autres ne pouvaient se prévaloir d'un préjudice spécial de nature à engager la responsabilité de l'Etat envers elles sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait de l'application de la règle coutumière du droit public international précédemment indiquée, la cour administrative d'appel de Paris a relevé que les requérantes ne pouvaient ignorer, lors de la conclusion de leur contrat de travail, la qualité d'Etat étranger de leur employeur, l'Etat du KOWEÏT, et par suite, les immunités de juridiction et d'exécution dont celui-ci pouvait bénéficier ; qu'il résulte de l'arrêt de la cour d'appel de Paris que la loi française est applicable aux contrats de travail des intéressées, qui sont exécutés sur le territoire français ; qu'un salarié ne peut être réputé avoir par avance accepté le risque résultant de la méconnaissance par son employeur des dispositions d'ordre public applicables à la conclusion, à l'exécution et à la rupture de son contrat de travail ; que parmi ces dispositions, figurent celles permettant le recouvrement, même contraint, des créances salariales du salarié sur son employeur en contrepartie du travail effectué et des indemnités pouvant résulter de la rupture de ce contrat par l'employeur ; que par suite, en opposant à Mme D et autres l'exception du risque accepté au motif qu'elles ne pouvaient ignorer la qualité d'Etat souverain de leur employeur et l'immunité d'exécution dont ce dernier pouvait le cas échéant bénéficier en vertu de la règle coutumière rappelée ci-dessus, la cour administrative d'appel a entaché ses décisions d'une erreur de droit ;

Considérant, en second lieu, que pour écarter l'existence d'un préjudice spécial de nature à engager la responsabilité de l'Etat envers les requérantes, la cour administrative d'appel a également relevé que la généralité de la règle coutumière du droit public international mentionnée ci-dessus et le nombre de personnes auxquelles elle peut s'appliquer font obstacle à ce que les préjudices allégués puissent être regardés comme revêtant un caractère spécial ; qu'il appartenait toutefois aux juges du fond de retenir, pour apprécier le caractère spécial des préjudices invoqués, outre la portée de la règle coutumière en cause, le nombre connu ou estimé de victimes de dommages analogues à ceux subis par les personnes

qui en demandaient réparation ; que par suite, la cour a commis une erreur de droit en jugeant que les préjudices subis par Mme D et autres ne pouvaient être regardés comme revêtant un caractère spécial ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requérantes sont fondées à demander l'annulation des arrêts attaqués ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler les affaires au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Sur le règlement au fond :

Considérant, d'une part, qu'il ne résulte ni de la règle coutumière du droit public international de l'immunité d'exécution des Etats étrangers ni d'aucune disposition législative que soit exclue l'indemnisation par l'Etat des préjudices invoqués nés de l'application de cette règle ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction qu'eu égard au montant des sommes en cause et à la situation des requérantes, le préjudice invoqué par chacune d'entre elles revêt un caractère de gravité de nature à ouvrir droit à indemnisation ; que compte tenu du faible nombre des victimes d'agissements analogues imputables à des ambassades d'Etats étrangers, sur le territoire français, les préjudices dont elles se prévalent peuvent être regardés comme présentant un caractère spécial et, dès lors, comme ne constituant pas une charge incombant normalement aux requérantes ; que par ailleurs, la circonstance que leur employeur soit un Etat étranger, qui comme tel bénéficie d'immunités, ne peut faire obstacle à la reconnaissance du caractère spécial de leur préjudice, les requérantes ne pouvant, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, être réputées avoir par avance accepté le risque résultant de la méconnaissance par leur employeur des dispositions d'ordre public applicables à la conclusion, à l'exécution et à la rupture de leur contrat de travail ni, par suite, avoir renoncé aux dispositions permettant le recouvrement, même contraint, de leurs créances salariales sur cet employeur en contrepartie du travail effectué et des indemnités pouvant résulter de la rupture de ce contrat par l'employeur ;

Considérant, enfin, qu'il résulte également de l'instruction que si Mme D et autres, qui n'ont pu obtenir de leur ancien employeur, l'Etat du KOWEÏT, l'exécution des décisions de justice le condamnant au versement des sommes dont il est redevable au titre des salaires et de diverses indemnités dues à raison de leur licenciement, n'ont pas saisi le juge de l'exécution, cette abstention ne saurait être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme les ayant privées d'une chance sérieuse de recouvrer leur créance, alors que l'immunité d'exécution a été opposée par l'Etat du KOWEÏT aux procédures de saisie attribution qu'elles avaient engagées sur un compte en banque de l'ambassade qui, utilisé pour le paiement des salaires de ses employés, participait à l'accomplissement de l'ensemble des fonctions de la mission diplomatique koweïtienne et n'était ainsi pas dissociable de l'exercice par cet Etat de ses missions de souveraineté ; que par suite, les préjudices dont se prévalent Mme D et autres doivent être également regardés comme présentant un caractère certain ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme D et autres sont fondées à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris a jugé que les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat à leur égard sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques n'étaient pas remplies et à demander, en conséquence, l'annulation du jugement attaqué du 27 avril 2007 en tant qu'il a statué sur leurs demandes ;

CE, 9 février 2011, M. A.

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par jugement du 27 novembre 1997 du tribunal correctionnel de Tours, devenu définitif, M. A a été reconnu coupable de l'infraction d'atteintes sexuelles sur une personne mineure sans violence, contrainte, menace, ni surprise, prévue par l'article 227-25 du code pénal ; qu'il a fait l'objet, pour ces faits, d'une peine d'emprisonnement avec sursis, assortie d'une interdiction d'exercer les fonctions d'enseignant auprès de mineurs pendant cinq ans ; qu'une première décision de révocation, prise le 30 novembre 1998, a été annulée par un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 11 juin 2004 pour erreur de droit ; que, le ministre ayant repris la procédure disciplinaire en 2005, une nouvelle mesure de révocation a été prise le 9 mars 2006 ; que, par décision du 4 octobre 2010, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a rejeté le pourvoi formé par l'intéressé contre l'arrêt du 11 juin 2009 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes avait rejeté sa requête tendant à l'annulation de la seconde décision de révocation ; que le requérant demande que l'Etat soit condamné à l'indemniser des préjudices causés par chacune de ces deux décisions ;

En ce qui concerne les conclusions à fins indemnitaires présentées au titre de la première décision de révocation :

Considérant que l'illégalité de l'arrêté du 30 novembre 1998 constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat, pour autant qu'elle ait été à l'origine d'un préjudice direct et certain ; que les atteintes sexuelles commises entre mai et décembre 1996 par le requérant, alors professeur dans un collège, sur la personne d'une élève mineure, étaient incompatibles avec la nature des fonctions et des obligations qui incombent au personnel enseignant ; qu'il résulte de l'instruction que, compte tenu de la gravité de ces agissements, le ministre aurait pris la même mesure de révocation s'il n'avait pas commis l'erreur de droit censurée par l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 11 juin 2004 ; que dès lors, la faute commise par l'administration en prenant cette décision illégale n'est pas à l'origine du préjudice résultant pour M. A de sa révocation en 1998 ;

En ce qui concerne les conclusions à fins indemnitaires présentées au titre de la seconde décision de révocation :

Considérant qu'à l'appui de son appel contre le jugement du tribunal administratif d'Orléans qui a rejeté ses conclusions présentées sur ce point, M. A se réfère à sa requête d'appel, dont il joint copie, contre le jugement du même tribunal rejetant le recours pour excès de pouvoir qu'il avait précédemment formé contre cette seconde révocation ;

Considérant en premier lieu, que s'il fait ainsi valoir que la procédure disciplinaire a été entachée de diverses irrégularités, il n'apporte, en tout état de cause, aucune précision permettant d'établir l'existence d'un lien de causalité entre les irrégularités qu'il allègue et les préjudices dont il fait état ;

Considérant, en second lieu, que, d'une part, le délai de dix ans écoulé entre les faits reprochés à M. A et l'intervention de la sanction litigieuse a eu pour origine, non un retard pris par l'autorité administrative, mais les différences instances contentieuses engagées par l'intéressé et n'a pas fait obstacle à ce que la décision ministérielle tienne compte, tant de la nature des faits en cause que de la situation d'ensemble du requérant à la date de la sanction ; que, d'autre part, il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le moyen tiré de ce que ces faits ne pouvaient justifier une mesure de révocation ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout de ce qui précède que le requérant n'est pas fondé à se plaindre du rejet, par le tribunal administratif d'Orléans, de ses conclusions à fin d'indemnité ;

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*

Sur la responsabilité de l'État pour des dommages découlant de la violation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire

28 Par la seconde partie de la première question, la juridiction nationale vise à savoir si un État membre est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers de la non-transposition de la directive 80/987.

29 La juridiction nationale pose ainsi le problème de l'existence et de l'étendue d'une responsabilité de l'État pour des dommages découlant de la violation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire .

30 Ce problème doit être examiné à la lumière du système général du traité et de ses principes fondamentaux.

a) Sur le principe de la responsabilité de l'État

31 Il y a lieu de rappeler, tout d'abord, que le traité CEE a créé un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des États membres et qui s'impose à leurs juridictions, dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants et que, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires (voir arrêts du 5 février 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec . p . 3, et du 15 juillet 1964, Costa, 6/64, Rec . p . 1141).

32 Il y a lieu de rappeler également que, ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers (voir, notamment, les arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal, point 16, 106/77, Rec . p . 629, et du 19 juin 1990, Factortame, point 19, C-213/89, Rec . p . I-2433).

33 Il y a lieu de constater que la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre.

34 La possibilité de réparation à charge de l'État membre est particulièrement indispensable lorsque, comme en l'espèce, le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire.

35 Il en résulte que le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité.

36 L'obligation, pour les États membres, de réparer ces dommages trouve également son fondement dans l'article 5 du traité, en vertu duquel les États membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Or, parmi ces obligations se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire (voir, en ce qui concerne la disposition analogue de l'article 86 du traité CECA, l'arrêt du 16 décembre 1960, Humblet, 6/60, Rec . p . 1125).

37 Il résulte de tout ce qui précède que le droit communautaire impose le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables.

b) Sur les conditions de la responsabilité de l'État

38 Si la responsabilité de l'État est ainsi imposée par le droit communautaire, les conditions dans lesquelles celle-ci ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé.

39 Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un État membre méconnaît l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 189, troisième alinéa, du traité, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive, la pleine efficacité de cette norme de droit communautaire impose un droit à réparation dès lors que trois conditions sont réunies .

40 La première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées.

41 Ces conditions sont suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, qui trouve directement son fondement dans le droit communautaire.

42 Sous cette réserve, c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé. En effet, en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne de chaque État membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (voir les arrêts suivants : du 22 janvier 1976, Russo, 60/75, Rec . p . 45; du 16 février 1976, Rewe, 33/76, Rec . p . 1989; du 7 juillet 1981, Rewe, 158/80, Rec . p . 1805).

43 Il convient de relever, en outre, que les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation (voir, en ce qui concerne la matière analogue du remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire, notamment l'arrêt du 9 novembre 1983, San Giorgio, 199/82, Rec . p . 3595).

44 En l'espèce, la violation du droit communautaire de la part d'un État membre du fait de la non-transposition de la directive 80/987 dans les délais a été constatée par un arrêt de la Cour. Le résultat prescrit par cette directive comporte l'attribution aux travailleurs salariés du droit à une garantie pour le paiement de leurs créances impayées concernant la rémunération. Ainsi qu'il résulte de l'examen de la première partie de la première question, le contenu de ce droit peut être identifié sur la base des dispositions de la directive.

45 Dans ces conditions, il appartient à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre du droit national de la responsabilité, le droit des travailleurs à obtenir réparation des dommages qui leur auraient été causés du fait de la non-transposition de la directive.

46 Il y a donc lieu de répondre à la juridiction nationale qu'un État membre est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers de la non-transposition de la directive 80/987.

CE, Ass., 8 février 2007, Gardedieu

Considérant que la responsabilité de l'Etat du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ;

Considérant que, saisi d'un litige opposant M. A à la caisse de retraite des chirurgiens-dentistes et portant sur le paiement des cotisations prévues par le décret du 27 février 1985 relatif au régime d'assurance vieillesse complémentaire géré par cette caisse, dont l'intéressé contestait la légalité, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Beauvais a sursis à statuer sur la question préjudicielle dont dépendait l'instance portée devant lui ; que, par décision du 18 février 1994, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a jugé que ce décret était entaché d'illégalité ; que, toutefois, à la suite de l'intervention de la loi du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale dont le IV de l'article 41 dispose que : « sont validés, sous réserve des décisions de justice devenues définitives, les appels de cotisations du régime d'assurance vieillesse complémentaire des chirurgiens-dentistes effectués en application du décret n° 85-283 du 27 février 1985 », le tribunal des affaires de sécurité sociale a en définitive écarté les prétentions de M. A ; que, celui-ci ayant recherché la responsabilité de l'Etat, la cour administrative d'appel de Paris a, par l'arrêt attaqué, confirmé le jugement du tribunal administratif de Paris refusant de condamner l'Etat à l'indemniser du préjudice qu'il imputait à l'intervention de cette loi ; que M. A demande au Conseil d'Etat, à titre principal, d'annuler cet arrêt en tant qu'il a jugé que la responsabilité de l'Etat n'était pas engagée à son égard en raison de la contrariété de la loi aux engagements internationaux de la France et, à titre subsidiaire, en tant que la cour a également rejeté ses conclusions fondées sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques ;

Considérant qu'aux termes du § 1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » ;

Considérant que, pour écarter le moyen tiré de ce que le IV de l'article 41 de la loi du 25 juillet 1994 était incompatible avec ces stipulations, la cour a jugé que la validation litigieuse, qui avait eu pour objet de préserver l'équilibre financier de la caisse autonome de retraite des chirurgiens-dentistes, était intervenue dans un but d'intérêt général suffisant ; qu'en statuant ainsi, alors que l'Etat ne peut, sans méconnaître ces stipulations, porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant, au cours d'un procès, des mesures législatives à portée rétroactive dont la conséquence est la validation des décisions objet du procès, sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, M. A est fondé à demander l'annulation des articles 2 et 3 de l'arrêt attaqué ;

Considérant qu'il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant, d'une part, que l'intérêt financier auquel ont entendu répondre les dispositions de l'article 41 de la loi du 25 juillet 1994 ne peut suffire à caractériser un motif impérieux d'intérêt général permettant de justifier la validation législative des appels de cotisations intervenus sur la base du décret

du 27 février 1985 ; que ces dispositions sont, dès lors, incompatibles avec les stipulations citées plus haut du §1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que, par suite, leur intervention est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat ; que, d'autre part, la validation litigieuse est directement à l'origine du rejet, par le tribunal des affaires de sécurité sociale de Beauvais, des conclusions de M. A tendant à être déchargé des cotisations qui lui étaient réclamées sur le fondement d'un décret jugé illégal par le Conseil d'Etat ; qu'il suit de là que le requérant est fondé à demander la condamnation de l'Etat à en réparer les conséquences dommageables ; que M. A est, par suite, fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande ;

Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la réparation à laquelle M. A peut prétendre doit être déterminée en tenant compte du montant des cotisations dont le bien-fondé était en cause dans l'instance l'opposant à sa caisse de retraite ; qu'en l'absence de tout autre élément utile produit par l'intéressé, il y a lieu de retenir les indications figurant dans le jugement avant dire droit du tribunal des affaires de sécurité sociale de Beauvais et d'évaluer le préjudice indemnisable à la somme de 2 800 euros ; que M. A a droit aux intérêts au taux légal de cette somme à compter du 24 décembre 1996, date de réception de sa demande préalable d'indemnité par le Premier ministre ;

Considérant, enfin, que M. A a demandé la capitalisation des intérêts le 5 août 2005 ; qu'à cette date, il était dû au moins une année d'intérêts ; que, dès lors, il y a lieu de faire droit à cette demande, tant à cette date qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de l'Etat le versement à M. A d'une somme de 5 000 euros au titre des frais exposés par lui, tant en première instance qu'en appel et en cassation ;

D E C I D E :

Article 1er : Les articles 2 et 3 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 19 janvier 2005 sont annulés.

Article 2 : Le jugement du tribunal administratif de Paris en date du 9 avril 2002 est annulé.

Article 3 : L'Etat est condamné à verser à M. A la somme de 2 800 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 24 décembre 1996. Les intérêts échus à la date du 5 août 2005, puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date seront capitalisés pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 4 : L'Etat versera la somme de 5 000 euros à M. A au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête de M. A est rejeté.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à M. Alain A et au ministre de la santé et des solidarités.

CE, Ass., 24 déc. 2019, Sté hôtelière Paris Eiffel Suffren

Considérant ce qui suit :

1. En vertu du premier alinéa de l'article 7 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, toute entreprise employant habituellement plus de cent salariés, ou au moins cinquante salariés depuis l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 1990, " quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique, est soumise aux obligations de la présente section, destinées à garantir le droit de ses salariés à participer aux résultats de l'entreprise ". Aux termes du premier alinéa de l'article 15 de cette ordonnance : " Un décret en Conseil d'État détermine les entreprises publiques et les sociétés nationales qui sont soumises aux dispositions du présent chapitre. Il fixe les conditions dans lesquelles ces dispositions leur sont applicables ". Ces dispositions ont été codifiées, par l'article 33 de la loi du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, respectivement à l'article L. 442-1 et à l'article L. 442-9 du code du travail. Par un arrêt du 6 juin 2000, rendu sur le pourvoi opposant l'union syndicale CGT des syndicats du 17ème arrondissement à la société Hôtel Frantour Paris-Berthier, la Cour de cassation a jugé qu'une personne de droit privé ayant pour objet une activité purement commerciale, qui n'est ni une entreprise publique ni une société nationale, peu important l'origine du capital, devait être soumise aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 21 octobre 1986. Le législateur, par l'article 85 de la loi du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, a ensuite modifié l'article L. 442-9 du code du travail pour prévoir que : " Un décret en Conseil d'Etat détermine les établissements publics de l'Etat à caractère industriel et commercial et les sociétés, groupements ou personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue, directement ou indirectement, ensemble ou séparément, par l'Etat et ses établissements publics qui sont soumises aux dispositions du présent chapitre. Il fixe les conditions dans lesquelles ces dispositions leur sont applicables. / Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux sociétés, groupements ou personnes morales quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue, ensemble ou séparément, indirectement par l'Etat et directement ou indirectement par ses établissements publics, à l'exception de celles et ceux qui bénéficient de subventions d'exploitation, sont en situation de monopole ou soumis à des prix réglementés. (...) ".

2. Par sa décision 2013-336 QPC du 1er août 2013, le Conseil constitutionnel a jugé que le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 30 décembre 2004, était contraire à la Constitution. Il a relevé qu'en soustrayant les " entreprises publiques " à l'obligation d'instituer un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise et en se bornant à renvoyer à un décret le soin de désigner celles de ces entreprises qui y seraient néanmoins soumises, sans définir le critère en fonction duquel elles seraient ainsi désignées ni encadrer ce renvoi au pouvoir réglementaire, le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions qui affectaient l'exercice de la liberté d'entreprendre.

3. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 15 octobre 2009, confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011, a jugé que la société hôtelière Paris Eiffel Suffren était tenue de mettre en oeuvre un régime de participation des salariés aux résultats de l'entreprise de 1986 à 1999. A la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 1er août 2013, la société hôtelière Paris Eiffel Suffren a demandé au tribunal administratif de Paris de condamner l'Etat à lui verser la somme de 2 025 068,53 euros, augmentée des intérêts légaux, qu'elle a dû verser à ses salariés et anciens salariés en exécution de cet arrêt ainsi qu'au titre du forfait social, de la contribution sociale généralisée et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale, en faisant valoir que ce versement était la conséquence de l'inconstitutionnalité du premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail. Elle se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 5 octobre 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté son appel contre le jugement du tribunal administratif de Paris rejetant sa demande.

Sur le principe de la responsabilité de l'Etat :

4. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution : " (...) les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ". Aux termes du premier alinéa de son article 61-1 : " Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ". Aux termes de son article 62 : " Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. / Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. / Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ".

5. La responsabilité de l'Etat du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas exclu toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés.

6. Elle peut également être engagée, d'autre part, en raison des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'application d'une loi méconnaissant la Constitution ou les engagements internationaux de la France. Toutefois, il résulte des dispositions des articles 61, 61-1 et 62 de la Constitution que la responsabilité de l'Etat n'est susceptible d'être engagée du fait d'une disposition législative contraire à la Constitution que si le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1, lors de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité, ou bien encore, sur le fondement de l'article 61, à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine. En outre, l'engagement de cette responsabilité est subordonné à la condition que la décision du Conseil constitutionnel, qui détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, ne s'y oppose pas, soit qu'elle l'exclue expressément, soit qu'elle laisse subsister tout ou partie des effets pécuniaires produits par la loi qu'une action indemnitaire équivaldrait à remettre en cause.

7. Lorsque ces conditions sont réunies, il appartient à la victime d'établir la réalité de son préjudice et l'existence d'un lien direct de causalité entre l'inconstitutionnalité de la loi et ce préjudice. Par ailleurs, la prescription quadriennale commence à courir dès lors que le préjudice qui résulte de l'application de la loi à sa situation peut être connu dans sa réalité et son étendue par la victime, sans qu'elle puisse être légitimement regardée comme ignorant l'existence de sa créance jusqu'à l'intervention de la déclaration d'inconstitutionnalité.

8. Par sa décision du 1er août 2013, le Conseil constitutionnel a précisé que la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée prenait effet à compter de sa publication, que les salariés des entreprises dont le capital était majoritairement détenu par des personnes publiques ne pouvaient, en application des dispositions de l'ordonnance du 21 octobre 1986 relatives à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, demander, y compris dans les instances en cours, qu'un dispositif de participation leur soit applicable au titre de la période pendant laquelle les dispositions déclarées inconstitutionnelles étaient en vigueur et que cette déclaration d'inconstitutionnalité ne pouvait conduire à ce que les sommes versées au titre de la participation sur le fondement de ces dispositions donnent lieu à répétition. Une

action indemnitaire dirigée contre l'Etat, que cette décision n'exclut pas, ne serait pas susceptible d'affecter les conditions et limites dans lesquelles elle prévoit la remise en cause des effets produits par la disposition législative considérée, qui intéresse les rapports entre employeurs et salariés. Cette décision ne fait ainsi pas obstacle à ce que soit engagée, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'Etat du fait de l'application des dispositions, déclarées inconstitutionnelles, du premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 puis du premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi du 30 décembre 2004.

Sur le lien de causalité :

9. Par sa décision du 1er août 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré la disposition législative qui lui était soumise contraire à la Constitution en raison de la seule méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans la détermination du champ d'application de l'obligation faite aux entreprises d'instituer un dispositif de participation des salariés à leurs résultats, affectant l'exercice de la liberté d'entreprendre. Il a, en revanche, écarté les griefs tirés de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques et de la méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et a précisé que le législateur aurait pu, pour définir le critère en fonction duquel les entreprises publiques sont soumises à cette obligation, se référer, par exemple, à un critère fondé sur l'origine du capital ou la nature de l'activité. Il n'a, ainsi, pas regardé comme contraire aux droits et libertés reconnus par la Constitution la portée que la Cour de cassation a conférée à cette disposition, dans le souci de garantir la libre concurrence et l'égalité des droits entre salariés d'entreprises exerçant une même activité dans les mêmes conditions, par son arrêt du 6 juin 2000 et ses arrêts ultérieurs, qui excluent qu'une société de droit privé ayant une activité purement commerciale soit regardée comme une entreprise publique au sens de cette disposition. Au surplus, par la loi du 30 décembre 2004, le législateur a confirmé pour l'avenir la soumission des entreprises aux obligations relatives à la participation des salariés aux résultats en fonction d'un critère tiré non de l'origine de leur capital, sauf en cas de détention directe par l'Etat, mais de leur situation concurrentielle. Par suite, la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans la détermination du champ d'application de l'obligation d'instituer un dispositif de participation ne peut être regardée comme étant directement à l'origine de l'obligation faite à une entreprise telle que la société requérante, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2004, de verser à ses salariés une participation à ses résultats. Seuls pourraient être regardés en lien direct avec cette inconstitutionnalité les préjudices résultant, le cas échéant, de l'obligation de reconstituer a posteriori une réserve spéciale de participation et de verser immédiatement l'ensemble des sommes exigibles sans avoir pu prendre en considération, dans la stratégie commerciale et financière de l'entreprise, cette charge au cours des exercices au titre desquels elle devait être constatée.

10. Il en résulte que la cour administrative d'appel de Paris, dont l'arrêt est suffisamment motivé, a exactement qualifié les faits de l'espèce en jugeant qu'il n'existait pas de lien de causalité direct entre la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence et le préjudice dont la société requérante faisait état, tenant aux sommes versées à ses salariés et anciens salariés au titre de leur participation à ses résultats pour les exercices 1986 à 1995 et aux prélèvements sociaux afférents, et n'a pas commis d'erreur de droit en écartant son indemnisation au titre d'une perte de chance, invoquée par cette société, d'entrer dans le champ des entreprises publiques soustraites au régime de la participation des salariés.

11. Enfin, le versement des intérêts légaux sur les sommes dues aux salariés au titre de la participation à compter de leur demande en justice, au demeurant postérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 2000, était destiné à compenser le fait que ces sommes avaient été, entre la date de la demande et celle de leur versement, à la disposition de l'entreprise et non des salariés. La cour n'a, par suite, pas commis d'erreur de qualification juridique en jugeant que le préjudice tenant, pour la société requérante, au versement de ces intérêts ne pouvait être regardé, en l'absence de circonstances particulières, non alléguées en l'espèce, comme résultant de l'incertitude dans laquelle elle se serait trouvée quant à sa

soumission à l'obligation de participation des salariés aux résultats de l'entreprise et n'était ainsi pas en lien direct avec la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence.

12. Il résulte de ce qui précède que la société hôtelière Paris Eiffel Suffren n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris qu'elle attaque. Ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent, par suite, qu'être également rejetées.

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la société hôtelière Paris Eiffel Suffren est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société hôtelière Paris Eiffel Suffren, au Premier ministre, au ministre de l'économie et des finances et à la ministre du travail.

M. SIRINELLI, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren*, M. Laillat, AJDA, 2020, p. 7.

« La responsabilité peut être un labyrinthe ». Ces mots d'Hugo, dans *L'Homme qui rit*, ne doivent pas vous décourager, car il n'est pas question aujourd'hui de se perdre. Le fil dont vous disposez pour vous guider dans les trois affaires appelées est, en effet, des plus solides ; il s'agit de la Constitution elle-même.

Suivant ce fil, intersection après intersection, vous devrez vous prononcer sur les différents aspects d'un sujet nouveau, mais attendu : la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles.

I. - Le point d'entrée de ce parcours est un dispositif inconstitutionnel commun aux trois espèces en cause.

Ce dispositif, c'est celui de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, sous forme d'une prime annuelle. Créé en 1967, il a été réorganisé par l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés (2) aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, aujourd'hui codifiée en partie législative du code du travail. L'article 7 de cette ordonnance soumettait à l'obligation de participation toute entreprise atteignant un certain effectif ; mais son article 15 prévoyait qu'un décret en Conseil d'État déterminait les entreprises publiques et les sociétés nationales concernées. Sauf à être mentionnées dans ce décret, les entreprises publiques n'étaient donc pas comprises dans le champ du dispositif.

C'est un décret du 26 novembre 1987 (3) qui a déterminé les entreprises publiques soumises à cette obligation. Les sociétés privées qui n'étaient pas mentionnées dans ce décret, alors que leur capital était majoritairement public, ont considéré qu'elles n'entraient pas dans le champ de la participation salariale. Leur analyse reposait sur la définition des entreprises publiques liée à la détention du capital social, qui figurait dans la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, de même que dans votre jurisprudence (4).

La Cour de cassation a toutefois choisi d'adopter une définition autonome de l'entreprise publique, au sens de l'ordonnance du 21 octobre 1986. Dans un arrêt *Frantour*, du 16 juin 2000(5), elle a jugé que toute société de droit privé ayant une activité « purement commerciale » était soumise au dispositif. Cette approche permettait de garantir la libre concurrence, et l'égalité entre les salariés d'entreprises

exerçant une même activité, dans les mêmes conditions. Mais elle inversait la perspective pour les sociétés commerciales au capital majoritairement public.

En vertu de la jurisprudence *Frantour*, ces sociétés se sont donc avérées redevables de sommes très importantes, dues au titre de la participation salariale (6). Parmi ces sociétés, Natixis Asset Management a tenté de mettre en cause la responsabilité de l'État, du fait de l'illégalité du décret du 26 novembre 1987 ; elle a, dans ce cadre, soulevé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à l'encontre de l'ordonnance du 21 octobre 1986.

Dans sa décision QPC du 1^{er} août 2013 (7), le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions du premier alinéa de l'article 15 de cette ordonnance. Il a estimé, en effet, que le législateur aurait dû définir lui-même le champ d'application des entreprises tenues au dispositif de participation, et que son incompétence négative avait affecté par elle-même la liberté d'entreprendre. Nos trois affaires s'inscrivent dans le sillon de cette déclaration d'inconstitutionnalité, et posent la question de ses conséquences pour les employeurs et pour les salariés.

Dans les deux premières affaires, les requérantes sont des sociétés du secteur hôtelier au capital majoritairement public, qui ne figuraient pas dans la liste des entreprises publiques fixée par décret. L'arrêt *Frantour* (d'ailleurs rendu au sujet de la société Paris Clichy sous son ancienne dénomination) a donc « révélé » qu'elles entraient dans le champ du dispositif de participation. Saisis par les salariés de ces sociétés, les tribunaux judiciaires ont mis à leur charge le versement de sommes d'un montant de plus d'1,2 million d'euros, pour la société Paris Clichy, et de 2 millions d'euros, pour la société Paris Eiffel Suffren. Dans ce cadre, l'une comme l'autre ont demandé au tribunal administratif, puis à la cour administrative d'appel de Paris, de condamner l'État à réparer les préjudices qu'elles estimaient avoir ainsi subis du fait de l'application de la disposition inconstitutionnelle.

Dans la troisième affaire, qui appartient à une série, c'est un salarié qui a formé une telle action indemnitaire. En effet, alors qu'il avait, comme d'autres salariés de la société Natixis Asset Management (8), saisi le juge judiciaire afin d'obtenir le versement des primes de participation, le tribunal de grande instance de Paris a jugé que la décision QPC du 1^{er} août 2013, intervenue en cours d'instance, faisait obstacle à ce qu'il soit fait droit à sa demande. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel avait, en effet, expressément considéré que la disposition déclarée contraire à la Constitution ne pouvait plus être appliquée dans les instances en cours. M. Laillat s'est alors retourné contre l'État, en demandant au tribunal administratif, puis à la cour administrative d'appel de Paris, qu'une somme d'environ 120 000 € lui soit versée, à raison du préjudice découlant de l'absence de versement des primes qui lui étaient dues.

La cour a rejeté ces différentes actions, et vous êtes donc saisis de trois pourvois, qui posent, en premier lieu, la question de la possibilité d'un engagement de la responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle.

II. - Nous vous invitons à reconnaître le principe d'une telle responsabilité.

Dans ces trois espèces, la cour s'est, après le tribunal, engagée en ce sens. Jusqu'à présent, les juges du fond avaient pourtant toujours refusé de reconnaître l'existence d'une telle voie de droit.

1° À dire vrai, il n'y a effectivement là aucune évidence. La loi n'est pas un acte « comme les autres », comme l'écrivaient Pierre Delvolvé et Georges Vedel (9). Elle est l'expression directe de la souveraineté nationale, « l'acte de souveraineté par excellence » (10). Et en raison de ce statut particulier, ce n'est qu'avec beaucoup de prudence que vous avez progressivement reconnu la possibilité d'invoquer la responsabilité de l'État législateur.

Vous avez tout d'abord jugé que cette responsabilité était susceptible d'être engagée sans faute, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour réparer les préjudices revêtant un

caractère grave et spécial (11). Vous avez depuis précisé que ce régime, ouvert dans le silence de la loi, ne se fermait que si celle-ci avait expressément exclu toute possibilité d'indemnisation (12). Mais la portée générale et impersonnelle de la loi empêche le plus souvent que la condition de spécialité du préjudice soit vérifiée, et la responsabilité sans faute du législateur est donc demeurée, pour reprendre les mots bien connus du professeur Chapus, un « produit de luxe » (13).

Il a fallu près de soixante-dix ans pour qu'apparaisse un second terrain permettant d'invoquer la responsabilité du fait de l'État législateur, cette fois en raison de la méconnaissance des engagements internationaux de la France (14). Était alors en cause une loi de validation contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Vous avez depuis également appliqué cette jurisprudence dans le cas de la méconnaissance de principes généraux du droit communautaire (15). Mais l'invocation de la responsabilité du législateur est demeurée rare, sur ce second terrain également.

Le temps est-il venu de reconnaître la responsabilité du fait des lois méconnaissant la Constitution ? Cette question est apparue en même temps que le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, organisé par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Auparavant, l'impossibilité de connaître directement de la constitutionnalité d'une loi promulguée fermait toute piste en ce sens. Mais depuis le 1^{er} mars 2010, et l'entrée en vigueur du nouvel article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est amené à répondre aux questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont soumises ; et les déclarations d'inconstitutionnalité qu'il prononce sur ce fondement sont autant d'amorces possibles pour de tels contentieux indemnitaires.

Il faut toutefois observer que cette perspective est demeurée absente des débats lors de la réforme constitutionnelle. On n'en trouve trace ni dans le rapport du « comité *Balladur* » qui l'a inspirée, ni dans les débats parlementaires qui l'ont accompagnée (16). L'introduction de la QPC semble alors avoir été conçue comme un pur contentieux de normes, aux enjeux strictement objectifs, visant à faire sortir de l'ordonnement juridique les dispositions législatives portant atteinte « aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Ainsi, ni l'article 61-1 de la Constitution ni les nouvelles dispositions de l'article 62 ne font état d'une éventualité indemnitaire.

Ajoutons que les exemples étrangers démontrent que le contrôle *a posteriori* des lois n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'un régime de responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles. Certes, le pas a été franchi, sous des formes différentes, en Espagne, en Belgique, en Pologne, ou encore au Portugal. Mais ni en Allemagne ni aux États-Unis, où un contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception existe pourtant, la responsabilité de l'État ne peut être recherchée sur ce fondement (17). En Italie, la Cour de cassation a récemment refusé de reconnaître la responsabilité du législateur pour violation de la Constitution (18) ; vous relèverez qu'elle reconnaît pourtant la responsabilité du fait des lois méconnaissant le droit de l'Union européenne.

Nous y trouvons une transition pour vous indiquer que, pas plus que la révision constitutionnelle de 2008, votre jurisprudence *Gardedieu* n'impose la reconnaissance de la responsabilité de l'État en raison des lois contraires à la Constitution. Le cadre juridique qui avait justifié cette solution est, en effet, bien distinct. Comme l'expliquait Luc Derepas dans ses conclusions sur cette décision, il repose sur les obligations découlant de l'article 55 de la Constitution, de même que sur la jurisprudence européenne relative à la responsabilité des États en cas de méconnaissance du droit de l'Union (19). Ces considérations, liées au droit international, sont sans incidence sur la question qui nous occupe. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a, certes, jugé que le régime de responsabilité du fait d'une loi contraire au droit de l'Union européenne ne pouvait être moins favorable que celui mis en œuvre à raison de l'inconstitutionnalité de la loi (20) ; mais cela ne vous oblige, par construction, à rien de nouveau.

2° Il n'existe donc aucun chemin déjà tracé, qui vous imposerait la route à suivre. Les évolutions que

nous avons évoquées, vous l'avez compris, constituent néanmoins les éléments d'un décor qui semble favorable à la confirmation du pas franchi par la cour administrative d'appel.

D'autres rapporteurs publics se sont déjà exprimés en faveur d'une telle avancée (21). Dans l'affaire *Le Normand de Bretteville* en 2010, vous aviez d'ailleurs renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC posée dans le cadre d'un litige indemnitaire où était invoquée la responsabilité de l'État du fait d'une loi contraire à la Constitution (22). Le Conseil constitutionnel n'ayant toutefois pas prononcé de déclaration d'inconstitutionnalité, cet élan était resté sans suite.

L'occasion vous est donnée aujourd'hui d'aller au bout de ce premier mouvement. Comme votre décision d'assemblée *Ville de Paris c/ Driancourt* (23) l'a consacré, toute illégalité est, en principe, de nature à engager la responsabilité de la puissance publique. Il nous semble que de très forts arguments devraient être convoqués pour ne pas appliquer un tel raisonnement, par *a fortiori*, à la méconnaissance de la norme suprême.

De tels arguments, nous n'en trouvons tout d'abord pas dans le texte de la Constitution. En effet, si les articles 61-1 et 62 ne disent pas un mot du contentieux de la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles, c'est parce que, comme nous l'avons dit, tel n'était pas leur objet. Mais leur silence ne nous semble pouvoir être lu comme excluant cet effet induit par la QPC. Vous avez déjà raisonné ainsi au sujet du silence de la loi, sur le terrain de la responsabilité sans faute ; comme l'indiquait alors Mattias Guyomar, dans ses conclusions sur la décision susmentionnée *Société coopérative agricole Ax'ion* (24), l'exclusion de l'indemnisation ne saurait être implicite, dès lors qu'il « n'existe pas d'irresponsabilité générale et absolue de la puissance publique ». Vous n'avez d'ailleurs jamais eu besoin d'une habilitation textuelle pour reconnaître l'existence d'un régime de responsabilité. Plus généralement, il nous semble qu'au regard du principe constitutionnel du droit au recours, seule une disposition expresse pourrait fermer une voie contentieuse.

Aucun argument ne nous apparaît non plus en nous plaçant dans le cadre plus finaliste de l'effectivité des principes de légalité et de responsabilité, inhérents à l'État de droit. Au contraire, la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles semble d'autant mieux se justifier qu'existe en la matière un écran législatif. L'administration ne pouvant écarter d'elle-même l'application d'une loi inconstitutionnelle, l'acte administratif ne saurait s'interposer dans une chaîne de causalité ; et c'est donc à l'inconstitutionnalité de la loi qu'il faut pouvoir remonter, en toute hypothèse, pour identifier un fait générateur.

Il y a, certes, une particularité dans le régime que nous vous proposons de consacrer, dans la mesure où il repose sur une distinction entre l'office du juge de la norme, assuré par le Conseil constitutionnel, et celui du juge de la responsabilité, qu'il vous reviendrait d'endosser. Mais il ne semble pas y avoir là une raison de vous soustraire à cette tâche. Car vous êtes bien, selon les termes du Tribunal des conflits, le juge de « la responsabilité de l'État du fait de son activité législative » (25).

La responsabilité de l'État du fait de l'inconstitutionnalité des lois nous paraît donc pouvoir être reconnue, de même que votre compétence pour juger des demandes indemnitaires présentées sur ce fondement. Ce faisant, vous donneriez raison, près d'un siècle plus tard, à Maurice Hauriou qui, en 1923, considérait déjà que la loi inconstitutionnelle devait pouvoir engager la responsabilité de l'État législateur (26). Et vous répondriez également au souhait exprimé de façon unanime par la doctrine contemporaine (27). Vous pourrez d'ailleurs relever qu'une thèse proposant de consacrer ce régime de responsabilité a été publiée il y a quelques mois, et récompensée par le prix de thèse du Conseil constitutionnel (28).

3° Trois précisions nous semblent encore nécessaires, pour compléter l'approche que nous vous proposons d'adopter.

La première a trait à la condition d'engagement de ce régime de responsabilité, qui réside dans l'inconstitutionnalité de la loi, elle-même révélée par la décision du Conseil constitutionnel. Dans ce cadre, une telle déclaration d'inconstitutionnalité devrait être le préalable, nécessaire mais suffisant, pour identifier un fait générateur. Ainsi :

- il s'agirait, tout d'abord, d'un préalable nécessaire, puisqu'il ne vous appartient pas d'apprécier la constitutionnalité de la loi de votre propre chef (29). Les dispositions législatives qui ne peuvent donner lieu à QPC, comme celles issues des lois référendaires (30), des lois de ratification d'engagements internationaux (31), ou des lois d'habilitation (32), demeureraient donc, en principe, hors de ce régime ;

- mais il s'agirait, en outre, d'un préalable suffisant. Prenant appui sur la jurisprudence de la CJUE, qui recherche l'existence de violations « caractérisées » du droit de l'Union pour engager la responsabilité des États, ou sur l'approche existant en Belgique (33), la doctrine a pu s'interroger sur la possibilité de ne reconnaître la responsabilité de l'État législateur que dans le cas de certaines violations de la Constitution (34). Toutefois, il nous semble qu'une déclaration d'inconstitutionnalité faisant suite à une QPC devrait suffire à invoquer la responsabilité de l'État, dès lors qu'elle implique nécessairement une méconnaissance des droits et libertés constitutionnellement garantis. Vous n'avez d'ailleurs énoncé aucune restriction de ce type dans votre décision *Gardedieu*, s'agissant de l'inconventionnalité de la loi.

La deuxième précision, qui vient compléter la première, a trait à la nature des décisions du Conseil constitutionnel susceptibles d'ouvrir le régime de responsabilité ainsi reconnu. Nous n'avons parlé jusqu'ici que des QPC, mais vous savez que la loi promulguée peut également être déclarée inconstitutionnelle par le biais d'un mécanisme plus ancien, qui découle de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel s'autorise à examiner la constitutionnalité de la loi à l'occasion de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine. Comme il ressort de cette décision, son contrôle porte alors sur les « termes » de la loi promulguée, ce qui paraît exclure toute contestation concernant sa procédure d'élaboration. L'objet du contrôle, strictement substantiel, est donc assez proche de celui exercé dans le cadre des QPC (35). En outre, la temporalité de ce contrôle n'est pas fondamentalement différente ; la disposition inconstitutionnelle n'est certes alors pas abrogée, mais elle devient inapplicable (36). Enfin, le Conseil constitutionnel considère que l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions rendues dans ce cadre fait obstacle à ce qu'il soit à nouveau saisi d'une QPC relative à la même disposition (37). Sauf à admettre une forme d'impasse contentieuse en la matière, l'ensemble de ces éléments nous semblent plaider pour une inclusion de ces déclarations d'inconstitutionnalité dans le régime de responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles.

Toutes les déclarations d'inconstitutionnalité postérieures à la promulgation de la loi paraissent ainsi pouvoir être prises en compte - mais non, en revanche et enfin, les réserves d'interprétation (38) En effet, une déclaration de conformité assortie d'une réserve donne du texte législatif une interprétation qui s'incorpore à lui *ab initio* et qui lie ensuite le juge éventuellement saisi (39). Dans cette hypothèse, aucune loi inconstitutionnelle n'est donc identifiable.

Nous en arrivons à la dernière précision, qui a trait à la nature du régime de responsabilité que nous vous proposons de reconnaître. Votre décision *Gardedieu* avait suscité des commentaires nombreux, et parfois incrédules, sur ce sujet. Responsabilité pour faute, ou responsabilité sans faute ? Même si les décisions rendues sur ce fondement sont demeurées très rares, il est difficile, rétrospectivement, de considérer que vous avez adopté, pour les lois inconventionnelles, un régime de responsabilité sans faute ; les indices principaux en sont l'absence de caractère d'ordre public de ce régime et la réparation potentiellement intégrale des préjudices. Comme le proposait Luc Derepas dans ses conclusions, vous semblez donc plutôt avoir mis en place un régime *ad hoc*, fondé sur la méconnaissance, par la loi, des engagements internationaux (40).

Cette approche, selon laquelle il n'entre pas dans votre office de juge administratif de qualifier la « faute » du législateur, trouve sa légitimité dans le principe même de séparation des pouvoirs (41). Nous y souscrivons pleinement, et il nous semble qu'elle se justifie *a fortiori* dans l'univers constitutionnel, où ce n'est pas le juge administratif qui apprécie la malfaçon de la loi. Il est donc possible d'assumer que ce régime de responsabilité soit un régime pour faute qui ne dit pas son nom, parce que ce nom serait impropre, d'un point de vue institutionnel. Plus généralement que la faute, et pour reprendre une formule d'Etienne Fatôme, c'est « l'anormalité » du texte ayant méconnu les normes supérieures qu'il s'agit de relever.

Nous vous proposons donc d'étendre aux lois inconstitutionnelles le régime mis en place par votre décision *Gardedieu*. Fondé sur les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, il pourrait renvoyer désormais à une même cause juridique, en présence d'une loi inconventionnelle ou inconstitutionnelle. Enfin, vos décisions pourraient fournir l'occasion de préciser que ce régime est destiné à couvrir les préjudices découlant non seulement de « l'intervention » de la loi qui méconnaîtrait la hiérarchie des normes, selon les termes de votre décision de 2007, mais plus largement de son « application ». Elles éclairciraient ainsi le fait qu'il a vocation à couvrir les inconstitutionnalités ou inconventionnalités *ab initio*, de même que celles qui résulteraient d'un changement de circonstances.

III. - Une fois passé le cap de la reconnaissance de ce régime apparaît une seconde question, liée à l'articulation de votre office avec celui dévolu au Conseil constitutionnel.

Vous le savez, l'article 62 de la Constitution prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. L'engagement, devant vous, de la responsabilité de l'État législateur n'est donc possible que dans la mesure où la décision rendue par le Conseil constitutionnel ne s'y oppose pas. Mais quand doit-il être regardé comme s'y étant opposé ?

1° Pour répondre à cette question, il faut commencer par rappeler les effets des décisions du Conseil constitutionnel, statuant sur une QPC. L'article 62 prévoit à cet égard un principe et une atténuation.

Le principe, c'est que la QPC est tournée vers l'avenir. Ainsi, une « disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel (...) ». Le pouvoir constituant a donc fait le choix d'un système qui, à la différence de celui qui existe en Espagne ou en Allemagne, n'entraîne pas la disparition rétroactive de la disposition déclarée inconstitutionnelle. Cette disposition demeure dans l'ordonnement juridique passé, et l'article 62 précise qu'elle peut même être abrogée à compter « d'une date ultérieure fixée par [la] décision » du Conseil constitutionnel - ce qui lui permet alors de continuer à recevoir application pendant un certain temps.

Ces dispositions, guidées par le principe de sécurité juridique, trouvent toutefois une atténuation immédiate, l'article 62, paragraphe 2, prévoyant également que le Conseil constitutionnel détermine « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Le juge constitutionnel peut donc apprécier, au regard de la balance des intérêts en présence, dans quelle mesure les effets passés de la loi inconstitutionnelle doivent, le cas échéant, être rétroactivement neutralisés.

Vous reconnaissez là un système assez proche de celui dégagé par votre décision d'assemblée *AC !* (42), au sujet des effets des annulations prononcées par le juge administratif. Depuis 2004, vous admettez, au regard des conséquences de la rétroactivité de l'annulation, de repousser dans le temps le moment où cette annulation prend effet, ou de neutraliser ses effets pour le passé. L'office que vous exercez ainsi, par exception, a inspiré celui que le constituant a confié, par principe, au Conseil constitutionnel ; et c'est votre office de principe, celui consistant à faire disparaître rétroactivement la norme illégale, que celui-ci peut exercer, par exception, lorsqu'il en décide expressément. Pour aménager les effets de ses

décisions dans le temps, le Conseil constitutionnel se fait ainsi « maître des horloges », pour reprendre l'expression de Dominique Rousseau (43).

2° Faut-il considérer que, lorsqu'il a ainsi réglé les pendules de sa déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel a couvert la question des contentieux indemnitaires ? Pour le dire autrement, l'indemnisation correspond-elle à une « remise en cause des effets de la loi », au sens de l'article 62 de la Constitution, que seul le juge constitutionnel pourrait prévoir expressément ?

Une réponse positive à cette question conduirait, dans le silence du Conseil constitutionnel sur la question précise de la réparation publique, à aligner l'ouverture du régime de responsabilité, sur l'effet qu'emportent les déclarations d'inconstitutionnalité dans l'ordonnancement juridique. La réparation ne serait alors possible que lorsque les effets de la loi auraient été remis en cause rétroactivement.

Une telle remise en cause peut être expressément prévue par le Conseil constitutionnel, nous l'avons dit. Mais elle existe aussi, de façon limitée, lorsque l'abrogation de la loi prend effet à compter de la publication de sa décision. En effet, le Conseil constitutionnel a précisé que cette décision pouvait être regardée comme produisant un effet rétroactif sur l'instance de l'auteur de la QPC, de même que dans les « instances en cours » (44). Il y a là une forme de rétroactivité procédurale (45), justifiée par le souci de conférer un effet utile à la QPC, et de préserver le principe constitutionnel du droit au recours (46).

Vous avez tiré les conséquences de cet effet « utile » dans le contentieux de la légalité, en lui donnant une portée étendue. Vous avez en effet jugé que lorsque l'auteur de la QPC a formulé celle-ci dans le cadre d'un recours contre un décret d'application de la loi déclarée inconstitutionnelle, il devait bénéficier des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité en obtenant l'annulation, rétroactive, de l'acte attaqué - et ce alors même que l'abrogation de la loi n'avait été prononcée qu'à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel (47). Vous refusez, en revanche, d'appliquer cet effet utile à l'auteur de la QPC lorsque l'abrogation de la loi a été différée (48).

L'approche consistant à transposer au contentieux indemnitaire la remise en cause des effets de la loi limiterait symétriquement les hypothèses permettant de faire jouer la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles. Sans entrer dans l'ensemble des configurations possibles, on peut schématiser ainsi ses conséquences, dans l'hypothèse du silence gardé par le Conseil constitutionnel sur la question de la réparation publique :

- dans le cas où il aurait abrogé la loi avec effet immédiat, sans plus de précision, seul l'auteur de la QPC et les parties à une instance en cours pourraient se prévaloir de l'inconstitutionnalité de la loi sur le terrain de la responsabilité ; pour les autres requérants, les effets passés de la loi seraient préservés, de même que leurs conséquences dommageables ;

- dans le cas d'une abrogation différée, où l'effet utile lui-même ne pourrait être invoqué, la décision rendue sur la QPC devrait être regardée comme une entière validation constitutionnelle, et l'inconstitutionnalité de la loi ne pourrait être invoquée par personne ;

- enfin, c'est seulement dans le cas où le Conseil constitutionnel aurait remis en cause les effets passés de la loi, en donnant à sa déclaration d'inconstitutionnalité un effet rétroactif, que serait ouverte *erga omnes* la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait de l'inconstitutionnalité de la loi.

3° Cette approche est séduisante. Vous pourriez vous y tenir, en accord, d'ailleurs, avec une partie de la doctrine (49). Elle présente toutefois un certain nombre d'inconvénients.

Tout d'abord, en reliant remise en cause des effets de la loi et action indemnitaire, elle heurte la relation habituelle entre légalité et responsabilité. En principe en effet, ce n'est pas la disparition d'un acte qui ouvre droit à réparation, mais la constatation de son illégalité (50). Suivant cette dissociation, les dispositifs destinés à préserver la sécurité juridique, qui concernent le seul ordonnancement juridique,

ne couvrent pas les contentieux indemnitaires. Ainsi, lorsqu'un acte administratif n'a pas été attaqué dans le délai de recours contentieux, son caractère définitif ne fait nullement obstacle à une action en réparation fondée sur son illégalité. Et vous vous êtes d'ailleurs récemment refusé à intégrer dans le champ de la jurisprudence *Czabaj* les recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une personne publique (51). La responsabilité n'est donc pas l'ombre portée de l'annulation contentieuse, mais seulement celle de l'illégalité, et l'acte illégal n'a pas besoin de disparaître pour que son « anormalité » ouvre droit à réparation. Au contraire, c'est souvent son maintien dans l'ordre juridique qui est la principale cause du préjudice.

S'agissant des lois inconstitutionnelles, l'approche fondée sur une restriction aux situations où les effets de la loi se trouvent éteints conduirait, à l'inverse de cette logique distinguant légalité et responsabilité, à n'accorder une indemnisation qu'aux requérants qui peuvent se prévaloir de la sortie de l'ordonnancement juridique de la disposition inconstitutionnelle. Pour les autres, c'est-à-dire pour ceux qui paient le prix le plus élevé de l'inconstitutionnalité, la voie indemnitaire serait fermée. Il y aurait là une forme de paradoxe, au point que l'on peut se demander si la reconnaissance d'une responsabilité ainsi limitée revêtirait encore un sens (52).

Certes, ces considérations sont avant tout dictées par la logique inhérente au droit administratif, et ce n'est qu'avec une infinie prudence qu'elles peuvent conduire à apprécier le régime décliné par l'article 62 de la Constitution. Mais nous vous avons déjà dit que l'intention du constituant semblait s'être limitée à régler un conflit de normes. Dans ce cadre, la « remise en cause des effets » de la loi inconstitutionnelle s'inscrit en pendant du principe de l'abrogation de cette loi ; les « effets » de la loi dont le Conseil constitutionnel peut prévoir la remise en cause paraissent donc couvrir ses seuls effets juridiques. Or de tels effets de droit doivent être distingués de leurs conséquences sur la situation des individus, qui peuvent prendre la forme d'un préjudice. Indemniser, ce n'est pas remettre en cause les effets juridiques, c'est tout au plus les compenser, réparer leurs conséquences.

Nous ne voyons donc, ni dans l'esprit ni dans la lettre de l'article 62 de la Constitution, ce qui permettrait de considérer que l'opposition entre abrogation et « remise en cause des effets passés » pourrait être désarticulée, en donnant à cette seconde notion une portée dépassant la stricte légalité. D'ailleurs, le délai réduit donné au Conseil constitutionnel pour statuer ne serait pas conciliable avec une lecture de ces dispositions qui lui conférerait un office plus général, dépassant le caractère objectif de la QPC.

Aligner la voie indemnitaire sur la remise en cause des effets passés de la loi vous conduirait donc à restreindre le droit au recours malgré l'absence de texte exprès, et hors décision explicite du Conseil constitutionnel. On peut ajouter que, dans certains cas, ce défaut d'explicitation serait bien délicat à interpréter. Notre espèce en fournit un exemple : la décision QPC du 1^{er} août 2013 a partiellement remis en cause les effets passés de l'ordonnance inconstitutionnelle, pour ceux qui étaient susceptibles de subir de tels effets (les sociétés qui n'avaient pas encore versé de participations), et pour ceux qui pouvaient s'en prévaloir (leurs salariés). Une telle remise en cause partielle des effets de l'ordonnance devrait-elle être regardée comme fermant toute hypothèse de recours indemnitaire, ou comme fermant seulement cette voie à certains justiciables ? Aucune réponse ne s'impose. Or, nous vous l'avons déjà dit, l'exclusion de l'indemnisation nous paraît devoir être claire, donc explicite.

Enfin, vous observerez qu'une approche alignée sur la remise en cause des effets de la loi induirait un régime de responsabilité à la fois éclaté, et moins favorable que celui qui est susceptible d'exister en application de votre jurisprudence *Gardedieu*. Dans ce cadre en effet, on peut imaginer que les requérants qui ne bénéficieraient pas de la remise en cause des effets de la loi inconstitutionnelle pourraient, à tout le moins, se prévaloir d'un régime de responsabilité du type de celui ouvert par votre jurisprudence *La Fleurette*. Ils pourraient alors demander réparation du préjudice grave et spécial découlant de l'inconstitutionnalité de la loi, sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques (53).

Mais, d'une part, il y aurait une forme d'artifice à appliquer un tel régime de responsabilité sans faute, pour réparer un préjudice résultant en réalité d'une loi inconstitutionnelle - les préjudices découlant de l'application d'une même loi se voyant, en outre, appliquer un régime différencié selon les requérants. D'autre part, selon que la méconnaissance du droit en cause serait constatée sur un terrain constitutionnel ou conventionnel, il pourrait alors exister une nette asymétrie en faveur de la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles. Au-delà du malaise suscité par une telle asymétrie, qui offrirait un reflet inversé à la hiérarchie des normes méconnues, on peut se demander quel pourrait être le devenir d'une telle approche, confrontée au droit au recours garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de Strasbourg a certes admis la modulation des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité opérée par le Conseil constitutionnel (54) ; mais il n'est pas certain qu'elle adopterait la même approche, s'agissant de sa transposition automatique au contentieux de la responsabilité.

4° Une approche déconnectant la question de la responsabilité de celle de la remise en cause des effets de la loi vous permettrait d'éviter ces écueils.

Elle consisterait à juger que le silence du Conseil constitutionnel sur la question indemnitaire laisse ouverte la possibilité de former une action en réparation du fait de l'inconstitutionnalité de la loi. Cette approche respecte la lettre de l'article 62, qui prévoit que, sauf précision apportée à ce sujet par la décision QPC, la loi inconstitutionnelle est seulement abrogée, ce qui signifie que ses effets juridiques passés demeurent, et qu'ainsi les préjudices qui ont pu découler de son inconstitutionnalité demeurent également. Ces préjudices, leur fait générateur se situe dans l'application de la loi inconstitutionnelle ; et, suivant la logique de votre jurisprudence *Driancourt*, dès lors qu'ils découlent de la méconnaissance d'une norme supérieure, ils appellent réparation.

Cette logique, dans sa simplicité, pourrait s'appliquer pareillement en cas d'abrogation différée. En effet, ce qui est alors repoussé dans le temps, c'est l'entrée en vigueur de la déclaration d'inconstitutionnalité, et non la reconnaissance de l'inconstitutionnalité elle-même. Il n'y aurait donc pas davantage matière, dans cette hypothèse, à faire jouer une approche en termes de « validation constitutionnelle ». Une telle approche, cantonnée à la situation de l'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité, aurait d'ailleurs pour effet regrettable de conduire à régler le sort d'un préjudice continu selon plusieurs régimes, successifs et distincts. Enfin, et en tout état de cause, vous noterez que le Conseil constitutionnel assortit fréquemment de tels différés d'abrogation d'une réserve transitoire, afin d'éviter l'application de la loi inconstitutionnelle en attendant sa modification par le législateur (55).

Nous vous invitons donc à juger que la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles pourra être engagée, pour autant que la décision du Conseil constitutionnel ne l'exclut pas expressément. Il ne nous paraît pas y avoir là une ouverture excessivement large d'un régime de responsabilité qui demeurera, en tout état de cause, très encadré.

Le premier pan de ce cadre, tout d'abord, découlerait des possibles indications de la décision QPC. Nous avons ici raisonné dans l'hypothèse du silence du Conseil constitutionnel sur la question de la responsabilité de l'État ; mais celui-ci pourra toujours apporter les tempéraments qu'il jugera nécessaires aux éventuelles actions indemnitaires susceptibles de reposer sur l'inconstitutionnalité de la loi. Il a déjà, au moins une fois, exclu expressément la possibilité d'exercer de telles actions pour le passé. L'occasion en a été sa décision QPC n° 2014-390 du 11 avril 2014, où il a déclaré inconstitutionnelles des dispositions du code de procédure pénale qui autorisaient, dans certains cas, la destruction des biens meubles saisis ; ce faisant, il a expressément jugé que cette déclaration d'inconstitutionnalité n'ouvrait droit « à aucune demande en réparation du fait de la destruction de biens opérés antérieurement à cette date ». Il y a là, pour le Conseil constitutionnel, un office qui, dépassant le seul fondement de l'article 62 de la Constitution, nous paraît relever plus généralement de celui de juge de l'exécution de ses propres décisions, et répond naturellement à la liberté qui lui a été laissée par le constituant(56). Dans ces

conditions, et au cas par cas, les décisions que vous rendrez dans les présentes affaires pourraient marquer le début d'un véritable dialogue des juges en la matière.

Le deuxième pan de ce cadre est également lié aux conséquences à tirer des décisions du Conseil constitutionnel, mais dans le cas bien particulier où l'objet des dispositions inconstitutionnelles revêt un caractère pécuniaire, qu'une action indemnitaire équivaldrait directement à remettre en cause. Dans cette hypothèse, les conclusions qui viseraient la réparation d'un préjudice financier résultant de l'application de la loi ne pourraient qu'être rejetées comme tendant, en réalité, à remettre en cause un effet de la loi cristallisé par la décision du juge constitutionnel. Il y aurait là une logique proche de celle que vous déclinez lorsque la voie indemnitaire conduirait à court-circuiter la voie contentieuse plus directement pertinente (57). Cette approche nous semble d'ailleurs pouvoir constituer une clé de lecture des décisions par lesquelles la CJCE et vous-mêmes avez considéré, dans vos contentieux respectifs, que la modulation des effets passés d'une disposition illégale s'opposait au versement, respectivement, d'une indemnisation et d'une provision (58).

Le troisième pan de ce cadre, c'est la prescription quadriennale, qui trouverait à s'appliquer sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968. Vous n'êtes pas tenus de trancher aujourd'hui la question du point de départ de ce délai. Mais vous observerez qu'en cas de préjudice causé par un règlement illégal, vous faites démarrer la prescription à la date où le dommage est constitué et connu, et non à celle où l'illégalité qui en est l'origine est révélée par le juge (59). L'ignorance légitime de la créance, au sens de l'article 3 de la loi, ne peut en effet jouer dans une situation où l'intéressé, en formant un recours, pouvait se prévaloir de l'illégalité de l'acte dès que celui-ci lui a été appliqué. Transposée à la QPC, cette approche conduirait à faire démarrer la prescription quadriennale au moment où l'application de la loi inconstitutionnelle a provoqué le dommage, non à la date de la décision du Conseil constitutionnel. Vous avez d'ailleurs d'ores et déjà jugé, en contentieux fiscal, qu'une décision d'inconstitutionnalité rendue en réponse à une QPC ne constituait pas, en elle-même, un événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation (60).

Le dernier pan de ce cadre consiste, enfin et bien sûr, dans la nécessité pour le requérant, de justifier du lien de causalité direct entre le préjudice invoqué et, non pas la loi en tant que telle, mais, strictement, son inconstitutionnalité. C'est d'ailleurs sur ce point, nous allons le voir pour finir, que se dénouent les trois espèces en cause.

IV. - Il faut en effet, pour terminer, faire application des principes que nous venons de dégager aux affaires qui vous sont soumises.

1^o En dénominateur commun, elles reposent sur la décision QPC du 1^{er} août 2013. Cette décision énonce, pour mémoire, trois éléments principaux.

Le Conseil constitutionnel, tout d'abord, a examiné la constitutionnalité de l'ordonnance du 21 octobre 1986 au regard de la portée conférée par la jurisprudence *Frantour*, et donc de la définition de l'entreprise publique fondée sur le critère de l'activité « purement commerciale » de la société. La décision QPC indique ainsi que cette interprétation n'a pas porté atteinte à des situations légalement acquises, ni aux principes d'égalité devant la loi et les charges publiques.

L'inconstitutionnalité relevée tient, en revanche, à la méconnaissance de l'étendue de sa compétence par le législateur, qui aurait dû définir lui-même le critère de soumission des entreprises publiques à l'obligation de participation. Et cette méconnaissance est regardée comme affectant, par elle-même, l'exercice de la liberté d'entreprendre (61).

Enfin, le Conseil constitutionnel précise que la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à la date de publication de sa décision. Toutefois, comme nous vous l'avons dit, la décision remet partiellement en cause les effets passés de l'ordonnance, pour cristalliser les situations entre personnes privées, y compris dans les instances en cours : ainsi, les entreprises concernées ne peuvent être amenées à verser des

sommes au titre de la période où les dispositions inconstitutionnelles étaient en vigueur ; mais elles ne peuvent, symétriquement, récupérer les sommes déjà versées aux salariés. Cette cristallisation fige la situation défavorable des sociétés qui avaient déjà été condamnées à verser ces rattrapages, comme nos deux sociétés requérantes ; et celle des salariés qui n'avaient pas encore pu obtenir de tels rattrapages, comme M. Laillat. Elle ne concerne aucunement, en revanche, l'hypothèse d'une réparation de la faute de l'État législateur par la puissance publique. Si vous nous suivez sur ce qui a précédé, vous jugerez donc que ce silence ne fait pas obstacle à ce que ces sociétés, et M. Laillat, invoquent devant vous une telle responsabilité.

2° Pour autant, vous ne pourrez faire droit à la demande indemnitaire des sociétés. En effet, comme l'a jugé la Cour, le préjudice qu'elles invoquent est dépourvu de lien de causalité direct avec l'inconstitutionnalité de la loi.

Cette inconstitutionnalité, nous l'avons dit, tient à la seule incompétence négative du législateur, en tant qu'elle a porté atteinte à la liberté d'entreprendre. Une telle incompétence, lorsqu'elle affecte les droits et libertés constitutionnellement garantis, doit certes bien être susceptible d'engager la responsabilité de l'État. En présence d'une décision administrative entachée d'incompétence, vous avez d'ailleurs jugé, faisant application de votre jurisprudence de section *Carliez* (62), que, pour apprécier le lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice invoqué, il appartient au juge de rechercher si la même décision aurait pu légalement être prise par l'autorité compétente (63). Les sociétés vous engagent à transposer ce raisonnement à la présente configuration, pour considérer que l'ordonnance, si elle en avait dit plus, aurait pu le faire dans un sens inverse de l'arrêt *Frantour*.

Une telle approche ne pourrait qu'être transposée avec une infinie prudence à la loi entachée d'incompétence, en raison de la marge de manoeuvre particulière inhérente à l'activité du législateur. Mais, en tout état de cause, elle ne peut s'appliquer dans notre configuration, où le vide législatif a été comblé par le juge judiciaire, et son interprétation, ensuite validée par le Conseil constitutionnel. Dans ce cadre en effet, seule l'atteinte à la liberté d'entreprendre a été relevée, et celle-ci est sans lien direct avec l'obligation de verser des sommes au titre de la participation. Comme il découle du commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* de la décision QPC du 1^{er} août 2013, les seuls préjudices directement liés à l'atteinte à la liberté d'entreprendre seraient ceux qui ont résulté, pour les sociétés, de la difficulté à anticiper les coûts inhérents au mécanisme de participation, par une stratégie commerciale et financière adaptée, intégrant ces coûts dans leurs prix, et les provisionnant.

Mais tels ne sont pas les préjudices invoqués dans les deux affaires, où les sociétés se réfèrent strictement au montant des participations qu'elles ont été condamnées à verser. La société *Hôtelière Paris Eiffel Suffren* évoque également les intérêts moratoires qu'elle a dû payer, mais il nous semble que de tels intérêts se sont limités à compenser l'érosion monétaire, de façon non préjudiciable, afin de remettre les parties dans la situation qui aurait été la leur si les participations avaient été versées dès l'origine ; la somme assortie des intérêts est ainsi supposée être équivalente, au regard du temps écoulé, à celle qui aurait dû être versée plus tôt en application de la loi (64).

La Cour, dont les arrêts sont suffisamment motivés, n'a donc pas inexactement qualifié les faits de l'espèce en jugeant qu'il n'existait pas de lien de causalité direct entre la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence et les préjudices dont les sociétés requérantes faisaient état.

Enfin, ces sociétés soutiennent que les juges d'appel ont commis une erreur de droit en refusant de considérer que l'imprécision de la loi les avait privées d'une chance d'être regardées comme des entreprises publiques - et ainsi d'être exclues du régime de la participation des salariés. Mais vous comprendrez de ce qui précède qu'un tel préjudice ne saurait davantage être indemnisé au regard de l'inconstitutionnalité relevée en l'espèce, limitée à l'atteinte à la liberté d'entreprendre.

3° Le pourvoi de M. Laillat constitue, enfin, l'exact pendant des deux précédentes affaires, du côté des salariés. Le requérant se plaint de ce qu'après la décision du Conseil constitutionnel, qui neutralisait les

instances civiles en cours, il n'a pu bénéficier de la participation à laquelle il avait pourtant droit. Il n'est en effet pas contesté qu'en vertu de la jurisprudence *Frantour*, la société employant M. Laillat devait être regardée comme entrant dans le champ de l'obligation de participation, et ce avant même son inscription sur la liste des entreprises publiques soumises à ces dispositions, en 2001 (65).

M. Laillat a donc demandé la condamnation de l'État à l'indemniser du préjudice résultant du défaut de versement de la participation qui lui était due. Dans ce cadre, il invoquait devant la Cour trois terrains de responsabilité : l'inconstitutionnalité des dispositions législatives, leur inconvencionnalité, et enfin l'illégalité de leur décret d'application, qui n'avait pas, avant 2001, inclus son employeur dans le champ des entreprises publiques concernées.

La Cour a écarté ces trois terrains l'un après l'autre, sans retenir toutefois le motif qui nous paraît déterminant. Celui-ci tient au fait que c'est en réalité, et plus simplement, la décision du Conseil constitutionnel du 1^{er} août 2013 qui a fait obstacle aux versements. C'est d'ailleurs bien ce qui ressort des termes du jugement du tribunal de grande instance, daté du 9 septembre 2014, qui a débouté M. Laillat de sa demande en se référant à cette décision. Suivant la logique de la causalité adéquate, la décision QPC nous semble faire écran entre, d'une part, le décret et l'ordonnance et, d'autre part, l'absence de versement des participations (vous noterez, d'ailleurs, que l'ordonnance, telle qu'interprétée par la Cour de cassation, aurait dû, au contraire, permettre ces versements, indépendamment des dispositions du décret).

Dans cette configuration bien particulière, vous pourrez donc retenir ce motif pour juger que la Cour n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce en refusant d'admettre un lien de causalité direct entre l'inconstitutionnalité de la loi et le préjudice invoqué par M. Laillat. Et cela pourra enfin vous conduire, s'agissant de l'inconvencionnalité de la loi et de l'illégalité du décret du 26 novembre 1987, à opérer une substitution de motifs en cassation. Vous pourrez en effet vous limiter à constater qu'en l'absence de lien de causalité entre ces textes et le préjudice invoqué, la responsabilité de l'État ne saurait être engagée à raison de leur inconvencionnalité ou de leur illégalité, en tout état de cause. La question n'emportant l'appréciation d'aucune circonstance de fait nouvelle, elle se prête à une telle substitution de motifs en cassation (66).

Par ces motifs nous concluons au rejet des trois pourvois.

TC, 11 mars 2019, M^{me} D

Considérant que Mme F...C..., épouse D..., est devenue propriétaire, par héritage, de titres d'emprunt russes ; qu'après avoir assigné devant le tribunal de grande instance de Paris la Fédération de Russie pour obtenir paiement de la somme à laquelle elle estime que ces titres lui donnent droit, elle a assigné en intervention forcée dans la même instance la République française, aux fins d'obtenir la condamnation solidaire de la Russie et de la France à lui payer la somme qu'elle réclame ; que, par une ordonnance du 4 décembre 2018, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris a admis l'intervention volontaire de l'Agent judiciaire de l'Etat et renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de déterminer quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître du litige qui oppose Mme D... à l'Etat français ;

Considérant que Mme D... soutient que la France aurait, en s'abstenant de faire pression sur la Russie pour protéger les intérêts des détenteurs français de titres d'emprunt russes puis en concluant avec la Russie l'accord du 27 mai 1997, qui a notamment entendu procéder au " règlement complet et définitif " de la question dite des " emprunts russes ", commis des fautes qui sont à l'origine du préjudice qu'elle subit en étant privée de la somme à laquelle elle estime avoir droit ; que le préjudice ainsi invoqué n'est pas détachable de la conduite des relations entre la France et la Russie et ne saurait par suite engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la faute ; que la juridiction administrative et la juridiction judiciaire sont l'une et l'autre incompétentes pour en connaître ;

Considérant que Mme D... soutient par ailleurs qu'elle entend aussi poursuivre la responsabilité de l'Etat, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, en réparation du préjudice qu'elle estime subir du fait de l'accord franco-russe du 27 mai 1997 ; qu'il n'appartient qu'à la juridiction administrative de connaître d'une telle demande ;

A. DE MONTIS, « Faut-il vraiment étendre le régime de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement ? », DA, 2016, étude 4.

« S'il faut encore admettre que des individus soient sacrifiés à la raison d'État écartant la protection juridictionnelle en matière de légalité, qu'on accorde au moins à ces individus la compensation pécuniaire du sacrifice qui leur est imposé »^{Note 1}.

« Si l'on analyse l'acte de Gouvernement, il apparaît porteur d'une décision politique que l'habillage juridique ne peut pas complètement masquer »^{Note 2}.

Des évolutions juridiques récentes relatives à la notion même d'acte de Gouvernement et à la responsabilité de la puissance publique relancent une réflexion ancienne en droit administratif : faut-il maintenir l'immunité contentieuse des actes de Gouvernement ? Sans nul doute, il existe un intérêt juridique à établir une responsabilité sans faute de la puissance publique. L'instauration d'une responsabilité pour faute pourrait même d'ailleurs se poser. Cependant, la nature spécifique des actes de Gouvernement impose de ne pas seulement prendre en compte des éléments juridiques pour apporter une réponse ferme à la question posée. En effet, des considérations pratiques vont fortement nuancer l'intérêt juridique d'une extension de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement.

1. - En 2003, le doyen Louis Favoreu dresse un bilan sévère de l'acte de Gouvernement. Il affirme que « cette notion liée à la conception traditionnelle de la justice administrative n'est plus en harmonie avec le droit positif ; qu'elle n'a pas de cohérence ; qu'elle est sans fondement théorique et enfin qu'elle est inutile »^{Note 3}. René Chapus expliquait déjà en 1958 que l'expression « tombe sous le coup d'une réprobation quasi générale et presque instinctive »^{Note 4}. En effet, depuis son apparition au sein du paysage juridique français, l'acte de Gouvernement a toujours suscité la controverse. Certains auteurs ont souhaité qu'il disparaisse tandis que d'autres ont préféré le justifier. Une autre voie, médiane, a consisté à en limiter les effets juridiques après en avoir constaté l'existence^{Note 5}. Les débats doctrinaux sont toujours aussi intenses aujourd'hui.

2. - L'acte de Gouvernement est un concept transversal, intéressant plusieurs matières : le droit administratif, le droit constitutionnel et le droit international. Son étude s'avère relativement complexe car, d'une part, sa définition n'est pas invariable (elle ne fait pas l'objet d'un consensus) et car, d'autre part, sa notion et son régime juridique se confondent. En synthétisant les principaux écrits en la matière, l'acte de Gouvernement apparaît comme une « manifestation de volonté » qui peut « se traduire par des mesures, des faits, des interventions ou des actions »^{Note 6} dans deux domaines précis : les rapports des pouvoirs publics constitutionnels entre eux et les relations internationales de la France. La liste des actes de Gouvernement est très hétérogène^{Note 7} ce qui freine toute tentative de systématisation. Citons, pour ne prendre que quelques exemples représentatifs de cette diversité, la décision de mettre en œuvre « les pouvoirs exceptionnels » en application de l'article 16 de la Constitution^{Note 8} ; la décision du Président de la République de reprendre les essais nucléaires^{Note 9} ; ou encore le refus de déposer un projet de loi^{Note 10}. L'acte de Gouvernement est pris par des autorités gouvernantes (Président de la République, Premier ministre,...), dans les « matières que le juge estime comme “de Gouvernement” (...) et qui échappent au contrôle des juridictions judiciaires et administratives, les unes comme les autres étant incompétentes pour le connaître »^{Note 11}.

3. - Le point qui cristallise toutes les critiques au sujet de l'acte de Gouvernement est bien évidemment celui de son immunité contentieuse. Dans un arrêt du 4 février 2015, la Cour de cassation a rappelé que cette immunité juridictionnelle a été « reconnue par le juge administratif sans le soutien d'une disposition législative »^{Note 12}. Autrement dit, les fondements de cette immunité ne sont pas textuels. Plusieurs théories, reposant sur des éléments juridiques mais aussi et surtout politiques^{Note 13}, ont toujours été présentées pour justifier cette spécificité. Concrètement, cela signifie que dès qu'un tel acte est identifié, le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux sont aussitôt exclus^{Note 14}. Alors que l'arrêt *Blanco*^{Note 15} avait mis fin au principe d'irresponsabilité de l'État dès 1873 – la responsabilité n'étant désormais plus « ni générale ni absolue » – il subsiste encore aujourd'hui un îlot d'irresponsabilité^{Note 16}. La plupart des auteurs ont toujours souhaité limiter cette immunité contentieuse, de prime abord contestable^{Note 17}. Si l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir a dans l'ensemble plutôt été exclue^{Note 18}, l'établissement d'un régime juridique de responsabilité a, en revanche, rapidement été proposé. Précisément, il s'agirait d'une responsabilité sans faute. Celle-ci, d'ordre public, permet à la victime de ne pas avoir à rapporter la preuve d'une faute de l'Administration (il suffit de réunir l'existence d'un préjudice et d'un lien causal en rapport avec le fait générateur). En particulier, les auteurs se sont prononcés en faveur d'un régime de responsabilité fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. Ce principe d'égalité est consacré à l'article 13 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans cette hypothèse, les personnes publiques font supporter une charge particulière à un administré au nom de l'intérêt général. L'égalité devant les charges publiques étant rompue – de façon légale –, le juge administratif octroie une indemnité à l'administré afin de réparer cette situation^{Note 19}. Dans ce cadre, il est nécessaire de justifier d'un préjudice « anormal » (celui qui dépasse une charge classique ou normale de la vie en société) et « spécial » (il ne doit pas concerner un nombre trop important d'administrés ou de catégories d'administrés). Ce régime a été consacré pour des faits^{Note 20}, des actes administratifs^{Note 21}, mais aussi, et c'est ce qui retiendra notre attention, pour la loi en 1938 (arrêt *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*^{Note 22}), la convention internationale en 1966 (arrêt *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*^{Note 23}) et la coutume internationale en 2011 (arrêt *Mme Saleh*^{Note 24}). Ces dernières échappent pourtant au contrôle de légalité du juge administratif. En plus des conditions d'engagement précédemment décrites, il faut ici prendre en compte la volonté de l'auteur de ces normes qui ne doivent pas pouvoir être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation. En outre, la convention internationale doit avoir été régulièrement introduite dans l'ordre interne tandis que la coutume doit être applicable.

4. - L'intérêt de cette construction jurisprudentielle réside dans le fait qu'elle permet à un administré de bénéficier d'indemnités lorsqu'il a subi un préjudice qualifié, sans demander au juge de se prononcer sur la validité juridique de l'acte ou de la mesure en question. Dès lors, elle pourrait être adaptée pour l'acte de Gouvernement. En effet, sa spécificité explique que sa légalité puisse échapper au juge, mais son existence a pu causer un fait dommageable qu'il serait impérieux de réparer au nom du principe d'égalité devant les charges publiques. Cette réflexion – consistant à s'interroger sur le point de savoir si le recours subjectif doit toujours être fermé aux administrés – ne semble *a priori* pas novatrice. Pourtant, elle mérite d'être renouvelée en raison de plusieurs évolutions juridiques récentes qui ont directement une influence sur la question. Si une étude purement théorique de ces éléments confirme l'intérêt juridique d'une transposition de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement (1), la prise en compte additionnelle de considérations pragmatiques vient atténuer cette nécessité (2).

1. La transposition de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement, une solution de prime abord convaincante

5. - Il s'agit ici de synthétiser les principaux arguments en faveur d'une extension de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement. Les thèses anciennes et traditionnelles seront brièvement rappelées mais il convient surtout de présenter les nouveaux éléments qui permettent de relancer la réflexion. Le postulat commun est le suivant : une analogie mériterait d'être réalisée entre la loi (et la convention internationale) d'une part, et l'acte de Gouvernement d'autre part. Ainsi, dans toutes ces hypothèses, le juge administratif pourrait désormais indemniser les administrés dès que les conditions d'engagement de la responsabilité exigées sont remplies.

6. - **Recensement des principaux arguments traditionnels** . – Un des premiers arguments a été défendu dès 1938. Il a été présenté à l'époque pour étendre la responsabilité du fait des lois aux conventions internationales^{Note 25}. Concrètement, la responsabilité de l'État du fait de la loi « obéit aux mêmes règles et est appréciée suivant les mêmes méthodes que la responsabilité de l'Administration. Elle n'est qu'un aspect d'un système d'ensemble reposant tout entier sur l'idée d'égalité devant les charges publiques »^{Note 26}. Autrement dit, un socle commun serait représenté par la violation du principe d'égalité. Cette base s'adapterait ensuite indifféremment à plusieurs catégories d'actes : la loi, la convention internationale et, pour notre analyse, l'acte de Gouvernement^{Note 27}. La responsabilité de l'État pourrait donc être plus souvent engagée. Les risques d'un alourdissement massif des finances publiques semblent bien limités au vu des conditions étroites d'engagement de cette responsabilité^{Note 28} (à ce jour, seules quatre hypothèses ont été recensées pour les lois^{Note 29} et trois pour les conventions internationales^{Note 30}). Dès lors, si son application est maîtrisée, pourquoi ne pas accepter l'ouverture du plein contentieux aux administrés lésés par un acte de Gouvernement ?^{Note 31}.

7. - Cette extension permettrait de régler la critique la plus ancienne formulée à l'égard des actes de Gouvernement, celle du déni de justice et, *in fine*, de « l'inachèvement » d'un État de droit^{Note 32}. Cet argument revêt en plus une intensité particulière à la lumière du droit européen. Depuis les années 1990 et 2000, les articles 6 (consacrant le droit au procès équitable) et 13 de la convention européenne des droits de l'homme (relatif au droit à un recours effectif) déploient tous leurs effets au sein de l'ordre juridique français. Ces deux dispositions détaillent les droits et les garanties des administrés en matière juridictionnelle. Grâce au contrôle de conventionnalité des actes administratifs^{Note 33} et des lois^{Note 34}, le respect de ces exigences pèse donc sur les autorités lorsqu'elles édictent des actes, prennent des décisions ou suivent un certain comportement. Or, simplement, si l'acte de Gouvernement échappe à toute discussion contentieuse, cela veut dire qu'un administré ne pourra ester en justice ni pour en contester sa légalité, ni pour en obtenir réparation. Le « droit au juge » ne serait ainsi pas complètement effectif. Certains auteurs ont donc mis l'accent sur une incompatibilité entre la convention européenne des droits

de l'homme et la théorie des actes de Gouvernement^{Note 35}. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement qu'un individu doit pouvoir porter ses contestations devant un juge^{Note 36}.

8. - Toujours dans une perspective comparatiste, Xavier Dupré de Boulois a lui estimé que la théorie des actes de Gouvernement ne résistait pas « à l'épreuve du droit communautaire ». Pour étayer sa thèse, il s'est employé à faire des analogies entre le droit communautaire et le droit français pour démontrer qu'un contrôle juridictionnel de certains actes de Gouvernement est largement envisageable et surtout souhaitable. « La juridiction communautaire est régulièrement saisie de la validité d'actes des institutions de la Communauté qui sont qualifiés d'actes de Gouvernement en droit français. Or, elle se déclare compétente pour en apprécier la validité et en réparer les conséquences préjudiciables »^{Note 37}.

9. - Enfin, en observant les pratiques d'autres États, la particularité française est vraiment remarquable. Si la méthode comparatiste doit toujours être opérée avec méfiance^{Note 38}, il faut tout de même constater que les actes de Gouvernement sont soumis à l'étranger à un contrôle juridictionnel. En Espagne, une réforme a ainsi été adoptée en 1998 pour soumettre tous les actes édictés par le Gouvernement au contrôle du juge^{Note 39}. Dans cet État mais aussi en Allemagne et en Italie, des « procédures de résolution des conflits entre organes constitutionnels [sont] ouvertes devant le juge constitutionnel, et permett[en]t aux organes constitutionnels d'obtenir la défense de leurs attributions constitutionnelles face aux atteintes que sont susceptibles d'y porter leurs homologues »^{Note 40}. Ces actes, qualifiés par certains auteurs « d'actes constitutionnels institutionnels »^{Note 41} sont donc justiciables, ce qui n'est pas le cas dans l'hexagone. Pour les actes constitutionnels « individuels », les requérants bénéficient de voies contentieuses protectrices tels que « le recours direct »^{Note 42} ou encore « l'amparo ». Rappelons qu'en France, la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas une voie contentieuse directe pour les administrés et qu'elle ne permet pas l'examen des actes de Gouvernement (ni d'ailleurs l'engagement de la responsabilité du fait de l'inconstitutionnalité d'une loi, V. *infra*).

10. - Analyse des évolutions juridiques récentes. – Plusieurs évolutions juridiques récentes démontrent l'opportunité d'une extension de la responsabilité de la puissance publique du fait des lois aux actes de Gouvernement. **Concernant l'engagement de la responsabilité de la puissance publique,** le juge administratif a théoriquement étendu les possibilités de réparer le préjudice dans l'hypothèse de la responsabilité sans faute du fait de la loi^{Note 43} en 2005 dans un arrêt *Ax'ion*^{Note 44}. Camille Broyelle explique que « désormais, dans le silence de la loi, la réparation des dommages graves et spéciaux en résultant est de plein droit. Quand elle n'est pas explicite sur la question indemnitaire, la loi se trouve ainsi enserrée dans un régime de responsabilité, comme un simple acte administratif »^{Note 45}. **Ensuite, le célèbre arrêt *Gardedieu*, rendu en 2007, établit un autre fondement à la responsabilité du fait de la loi** ^{Note 46} : « la méconnaissance des engagements internationaux de la France ». Dans cette hypothèse, il n'est plus nécessaire de prouver un préjudice qualifié, c'est l'ensemble des préjudices qui peuvent être réparés. La doctrine est divisée sur le régime juridique établi^{Note 47}. En suivant la thèse selon laquelle la méconnaissance d'une norme supérieure constitue une illégalité et qu'il s'agit donc d'une responsabilité pour faute, la loi est considérée comme fautive, ce qui contribue à la désacraliser et, *in fine*, à la banaliser. Ces deux fondements de la responsabilité du fait des lois ont d'ailleurs été repris dans un arrêt récent^{Note 48}, preuve en est de leur actualité. Dès lors, Stéphanie Hennette-Vauchez estime que « l'ensemble [constitué par ces deux arrêts] sera analysé comme augmentant potentiellement la pression exercée par la normativité internationale sur le droit national de la responsabilité, et susceptible dès lors de mener à une multiplication future des cas d'engagement de la responsabilité de la puissance publique à raison de son action normative^{Note 49}. À ce titre, depuis quelques années justement, des réflexions sont émises pour établir une responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle^{Note 50}. L'idée serait simplement de prolonger l'arrêt *Gardedieu* : si l'État peut être responsable en raison d'une

méconnaissance par le législateur des engagements internationaux de la France, pourquoi ne pourrait-il pas l'être également lorsque c'est la Constitution qui est cette fois méconnue ? Dans la première comme dans la seconde hypothèse, la loi n'a pas respecté les normes qui lui étaient supérieures. Si un préjudice en a résulté, pourquoi ne pas autoriser le juge administratif à en tirer des conséquences et indemniser les requérants ayant subi un préjudice du fait du comportement illicite du législateur ? L'instauration du contrôle *a posteriori* (autre évolution juridique récente), invite effectivement à réfléchir sur l'instauration d'une responsabilité de l'État du fait de « son activité législative ». Dans le cadre de la responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle, l'hypothèse serait la suivante : une fois la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel, le juge administratif pourrait reconnaître le préjudice et le réparer. La légalité et la responsabilité seraient alors détachées et réparties entre les juges.

11. - En reprenant ces différents éléments, il apparaît donc qu'il y a une dynamique favorable à une application plus régulière de la responsabilité du fait des lois, à la fois sur le fondement de la jurisprudence *La Fleurette* (grâce à l'arrêt *Ax'ion*, l'engagement de la responsabilité de l'État pour rupture d'égalité devant les charges publiques est facilité) que sur celui de la jurisprudence *Gardedieu* (qui offre un fondement alternatif à l'engagement de la responsabilité du fait des lois et qui pourrait éventuellement être étendue aux lois inconstitutionnelles). Cet effet d'entraînement pourrait profiter aux actes de Gouvernement.

12. - En effet pour notre étude, nous pourrions envisager de transposer ces régimes de responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement. Si la responsabilité de l'État est engagée en raison du comportement illicite du législateur, pourquoi ne pas accepter qu'il en aille de même lorsque ces comportements sont ceux des autorités gouvernantes ? Il est théoriquement envisageable que ces dernières édictent un acte de Gouvernement ou suivent un comportement contraire aux engagements internationaux de la France ou à la norme suprême. À titre d'exemple, lorsque le Président de la République a décidé de reprendre les essais nucléaires en 1995 (arrêt *Greenpeace*), cet acte de Gouvernement a pu aller à l'encontre d'engagements internationaux^{Note 51}. Autre illustration, en reprenant l'hypothèse de l'affaire *Radio-Andorre*^{Note 52}, nous pouvons imaginer que l'acte de Gouvernement en question – l'ordre de brouiller les émissions de radio d'une station qui utilisait des fréquences attribuées à des nations étrangères (ce qui était contraire à des conventions internationales liant la France à d'autres États) – ait porté atteinte à la liberté d'expression, protégée par le préambule. Enfin, dernier exemple, les « pouvoirs de crise », définis à l'article 16 de la Constitution, pourraient avoir été pris en méconnaissance de cette disposition.

13. - **Le second point démontrant l'intérêt de cette extension porte non plus sur le volet « responsabilité de la puissance publique » mais sur l'acte de Gouvernement lui-même.** – Un des arguments phare servant à refuser tout contrôle juridictionnel des actes de Gouvernement est en train de se fragiliser. En effet, il est régulièrement allégué que l'immunité contentieuse des actes de Gouvernement se justifie par la souveraineté de l'État. Il arrive en effet que soient directement en cause des prérogatives régaliennes comme le fait par exemple d'autoriser les avions militaires américains et britanniques qui accomplissent des missions en Irak à emprunter l'espace aérien français^{Note 53} ou encore la décision par laquelle le Gouvernement suspend unilatéralement un traité^{Note 54}.

14. - C'est d'ailleurs pour cette raison initiale que la loi et la convention internationale ont été longtemps soustraites à la vigilance du juge du plein contentieux. La première émanait d'un souverain, le Parlement, tandis que la seconde symbolisait l'accord d'au moins deux États sur des domaines qu'ils choisissaient librement de mutualiser. Il n'était donc pas question d'admettre un préjudice résultant de l'action de légiférer ou de la conduite des relations diplomatiques, qui reflètent la souveraineté étatique. Sous la

Vème République, grâce à l'arsenal de mesures juridiques consacrées visant à cadrer la loi et le Parlement, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel considérant que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution^{Note 55} » et celle du Conseil d'État, reconnaissant la suprématie de la Constitution sur les engagements internationaux^{Note 56}, l'argument fondé sur la souveraineté de l'État avait déjà perdu de son intensité pour ces deux catégories d'actes^{Note 57}.

15. - Il se pourrait qu'il en aille de même pour les actes de Gouvernement, à la lumière d'un arrêt rendu par le juge administratif. Le 8 octobre 2003^{Note 58}, la cour administrative d'appel de Paris a admis que l'État puisse être condamné à réparer « un préjudice dont l'origine est située par le requérant dans des dispositions législatives, même de nature constitutionnelle ». Autrement dit, une disposition constitutionnelle peut faire naître un préjudice pour le requérant qui a la possibilité, de ce fait, d'en obtenir réparation dès que les conditions exigées sont remplies. La jurisprudence *La Fleurette* s'applique donc désormais aux lois ordinaires, organiques et constitutionnelles. Or, la Constitution est l'expression même d'un État : elle régit l'exercice de la souveraineté, fonde la validité de l'ordre juridique d'un État et énonce des droits et des valeurs^{Note 59}. Dès lors, l'arrêt *Mme Demarets* pose une pierre importante à la construction d'un régime juridique de responsabilité pour des actes touchant à la souveraineté de l'État.

16. - Plusieurs indicateurs attestent donc de l'intérêt juridique d'une transposition de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement. Cependant, la spécificité de ces actes impose de ne pas seulement prendre en compte des critères juridiques pour vérifier l'utilité de cette thèse. Des données pratiques doivent ici nécessairement être ajoutées afin d'obtenir une réponse complète. Après une analyse plus concrète de la situation, l'opportunité d'une extension est finalement moins convaincante.

2. Le maintien de l'immunité juridictionnelle des actes de Gouvernement : une solution finalement justifiée

17. - En réalité, il n'est pas certain qu'une extension de la responsabilité du fait des lois aux actes de Gouvernement soit si opportune. L'expression d'acte de Gouvernement fait apparaître l'abîme qui peut exister en droit entre les réflexions théoriques et leur intégration concrète. Cette constatation n'est d'ailleurs pas surprenante en pareille matière puisque les deux domaines de prédilection des actes de Gouvernement sont les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels (régis essentiellement par le droit constitutionnel) et ceux de la France avec d'autres États (régis essentiellement par le droit international). Or, ces deux droits laissent une part élevée à la pratique. Ainsi, la situation actuelle – consistant à offrir une immunité contentieuse totale aux actes de Gouvernement – pourrait se présenter comme satisfaisante. En effet, les arguments précédemment exposés peuvent être facilement renversés mais encore et surtout, il convient d'envisager le problème sous un angle plus « politique ».

18. - Tout d'abord, en raison de la nature même de l'acte de Gouvernement, une pure transposition du régime juridique de responsabilité applicable aux lois n'est pas adaptée. L'analogie entre ces deux actes n'est qu'apparente. En effet, la loi et la convention internationale répondent à des définitions juridiques précises et invariables. La loi est une norme générale et impersonnelle adoptée par le Parlement, portant sur les matières expressément énoncées à l'article 34 de la Constitution. La convention internationale est un accord conclu entre deux ou plusieurs États en vue de produire des effets juridiques dans leurs relations mutuelles. L'acte de Gouvernement lui, ne possède aucune définition claire : « on peut bien dresser le catalogue des actes de Gouvernement ; mais on ne peut pas définir la catégorie des actes de Gouvernement, sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa fonction »^{Note 60}.

19. - De plus, la loi et la convention internationale^{Note 61} sont édictées en suivant une procédure formelle précise. Ce n'est, il est vrai, qu'au terme d'un processus législatif inscrit dans la Constitution et les

règlements parlementaires que la loi peut naître et entrer dans l'ordre juridique. Le constat vaut également pour la convention. De même, un acte administratif est soumis à des règles de légalité externe et interne. La validité juridique de ces normes peut donc être examinée et, *in fine*, leur place dans la hiérarchie des normes est strictement identifiée. Ce n'est évidemment pas le cas de l'acte de Gouvernement.

20. - Pourtant, des auteurs ont toujours souhaité que la légalité, au moins externe, de l'acte de Gouvernement soit contrôlée^{Note 62}. Toutefois, même dans l'hypothèse où la légalité serait examinée, cela ne voudrait pas dire pour autant qu'il en résulterait un dommage ouvrant droit à réparation. En effet, le principe selon lequel toute illégalité ne conduit pas nécessairement à une indemnité s'appliquerait également à l'acte de Gouvernement. Concrètement, si une illégalité externe entache l'acte administratif, elle ne constituera pas forcément la cause du dommage pour le requérant dès lors que l'acte est justifié, autrement dit, légal sur le fond^{Note 63}. Quoi qu'il en soit, pour l'heure, aucun juge n'est compétent pour en apprécier la légalité. D'ailleurs, l'argument selon lequel le Conseil constitutionnel pourrait être chargé d'examiner les « actes constitutionnels institutionnels »^{Note 64} est encore moins convaincant du fait de l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité. Si cette nouvelle mission lui était attribuée grâce à une modification de la Constitution, des problèmes pratiques en résulteraient probablement. En effet, il lui serait de plus en plus compliqué de respecter les délais strictement définis dans la norme suprême pour tous les types de contrôles. D'ailleurs, dans cette hypothèse, il s'agirait de remplacer une incertitude (quant à la définition des actes de Gouvernement) par une autre (la distinction entre les actes constitutionnels « individuels » et « institutionnels »^{Note 65}).

21. - La « QPC » risque d'amoinrir l'intérêt de la responsabilité sans faute du fait des lois. En effet, si la loi qui leur porte préjudice est reconnue inconstitutionnelle par les juges du Palais de Montpensier, les requérants pourraient former un recours en responsabilité du fait d'une loi inconstitutionnelle sur le fondement d'une responsabilité non plus sans faute mais pour faute^{Note 66}.

22. - En admettant que cette responsabilité du fait d'une loi inconstitutionnelle soit consacrée, le fait de réserver au juge constitutionnel la déclaration d'inconstitutionnalité et au juge administratif la reconnaissance du préjudice n'est pas satisfaisant. Est-ce vraiment judicieux de séparer de cette manière la légalité d'une part, la responsabilité d'autre part ?^{Note 67}. À ce sujet, une autre interrogation peut d'ailleurs être soulevée au sujet de la responsabilité de l'État du fait de son action législative : est-ce réellement possible d'envisager un régime commun de responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles et inconstitutionnelles ? La loi est toujours envisagée en France comme une norme spécifique très symbolique et le régime juridique de responsabilité issu de l'arrêt *Gardedieu* est incertain. Il est donc compliqué d'envisager son extension à la loi puis à l'acte de Gouvernement car cette dernière notion est déjà en elle-même relativement ambivalente.

23. - L'absence d'analogie entre la loi/la convention internationale et l'acte de Gouvernement réside aussi dans la faible part de normativité et de la forte « composante décisionniste »^{Note 68} que ce dernier comporte. Selon Pierre Serrand, il y a « une association de la norme et de la décision (...) dans l'acte de Gouvernement »^{Note 69}. Il indique que « la part de la norme juridique, lorsqu'elle existe, est très faible, elle laisse par conséquent une grande place à la libre décision, à la décision politique »^{Note 70}. Les différentes décisions prises sont « le reflet de la préférence de leurs auteurs »^{Note 71}. Et en effet, si l'on pense à la décision de nommer une personnalité plutôt qu'une autre membre du Conseil constitutionnel^{Note 72} ; à la décision de déférer ou non une loi ordinaire au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution^{Note 73} ; à la décision ou le refus de signer ou de ratifier un accord international^{Note 74}, toutes ces décisions reflètent effectivement un choix réalisé à un moment donné en fonction de certaines opportunités et sans appliquer une norme préétablie.

24. - Cette thèse, relativement convaincante, vient confirmer que les autorités gouvernantes doivent disposer d'une certaine souplesse dans leurs actions et que tout ne peut être juridictionnalisé. D'ailleurs, le juge administratif a pu librement décider de conserver l'irresponsabilité de l'État du fait d'opérations militaires, de « faits » ou d'« événements de guerre »^{Note 75} parce qu'il est nécessaire en ces domaines de protéger les décisions des gouvernants. Cette activité, régaliennne, est donc soustraite au regard du juge administratif.

25. - Si « la politique est saisie par le droit » comme l'a démontré le doyen Louis Favoreu^{Note 76}, le droit est également saisi par la politique. Pour les actes de Gouvernement, la difficile harmonisation de ces deux concepts transparait de manière éclatante. À ce jour, leur conciliation aboutit à ce que la donnée politique prime et rende l'acte injusticiable. Les rapports des pouvoirs publics constitutionnels et des États entre eux sont certes régis par « l'écrit » (la Constitution, les traités, les lois, les règlements parlementaires) mais aussi, et c'est essentiel, par des « normes non écrites » telles que des conventions, des coutumes, des usages et des précédents.

26. - Le juge administratif a déjà intégré la nécessité de trouver un équilibre entre ces deux aspects que sont le droit et la politique. Il a ainsi dégagé la théorie de « l'acte détachable » dès 1924^{Note 77}. Grâce à cette technique, il accueille un recours pour excès de pouvoir et même un recours de plein contentieux dirigé contre un acte lorsque celui-ci, administratif, permet au juge de ne pas connaître des rapports du Président de la République avec le Parlement ou avec le Gouvernement. Il s'agit par exemple du refus du Premier ministre de procéder à une délégalisation au titre de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution^{Note 78} ou de son choix de charger un sénateur identifié d'une mission temporaire^{Note 79}. De la même manière, sur le plan des relations internationales, « une distinction est (...) faite entre les affaires dont le juge ne pourrait connaître sans s'immiscer dans les relations extérieures de l'État (...) et celles qui, en dépit de leur arrière-plan international, apparaissent comme les affaires propres du Gouvernement français, c'est-à-dire comme des affaires d'ordre interne »^{Note 80}. À titre d'exemple, si la nomination par les autorités françaises d'une personnalité à un poste de juge doit être validée en dernier lieu par une institution internationale, l'acte en question sera un acte de Gouvernement^{Note 81}. Si cette nomination n'avait nécessité aucune confirmation, l'acte aurait été administratif. La théorie de l'acte détachable comporte une certaine part de subjectivité. Il ne s'agit pas d'une donnée certaine mais, une fois encore, cette qualité permet de s'adapter à la nature particulière de l'acte de Gouvernement, acte juridique mais aussi et surtout politique. Lorsque le juge décide volontairement de conserver un noyau dur d'actes injusticiables, c'est parce que la théorie des actes de Gouvernement est justifiée et qu'il n'est pas utile ou souhaitable qu'il intervienne^{Note 82}.

27. - D'ailleurs, en réalité, la notion d'acte de Gouvernement n'est pas incompatible avec l'État de droit. La Cour européenne des droits de l'homme l'a même solennellement reconnu dans un arrêt du 14 décembre 2006, *Markovic et autres c/ Italie*^{Note 83}. Elle a considéré qu'il suffisait qu'un requérant puisse accéder à un juge et non pas que celui-ci examine le bien-fondé de la requête. Elle a confirmé par la même que le droit au procès équitable n'était pas un droit absolu^{Note 84}. C'est là permettre à chaque État d'opposer à ses administrés des actes de Gouvernement.

28. - En dernier lieu, plus encore que la nature de l'acte de Gouvernement, il semblerait aussi que ce soit le fondement même du régime juridique de responsabilité envisagée – la rupture d'égalité devant les charges publiques – qui soit aujourd'hui critiquable^{Note 85}. En effet, s'il est déjà contesté pour les lois et les conventions internationales, pourquoi souhaiter qu'il soit transposé pour les actes de Gouvernement ? Tout d'abord, les conditions d'engagement sont trop lourdes à réunir. Pour mémoire, en plus d'un préjudice direct et certain, il est impératif de réunir un préjudice grave, anormal et spécial. Or ces éléments, trop restrictifs, sont de véritables obstacles pour engager la responsabilité. Un auteur parlait

d'ailleurs en 1993, du « mythe » de la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques^{Note 86}. Si l'on s'intéresse à la loi, la définition même de cet acte juridique s'oppose à ces critères^{Note 87}. En effet, la loi a pour vocation d'être générale, de s'adresser à l'ensemble des gouvernés (et non à une partie d'entre eux) afin de durer. Sinon, elle perd en normativité et elle est éphémère. Il est donc extrêmement rare qu'elle puisse faire naître un préjudice. Dans l'arrêt *Bovero* de 1963, la responsabilité de l'État avait été engagée car « le préjudice (...) frapp[ait] (...) les propriétaires (...) dont les locaux se trouv[ai]ent occupés par un militaire servant en Afrique du Nord au moment où ils auraient pu espérer obtenir l'exécution d'une ordonnance d'expulsion rendue en leur faveur ou par des personnes dont un parent, précédemment domicilié avec elles, sert comme militaire en Afrique du Nord à ce même moment »^{Note 88}.

29. - En ce qui concerne les actes de Gouvernement, il est déjà assez fréquent qu'il n'en résulte aucun préjudice pour les particuliers^{Note 89}, ce qui confirme l'inutilité d'instaurer un régime juridique dont la mise en œuvre est plus qu'incertaine. Dans l'affaire *Mme Demarets* de 2003^{Note 90}, la requérante n'avait pas été admise à participer à un scrutin en Nouvelle-Calédonie. Son préjudice venait du fait qu'elle n'avait pas pu exercer son droit de vote. La responsabilité de l'État n'a pourtant pas été engagée car des dispositions législatives avaient expressément pour objet de poser des restrictions en la matière. Alors que la spécialité, voire l'anormalité auraient pu être discutées au vu de la situation de l'intéressée, des textes ont fermé l'accès au juge du plein contentieux. Ensuite, il faut réunir un préjudice qualifié. La spécialité, notamment, est la condition la plus complexe à réunir. Par exemple, en 1991, lorsqu'une circulaire interdit aux étudiants irakiens de s'inscrire à une année universitaire, leur préjudice ne peut qu'être constaté^{Note 91}. Cependant, si la catégorie est précisément identifiée (étudiants irakiens), le nombre d'intéressés aurait été probablement trop élevé pour qu'ils puissent obtenir une indemnisation^{Note 92}. De même, en 1992, la cour administrative d'appel de Paris a refusé qu'une propriétaire obtienne la condamnation de l'État à l'indemniser du préjudice résultant pour elle de l'impossibilité d'exercer ses droits de propriétaire d'un logement du fait des immunités dont jouissait le diplomate en vertu de la convention de Vienne, en raison, une fois de plus, de la généralité du préjudice^{Note 93}. C'est pourquoi des voix se sont toujours fait entendre pour faire évoluer ce régime de responsabilité au demeurant trop spécifique. Certains auteurs ont proposé de se centrer davantage sur l'anormalité du préjudice^{Note 94}, qui serait précisée par des considérations d'équité. Celle-ci imprègne déjà de façon informelle la responsabilité de la puissance publique en général et la responsabilité sans faute en particulier^{Note 95}. L'indemnisation serait décidée lorsque « la conscience » serait « choquée ». Un « sentiment de scandale et d'indignation » serait provoqué par « l'énoncé des circonstances ayant provoqué le dommage »^{Note 96}. L'équité se place sur le terrain de la « conscience », de la « morale » et vient compléter l'anormalité. La spécialité serait donc plus secondaire. Cette nouvelle configuration serait pour certains particulièrement bien adaptée pour les actes de Gouvernement^{Note 97}. En effet, dans les rares hypothèses où plusieurs requérants seraient lésés par de tels actes, le juge pourrait indemniser, malgré leur nombre, dès le moment où le préjudice est particulièrement choquant. Reste tout de même à définir, au cas par cas, ce qu'est l'anormalité.

30. - Pour conclure, « malgré ses détracteurs, l'acte de Gouvernement semble en parfaite santé »^{Note 98}. Après une analyse juridique et pratique, la nécessité de l'acte de Gouvernement est apparue, tout comme la justification de son immunité contentieuse. Le Conseil d'État ne semble toujours pas prêt à abandonner cette notion puisqu'il a rendu plusieurs décisions en la matière en 2014^{Note 99} et 2015^{Note 100}. La réflexion est donc toujours d'une actualité brûlante.