HU DROIT

Droit administratif général

5e Édition

Jean-Claude Ricci

- *Un cours facilement accessible*
- *Toute la jurisprudence mise à jour*
- *L'essentiel de ce qu'il faut savoir*

hachette
SUPÉRIEUR

HU DROIT

Droit administratif général

Jean-Claude Ricci

Professeur des universités à l'université Paul-Cézanne (Aix-Marseille-III)
Directeur de l'IEP d'Aix-en-Provence de 1996 à 2006

hachette
SUPÉRIEUR

HU DROIT

- Contentieux administratif, 3e édition (Jean-Claude Ricci)
- Droit civil Les obligations, 2e édition (Luc Grynbaum)
- Droit civil Les personnes – La famille (David Bakouche)
- Droit constitutionnel, 2e édition (Philippe Blachèr)
- Droits des libertés fondamentales, 2e édition (Pierre-Henri Prélot)
- Droit du travail, 10e édition (Antoine Cristau)
- Droit international privé (Patrick Courbe)
- Droit pénal général (Catherine Marie)
- Histoire des institutions publiques de 1789 à nos jours (Stéphane Caporal)
- Institutions administratives (Jean-Marc Maillot)
- Institutions européennes (Rostane Mehdi)
- Institutions juridictionnelles (Didier del Prete, Éva Fischer)
- Introduction au droit (Gilles Taormina)
- Relations internationales (Albane Geslin)

© HACHETTE LIVRE, 2013, 43, quai de Grenelle, 75905 Paris Cedex 15.

ISBN 978-2-01-140230-1
www.hachette-education.com

Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation réservés pour tous pays.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes des articles L. 122-4 et L. 122-5 d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et, d'autre part, que « les analyses et les courtes citations » dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite ».
Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit, sans autorisation de l'éditeur ou du Centre français de l'exploitation du droit de copie (20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris), constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Préface

L'enseignement supérieur, ses méthodes, ses étudiants et ses finalités ont connu de très profondes mutations. Partant de ce constat, les éditions Hachette Supérieur ont voulu répondre à ces évolutions et les accompagner.

Soucieuses de mettre les connaissances juridiques à la disposition d'un public nombreux, en particulier étudiant, elles ont créé une collection d'ouvrages, « HU DROIT », de conception moderne et aérée, qui soient aisés et simples à utiliser.

Les auteurs des manuels de cette collection ont ainsi fait le pari de réaliser des livres où dominent le souci de la forme, l'esprit de synthèse et une certaine sobriété, alliés à ce qui constitue, depuis toujours, la rigueur et la noblesse des études de droit : précision des mots et des idées, pensée claire, aptitude à l'argumentation, connaissance intime du monde, des hommes et des choses.

À l'heure où le droit voit ses sources et son statut social renouvelés, où surgissent des problèmes juridiques nouveaux et considérables, ces manuels s'efforcent, à la fois, d'assurer le lien entre hier et demain, traduisant ainsi la profonde continuité du droit, et de prendre acte des mutations en cours. Ainsi le lecteur peut disposer d'outils sûrs.

Au terme de quelques années d'expérience, le développement de l'entreprise et son futur paraissent désormais assurés comme en témoigne la liste, sans cesse enrichie, des ouvrages et des rééditions des premiers titres de la collection.

Le présent ouvrage s'efforce de décrire avec clarté un droit réputé difficile, celui qui régit l'action quotidienne, multiforme, des administrations publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics) par la mise en œuvre de moyens juridiques et humains propres à leur permettre de satisfaire l'intérêt général.

Jean-Claude Ricci

Liste des abréviations

Aix, Paris… : cour (judiciaire ou administrative) d'appel d'Aix, Paris, etc.
AJDA : *Actualité juridique-droit administratif*
Ass. : Assemblée du contentieux (Conseil d'État)
CAA : cour administrative d'appel
CADA : Commission d'accès aux documents administratifs
Cass. (civ., com., crim.) : Cour de cassation (chambres civile, commerciale, criminelle)
CC : Conseil constitutionnel
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CJA : Code de justice administrative
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
Concl. : conclusions (de commissaire du gouvernement, puis de rapporteur public à partir du 1er février 2009, devant les juridictions administratives)
D : *Recueil Dalloz*
EDCE : *Études et documents du Conseil d'État*
Gaz. pal. : *Gazette du Palais*
JCP : *Juris-classeur périodique*
JO : *Journal officiel*
Ord. réf. : ordonnance de référé
P. : page du recueil Lebon de l'année de la décision
RDP : *Revue du droit public*
Rec. : *Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État*
Rev. adm. : *Revue administrative*
RFDA : *Revue française de droit administratif*
RJEP : *Revue juridique de l'entreprise publique*
RTDC : *Revue trimestrielle de droit civil*
Sect. : section du contentieux (Conseil d'État)
TA : tribunal administratif
TC : Tribunal des conflits

Les décisions de justice non précédées de l'indication de la juridiction qui les a rendues émanent du Conseil d'État, celles précédées du nom d'une ville émanent d'une cour administrative d'appel.
Les décisions non suivies de référence sont données à titre d'illustration.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Sommaire

Introduction 6

Chapitre 1 – L'administration soumise au droit, le principe de juridicité . . . 16

Chapitre 2 – L'administration soumise au droit, les atténuations au principe de juridicité 45

Chapitre 3 – La responsabilité administrative extracontractuelle, le droit commun 59

Chapitre 4 – La responsabilité administrative extracontractuelle, questions particulières. 91

Chapitre 5 – Le service public 110

Chapitre 6 – La police administrative 143

Chapitre 7 – Les actes administratifs unilatéraux : notions fondamentales . . 158

Chapitre 8 – Le régime juridique des actes administratifs unilatéraux 185

Chapitre 9 – Le contrat administratif 209

Chapitre 10 – La juridiction administrative 237

Chapitre 11 – Les recours devant le juge administratif 265

Index 303

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Introduction

1 *Droit administratif général* tel est l'intitulé du présent ouvrage. Il renvoie bien évidemment à « administration » et induit qu'il va être question des règles et des principes juridiques applicables à l'administration, c'est-à-dire *grosso modo* aux personnes publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics, etc.). Ce droit administratif est dit *« général »* non parce qu'il contient toute la matière du droit administratif, mais parce qu'il expose les règles et les principes applicables à tous les chapitres de ce droit, sauf quand il y est dérogé par une disposition législative ou réglementaire expresse. Ce droit est d'abord un produit de l'histoire (1), il tire de là sa réputation de droit à caractère prétorien (2) et en hérite une certaine originalité qui n'est pas sans complexité (3). Il conviendra, ensuite, de s'interroger sur l'avenir du droit administratif (4).

I Le droit administratif, un produit de l'histoire

● Le poids de l'histoire dans la naissance et dans la formation du droit administratif

2 Le droit administratif se rencontre dans toutes les sociétés sous des formes diverses selon la perception que chaque civilisation ou culture a de la « chose publique » et du degré de particularisme juridique de celle-ci. Ainsi, dans l'Antiquité le droit administratif est plus riche à Athènes qu'à Rome en raison des conceptions différentes que ces deux « modèles » ont de la place respective que doivent avoir dans la Cité l'individu et l'État, le collectif et l'individuel.

En France, il se développe surtout à partir du XI^e^ siècle parallèlement au droit privé dont, déjà, il ne partage pas toutes les finalités. Dès le haut Moyen Âge apparaissent nombre de constructions intellectuelles qui constituent, aujourd'hui encore, la trame du droit administratif : acte unilatéral, contrat public, expropriation, organisations professionnelles, droit domanial, fonction publique, aide sociale, police, etc. Celles-ci sont autant d'occasions de mettre l'accent sur une particularité éminente de l'action publique : étant au service de tous, elle doit, en cas d'opposition ou de conflit, après avoir tenté de concilier les deux, triompher des intérêts individuels. Le droit administratif est donc conçu et vu comme un droit inégalitaire, l'intérêt général devant primer *in fine*. Or l'État se confond pendant des siècles avec la monarchie et l'ordre des choses et des personnes qui caractérise ce régime politique. Ainsi, la critique de l'ordre social et politique faite au XVIII^e^ siècle par un certain nombre de penseurs va atteindre le droit administratif présenté comme un droit du privilège et de l'inégalité, qui ne fait pas leur part (ou qui ne fait qu'une part insuffisante) aux besoins individuels. Cette critique, largement injuste (*cf.* A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856), sera amplifiée au moment de la Révolution de 1789.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

À l'issue de la décennie révolutionnaire (1789-1799), il faudra restaurer et faire fonctionner l'État, les finances publiques, la monnaie, l'appareil administratif et l'organisation territoriale. À cette fin, le Premier Consul, Bonaparte, va doter l'Administration de règles juridiques spécifiques, pour lui permettre de mener à bien la tâche de reconstruire la France sortie exsangue de l'épisode révolutionnaire. On a alors cru à une « invention » *ex nihilo* du droit administratif : il n'en était rien puisqu'il ne s'agissait que d'un retour aux sources. La boucle était bouclée. De même que, jusqu'en 1789, l'Administration était, d'une part, l'instrument par excellence du pouvoir royal, étant à la fois gérante et gardienne de l'intérêt général du royaume, d'autre part au service des sujets du roi, de même, après 1789, l'Administration conserve cette fonction au moyen de règles juridiques qui tendent à permettre son exercice effectif, simplement au bénéfice désormais de nouveaux pouvoirs politiques : les deux empires, la monarchie restaurée, enfin la République.

Dans les deux cas, selon la définition posée par saint Augustin (354-430) aux IVe et Ve siècles de notre ère, l'Administration est conçue comme un service, un *ministerium* ou un *officium*, termes latins qui traduisent parfaitement cette idée de service offert à tous, et non comme une fonction de puissance, un *imperium*. L'Administration est un service rendu à la communauté des administrés, elle définit, gère et défend l'intérêt commun. La poursuite de celui-ci, sous le nom thomiste (de saint Thomas d'Aquin, célèbre théologien, 1225-1274) de *bien commun*, va constituer pendant des siècles la base légitimante de l'existence d'une Administration publique et de son pouvoir. Ce bien commun, devenu par la suite l'intérêt général, l'Administration va le poursuivre grâce à la détention de moyens juridiques appropriés à cette mission. C'est, aujourd'hui encore, assez largement la définition de l'action administrative. Il y a ainsi quelque chose qui participe de la « mission » dans la conception française de l'Administration et du droit qui la régit. Il y a également eu, longtemps, une perception quasi « sacerdotale » de la fonction publique, c'est-à-dire des agents employés par l'Administration. À certains égards on peut bien parler d'une vision « sacrale » de l'Administration et du droit administratif. Tout ceci trouve sa concrétisation ultime avec la notion et le régime juridique du service public. Le service public est, à la fois, l'incarnation et la mise en œuvre de l'intérêt général par le pouvoir politique.

L'histoire apporte un deuxième élément, très important lui aussi, pour expliquer l'état actuel des conceptions. Pendant tout le cours de la monarchie, les juridictions, spécialement les parlements (de leur nom exact : « cours souveraines de parlement »), qui, en dépit de leur nom, ne sont que des tribunaux, ont exercé deux importants pouvoirs juridiques à portée directement politique. En premier lieu, les parlements pouvaient rendre des arrêts de règlement, technique qui consiste, à travers la résolution d'un litige, à se prononcer par une sorte de disposition à caractère général et impersonnel exactement comme le ferait un législateur. Par là ils pouvaient s'ériger en législateur parallèle, concurrent du pouvoir royal. En second lieu, les parlements possédaient le pouvoir d'enregistrer les édits et ordonnances royaux. En cas de refus d'enregistrement, l'acte royal ne pouvait pas entrer en vigueur dans le territoire soumis à la juridiction du parlement récalcitrant sauf, pour le monarque, à tenir un « lit de justice » au sein de ce parlement, ce qui, en province avait lieu assez rarement. De la sorte, les parlements ont pu exercer, de fait, un pouvoir proprement politique. Certes, ce pouvoir n'était que négatif puisqu'il ne s'agissait que du pouvoir de paralyser (la célèbre « faculté d'empêcher » dont parle Montesquieu en 1748, dans *L'esprit des lois*), non du pouvoir de décider. Néanmoins, c'était là une prérogative particulièrement efficace. La Révolution, forte de cette expérience, a donc résolu, dans la célèbre loi des 16-24 août 1790, de tirer la leçon de l'histoire. Par les articles 10 et 13 de ce texte, elle fait défense aux juridictions de droit commun de « prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni (d')empêcher ou suspendre l'exécution

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

des décrets du Corps législatif » (ces « décrets » sont alors, en dépit de leur nom, des lois) (art. 10) et cela « à peine de forfaiture » (art. 13). C'est ce qui va conduire, en 1799, à reconstituer un juge administratif (en particulier le Conseil d'État) et, surtout, à lui confier l'exclusivité des litiges concernant l'administration. Il le fera en appliquant à ces litiges des règles qui, fréquemment et par nécessité, sont originales, différentes de celles qui régissent les relations entre particuliers.

Enfin, très vite, il va apparaître que le pouvoir législatif, et donc la loi, ne peut embrasser toutes les matières d'administration, à la fois quantitativement et qualitativement. Matériellement d'abord, il s'avère que le législateur ne peut intervenir correctement et complètement dans l'ensemble des matières qui forment, en théorie, son vaste domaine de compétence. Au plan intellectuel ensuite, le Parlement, auteur des lois, se montre souvent mal armé pour aborder efficacement des domaines où la complexité et la technicité vont croissant. Ainsi, va s'imposer la nécessité, à côté de la loi, de recourir à une autre source du droit de l'action administrative, le règlement administratif ou *pouvoir réglementaire*, qui a pour auteur non le Parlement mais le pouvoir exécutif. Ce dernier présente, en effet, l'avantage de posséder une faculté de décision plus concentrée que celle du Parlement, d'avoir aussi une capacité plus rapide de réaction et un degré plus grand de cohérence et de continuité dans les décisions.

● L'apport de l'histoire au droit administratif

3 De ce qui précède découlent au moins quatre conséquences capitales pour la conception française de l'Administration et du droit administratif.

En premier lieu, parce qu'elle est l'instrument du pouvoir politique, l'Administration est soumise à lui, en particulier à travers les règles juridiques qu'il émet : *l'Administration est soumise au droit édicté par le pouvoir politique*.

La deuxième conséquence est que *l'Administration est soumise à un droit propre*, différent du droit applicable aux particuliers. Cela résulte de ce que si les particuliers sont égaux entre eux, l'Administration, incarnation de l'intérêt général, n'est pas, elle, l'« égale » des autres acteurs juridiques.

La troisième conséquence est en partie liée à la précédente dont elle est tantôt la cause, tantôt l'effet : *l'Administration est soumise à un juge qui lui est propre*, distinct des juridictions normalement compétentes pour connaître des différends entre particuliers.

Enfin, une dernière conséquence de cette évolution historique est la reconnaissance au profit du pouvoir exécutif, chef de l'administration étatique, du *pouvoir réglementaire*, c'est-à-dire de la compétence pour prendre lui-même des règles à caractère général et impersonnel s'appliquant à l'Administration et aux administrés. L'Administration est ainsi, à la fois, soumise au droit et productrice de droit.

Ces quatre conséquences ne sont pas les seules héritées de l'histoire, aujourd'hui millénaire, du droit administratif, ce sont cependant les plus importantes.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2 Le droit administratif, un droit prétorien ?

Les éléments historiques qui viennent d'être succinctement rappelés expliquent, en grande partie, certains des traits originaux du droit administratif.

• Un droit longtemps prétorien ; le rôle de la jurisprudence administrative

4 Le droit administratif a été qualifié de « droit prétorien » pour signifier qu'il était forgé, pour l'essentiel – en son prétoire –, par le juge, souvent auteur exclusif et toujours interprète souverain de ce droit. La raison en est la relative jeunesse d'une discipline qui est réapparue au début du XIX^e^ siècle. Au contraire du droit civil ou du droit pénal ou commercial, qui sont les héritiers d'une tradition pluriséculaire ininterrompue et qui ont pu aisément trouver leur aboutissement plénier dans d'admirables codifications préparées par les Domat et les Pothier, le droit administratif a du se reconstruire progressivement, au gré des contentieux comme des besoins sociaux. Face à un relatif désert juridique et conceptuel, le Conseil d'État s'est autoinvesti d'une fonction proprement créatrice, soit comme conseiller juridique du pouvoir exécutif, soit comme juge administratif suprême. Le caractère prétorien est ainsi doublement manifesté : par le rôle actif du juge dans la « découverte » et la promotion de règles juridiques administratives, par le rôle à la fois éminent et incontesté de celui-ci dans l'exercice de ce pouvoir proprement normatif, créateur de règles nouvelles. C'est d'ailleurs ce deuxième trait qui explique que, même à l'époque récente, où l'intervention du législateur en matière d'administration s'est faite plus fréquente et plus dense, le juge a gardé l'essentiel de son rôle prééminent ; de plus, la législation se borne souvent à reprendre les solutions jurisprudentielles, au risque, parfois, de les figer et de les priver de leur souplesse. Ce caractère encore largement – mais plus exclusivement – prétorien présente des inconvénients. D'abord, nombre de règles et principes ne sont pas aisés à connaître et à définir parce qu'il faut, pour cela, effectuer des recherches à travers des solutions jurisprudentielles dont chacune intervient pour la résolution d'un problème déterminé et dans un contexte particulier : rien ne ressemble moins à un exposé législatif synthétique et clair qu'une jurisprudence éparse et cahotante au gré des éléments concrets qui la forment et la justifient. Ensuite, et c'est la conséquence de ce qui précède, cette construction des notions et des règles par touches successives qui tient plus du puzzle que du tableau impressionniste les rend subtiles, complexes et d'un abord malaisé. C'est que la jurisprudence intervient pour résoudre des cas concrets et multiformes, dans le cadre étroit et strict qui est celui des questions posées par les parties en litige, non pour légiférer *ab initio*, c'est-à-dire abstraitement et en termes généraux, comme pourrait le faire le Parlement.

• Le relatif déclin du rôle joué par la jurisprudence administrative

5 Ce phénomène est apparu à partir des années 1970 : un rôle moindre semblait joué par le juge et par la jurisprudence administratifs. Les signes de cette situation étaient divers.
Le droit administratif étant de plus en plus régi par des lois et des décrets et ce, parfois, jusque dans les moindres détails, il pouvait sembler que le juge avait moins souvent l'initiative, appliquant des règles forgées par d'autres que lui et en créant moins souvent. Un net déclin de l'État interventionniste est désormais en marche, ce qui conduit à revenir aux canons du libéralisme classique, d'où un affaiblissement des interventions étatiques, une diminution corrélative du champ couvert par le droit public et l'adoption des règles de

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

droit privé pour régir nombre d'activités de la puissance publique. Ceci restreint le domaine de compétence du juge administratif et, du même coup, sa fonction prétorienne.
Même si le Conseil d'État a été souvent, au cours de son histoire bicentenaire, un défenseur des individus face à la puissance publique, il a été aussi perçu – non sans quelque raison – comme une institution de légitimation *a posteriori* de l'action publique. D'une certaine façon tout un aspect de sa jurisprudence a pu être interprété comme étant d'abord destiné à favoriser l'acceptation des décisions publiques.
Enfin, le juge administratif est aujourd'hui, manifestement, en concurrence avec d'autres juges car est apparu un véritable marché de la justice et du droit où se rencontrent, s'ajustent et se confrontent une offre de droit et une demande de solutions juridiques.
Le juge constitutionnel (*Conseil constitutionnel*) a semblé atteindre principalement de deux façons l'antique majesté du Conseil d'État. D'abord parce que sa jurisprudence apparaissait parfois plus audacieuse et plus protectrice que celle du juge administratif, particulièrement dans le domaine des libertés et des droits fondamentaux, d'où, par contraste, une image du Conseil d'État qui a pu sembler négative. Ensuite, l'éminence de la jurisprudence constitutionnelle par rapport à la jurisprudence administrative se traduit dans la hiérarchie des normes jurisprudentielles que le juge administratif est conduit *bon gré mal gré* à respecter.
Le juge communautaire (*Cour de justice de l'Union européenne*), dans le droit fil des ambitions qui guidèrent, en 1957 (traité de Rome), les fondateurs de ce qui est devenu l'Union européenne, joue un rôle sans cesse croissant par suite d'une extension considérable du droit communautaire. Ceci se marque en particulier par le nombre de règles émises, l'étendue de la compétence matérielle, la force contraignante et le degré d'applicabilité directe de ce droit.
Le juge européen des libertés (*Cour européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales*), en visant l'édification d'un espace européen de liberté commun à tous les États signataires de la convention de Rome de 1950, a apporté lui aussi une contribution très importante à la limitation de la puissance et du rôle du juge administratif. Par sa très large diffusion, par son caractère de norme internationale, par sa prétention à édifier un ordre constitutionnel européen uniforme des libertés, ce texte, ainsi que la jurisprudence édifiée sur sa base, constituent un puissant facteur de réduction de la marge de manœuvre de la juridiction administrative. Il en va d'autant plus ainsi que les soubassements philosophiques de cette jurisprudence sont très différents de ceux sur lesquels reposent les conceptions du juge administratif français, en particulier concernant l'articulation et la place respective de l'individu et du corps social.
Le juge judiciaire national, enfin, a fortement contribué à ce cantonnement progressif du juge administratif par une jurisprudence assez offensive en direction des domaines traditionnels d'action du juge administratif. Le juge judiciaire a été triplement poussé dans cette attitude : par l'évolution des idées en faveur du libéralisme, qui font du juge judiciaire le juge « normal » de tout ce qui touche à la liberté et aux affaires ; par le juge constitutionnel qui lui assigne un domaine de compétence infrangible assis sur la Constitution elle-même ; par l'opinion publique enfin, lassée des prétendues lenteurs de la justice administrative, de sa supposée inefficacité comme de son insuffisante sévérité envers l'administration.
Nous retrouverons plus loin, dans cette *Introduction* (*cf.* 4), quelques-unes des considérations qui précèdent mais sous un angle prospectif.

● La réponse (riposte ?) du juge administratif

6 Même en faisant la part de l'exagération comme de la polémique, certaines des critiques qui viennent d'être recensées n'étaient pas dénuées de fondement. Le juge administratif, aidé en cela par le législateur, a réagi.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Il s'est tout d'abord doté (ou fait doter) de moyens procéduraux particulièrement énergiques comme la possibilité de délivrer astreinte ou de faire injonction pour contraindre la puissance publique à exécuter ses décisions le mieux et le plus vite possible.
Le développement spectaculaire des procédures d'urgence va dans le même sens de célérité et d'efficacité.
Il a su, aussi, mieux sans doute que la plupart des autres juridictions françaises, percevoir et intégrer les bouleversements qu'engendre pour la hiérarchie des normes la place massive, en qualité comme en quantité, qui est désormais celle des règles et des principes du droit international. Il affine sans cesse sa technique et accroît son audace novatrice notamment en matière de combinaison des normes internationales entre-elles (Ass. 23 déc. 2011, *Kandyrine*) ou avec le droit de l'Union européenne (6 déc. 2012, *Sté Air Algérie*).
Son « audace » se dévoile presque quotidiennement par sa capacité à emprunter des solutions aussi bien au droit interne non administratif qu'au droit non national toutes les fois que la solution qu'il y trouve lui semble plus appropriée. Il semble avoir perdu tout complexe face à l'administration active, n'hésitant ni à se faire législateur secondaire (qu'on songe à la manière dont il a « inventé » un statut de la transaction administrative : Ass., avis, 6 décembre 2001, *Synd. intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Haÿ-les-Roses*), ni à créer des jurisprudences audacieuses (abandon du caractère automatiquement rétroactif soit des annulations d'actes pour illégalité [Ass. 11 mai 2004, *Assoc. AC ! et autres*] soit même des décisions de justice contenant un revirement de jurisprudence [Ass. 16 juil. 2007, *Sté Travaux Tropic Signalisation*] ; suppression du lien automatique entre nullité et annulation du contrat [Ass. 28 déc. 2009, *Ville de Béziers*]). Bref, sans doute fouetté par ces critiques, le juge administratif qui se révèle ainsi n'est plus le même que celui qui avait tant déçu le « Huron au Palais-Royal » (pour reprendre le titre d'une célèbre chronique de J. Rivero, D. 1962 p. 37) ou que celui qui marquait, il y a peu, une crainte révérencielle envers les pouvoirs publics en matière d'actes de gouvernement, d'interprétation des conventions internationales ou d'appréciation de la condition de réciprocité.

3 L'originalité du droit administratif

Répondant à des préoccupations qui lui sont propres, le droit administratif est doté de caractéristiques particulièrement typées. On en retiendra deux : l'autonomie du droit administratif et la difficile définition du droit administratif.

● L'intérêt général, fondement de l'autonomie du droit administratif

7 Cette autonomie trouve son fondement dans les rapports juridiques que ce droit régit. On l'a dit plus haut, l'action administrative ne saurait reposer sur le principe d'égalité qui est à la base des rapports de droit privé, spécialement ceux du droit civil. Le droit administratif, lui, entend régir les rapports entre particuliers et puissance publique ou entre deux détenteurs de la puissance publique. Son régime juridique est donc destiné à assurer la conciliation entre l'intérêt général poursuivi par l'action publique et la liberté des individus. À défaut, cet intérêt général doit l'emporter. Pour parvenir à ce résultat – la satisfaction intangible de l'intérêt général – les personnes publiques sont dotées de moyens juridiques spéciaux appelés « prérogatives de la puissance publique » ou encore « prérogatives exorbitantes du droit commun » (privilège de l'action d'office, droit d'émettre un titre exécutoire, prise de décisions unilatérales, recours à l'expropriation, etc.). Seules les personnes publiques sont soumises à l'obligation de satisfaire cet intérêt. Lorsque des personnes privées satisfont l'intérêt général, elles le font librement, par un effet de leur volonté non de leur statut légal. Cette auto-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

nomie du droit administratif a été affirmée pour la première fois avec netteté (cela avait déjà été dit en substance mais moins clairement dans un arrêt du 6 décembre 1855, *Rothschild*) par une décision du Tribunal des conflits, du 8 févr. 1873, *Blanco* (*Rec.* Supplément p. 61, concl. David), où on lit en particulier que le droit civil est inapplicable à l'action administrative car celle-ci « *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier* ». En effet, observe le juge des conflits, « *elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* ». Cette affirmation, appelée la « doctrine Blanco », est exacte en soi mais souffre d'un défaut pédagogique : elle donne à croire qu'il y aurait un droit « normal » ou « naturel », le droit civil, et que le droit administratif se construirait en rapport à celui-ci, ce qui n'est pas exact.

● Contenu de l'autonomie du droit administratif

8 L'autonomie du droit administratif se marque par trois éléments principaux. En premier lieu, les personnes juridiques dont s'occupe le droit administratif ne sont que des personnes morales : l'État, les régions, les collectivités territoriales d'outre-mer, les départements, les communes et les intercommunalités, les établissements publics et quelques autres entités juridiques. Lorsque réapparaît la personne physique, par exemple le fonctionnaire auteur d'une faute personnelle détachable de ses fonctions, c'est le droit privé qui s'applique non le droit administratif. Dans l'immense majorité des cas, sans la présence, médiate ou immédiate, d'une personne morale de droit public, les règles applicables ne relèvent pas du droit administratif. En deuxième lieu, le droit administratif se singularise par le recours fréquent qu'il fait à la décision plus qu'au contrat. Alors que le droit privé, qui est à base d'égalité des rapports interindividuels, privilégie le contrat, l'accord de volontés, le droit administratif, dans le souci d'assurer le triomphe de l'intérêt général, utilise beaucoup plus souvent l'acte unilatéral, notamment sous la forme de la décision, caractéristique du service public. Par ce moyen, l'Administration crée unilatéralement, c'est-à-dire sans avoir besoin de recueillir le consentement des intéressés, des obligations à la charge de ces derniers ou leur octroie des droits. Même si l'on assiste à un retour en force des solutions contractuelles et à un développement très important de l'usage de cette technique juridique, l'observation demeure, pour l'essentiel, tout à fait pertinente. Enfin, l'existence d'un juge spécifique, compétent pour connaître des litiges dans lesquels l'Administration est partie, constitue un autre trait, très spectaculaire, de l'autonomie du droit administratif. Il ne s'agit pas, comme en matière commerciale ou de droit du travail, d'une juridiction qui ne serait particulière qu'au premier et/ou au second degrés mais bien d'un ordre juridictionnel complet entièrement autonome, appliquant des règles et des principes eux-mêmes autonomes.

● Portée de l'autonomie du droit administratif

9 Deux observations doivent être apportées pour préciser ce qui précède.

Tout d'abord, le droit administratif, du moins en son sens étroit (*stricto sensu*), n'est pas tout le droit applicable à l'action des personnes publiques. Il arrive que, pour gérer et satisfaire l'intérêt général par le moyen des services publics, l'Administration n'utilise pas les prérogatives exorbitantes qui sont les siennes mais s'en tienne à l'application du droit privé. Il est, en effet, possible que les règles de ce droit soient parfois de nature à permettre de satisfaire les nécessités du service public sans le besoin de recourir à des règles exorbitantes. En cette hypothèse, l'Administration sera soumise au droit privé en raison du choix qu'elle aura fait. Ainsi, désireuse d'acquérir un bâtiment appartenant à une personne privée pour y installer un service public, l'Administration aura le choix entre recourir à la prérogative exorbitante qu'est l'expropriation, avec application des règles du droit administratif, ou s'entendre à

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

l'amiable avec ce propriétaire privé et conclure avec celui-ci un contrat de vente classique qui sera régi par le droit civil. Dès 1903 (conclusions de Jean Romieu sur l'arrêt *Terrier*, du 6 févr. 1903, *Rec.* 94), avait été aperçue cette conséquence que lorsque l'Administration choisit de se comporter comme le ferait un particulier, elle doit être soumise au droit qui régit les particuliers soit, normalement, le droit civil.

Ensuite, le droit administratif n'ignore point les autres branches du droit. Le juge administratif, à la recherche de solutions pour résoudre la question de droit qui lui est posée, s'arrête à celle qui lui semble la plus adéquate par rapport aux données concrètes d'une affaire, même si celle-ci se trouve dans le droit privé interne ou, plus rarement, dans un droit étranger ou dans le droit international. À cet égard, il y a une erreur à ne pas commettre, celle qui consiste à percevoir dans certains emprunts faits au Code civil une sorte d'allégeance au droit privé. En réalité les choses sont plus complexes. De nombreuses dispositions de ce Code ne relèvent, en réalité, pas, véritablement, du droit civil mais constituent un fond de règles et de principes communs à bien des systèmes juridiques ; ils ne sont pas plus « civilistes » qu'« administrativistes » ou autres. S'ils se trouvent dans un code « civil » c'est en raison de la chronologie et de l'histoire : ouvrant les codifications napoléoniennes, il était normal que le Code civil contînt la sagesse juridique des nations dans laquelle le droit administratif, comme toute autre branche du droit, puise abondamment. En revanche, il est également des emprunts véritables faits par le droit administratif au droit civil en sa qualité, technique, de droit civil.

Autonome, le droit administratif n'est pas autiste et s'insère dans un environnement juridique global dont il est dépendant et que, à son tour, il enrichit.

● Sens large ou sens étroit ? La difficile définition du droit administratif

10 Le droit administratif présente cette particularité d'être malaisé à définir car on peut, pour cela, se placer à deux points de vue au moins, qui sont très différents l'un de l'autre et produisent des effets également différents.

En premier lieu, on pourrait être tenté de définir le droit administratif comme le droit applicable aux relations juridiques dans lesquelles est présente au moins une personne publique. Cette définition a le mérite de la simplicité : l'unité du droit administratif viendrait de l'unicité de ses sujets, les personnes publiques. Cependant, il a été indiqué plus haut que ces personnes publiques pouvaient, tantôt, et c'est la situation, de loin, la plus fréquente, être soumises au droit administratif avec exercice de prérogatives de puissance publique, tantôt, plus rarement, être soumises au droit privé. Définir le droit administratif comme le droit applicable aux personnes publiques donne bien à ce droit une unité du champ d'application (le droit administratif est le droit du service public) mais laisse entière l'hétérogénéité des règles puisque celles-ci, selon les cas, sont ou ne sont pas spécifiques.

En second lieu, pour répondre à l'objection précédente, il pourrait être envisagé de définir le droit administratif comme le droit comportant des règles exorbitantes du droit commun (le droit administratif est le droit de la puissance publique), ainsi l'unité de ce droit reposerait sur le particularisme des règles. Cependant, on verra dans le cours de cet ouvrage que le Conseil d'État, depuis trois quarts de siècle (20 déc. 1935, *Sté des Établissements Vézia* ; Sect. 22 fév. 2007, *APREI*), admet l'application de ces règles exorbitantes non seulement aux personnes publiques mais encore, à certaines conditions, à l'action menée par des personnes privées. Inversant la proposition précédente, il est possible de dire que ce critère, s'il assure une définition du droit administratif autour du contenu – exorbitant – de ses règles, doit souffrir que celles-ci puissent s'appliquer à des personnes qui sont tantôt des personnes publiques tantôt des personnes privées. À l'unité des règles répond l'hétérogénéité des sujets du droit.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

L'alternative paraît donc être entre des conceptions qui, toutes deux, se rencontrent en doctrine comme en jurisprudence, avec de chauds partisans et d'excellentes raisons, révélant par là même l'extrême difficulté qu'il y a à définir le droit administratif. Sans doute, comme en bien d'autres domaines, cette situation provient-elle de ce que chacune de ces conceptions contient une part de vérité. Il est assez vain d'opposer un droit administratif qui ne serait que *le droit du service public* à un droit administratif qui ne serait que *le droit de la puissance publique*. Il est difficile d'imaginer, en effet, que l'action administrative ne soit pas tout entière tournée vers l'organisation et la marche des services publics, c'est-à-dire la satisfaction de l'intérêt général, et il est tout aussi difficile d'imaginer que, pour atteindre ce résultat, l'Administration ne dispose pas des moyens nécessaires contenus dans l'idée de puissance publique.

4 L'avenir du droit administratif

11 Enfin, il n'est pas sûr que cette autonomie du droit administratif perdurera encore longtemps telle quelle en raison de plusieurs facteurs, indépendants les uns des autres ou, au contraire, connexes. L'*européanisation* croissante du droit français, sous sa double version communautaire et des droits de l'homme, est de nature à réduire notablement cette autonomie. Le droit communautaire, dans le souci de construire un marché toujours plus unique et d'y assurer la fluidité des relations juridiques, s'efforce d'imposer à tous le respect d'un corpus de règles et de principes comme la concurrence, la transparence ou l'égalité, laminant ainsi la frontière entre le droit des personnes privées et le droit des personnes publiques. Le droit européen des libertés mis en œuvre par la Cour EDH, dans sa volonté de permettre l'application la plus large et la plus complète possible des principes et des droits contenus dans la Convention EDH, réduit au strict minimum, c'est-à-dire à une peau de chagrin, le particularisme de la puissance publique. Il est peu d'activités, de notions, de principes et d'entités publics qui échappent aujourd'hui à l'application totalement banalisée, aux personnes privées comme aux personnes publiques, de la Convention EDH et de ses protocoles. La *mondialisation*, ensuite, sous la forme de l'OMC (*Organisation mondiale du commerce*) comme de l'Internet, de l'ONU comme d'une certaine prédominance du « modèle » nord-américain, aboutit à édifier un village planétaire déterritorialisé, dénationalisé, où l'État, pris absolument comme symbole éminent du droit public, est de moins en moins en mesure d'agir et d'exercer un pouvoir effectif. Il est fait spectateur plus qu'acteur, subordonné plutôt que puissance commandante. Par là son droit, dont les règles sont souvent plus subies que réellement déterminées par lui, d'une part, voit son champ d'action réduit, d'autre part, a un contenu de moins en moins original. La régulation, le rôle régulateur laissé à l'État, tente de rendre compte de cette situation. Cet aspect des choses est peut-être, du moins dans le domaine juridique, sans doute le plus suggestif et le plus illustratif du basculement de civilisation auquel assiste notre monde depuis quelques décennies. Reste à savoir quelle place le nouvel équilibre, qui s'instaurera au terme de ce processus, laissera à l'autonomie du droit administratif voire au droit administratif lui-même.

12 **Annonce du plan** – Les indications qui précèdent, de nature purement théorique dans le cadre de cette introduction, vont maintenant avoir leur traduction concrète dans les pages qui suivent. On y trouvera :

– l'étude des règles et des conséquences de la soumission de l'administration au respect du droit **(chapitres 1 à 4)**;

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– la présentation de l'action administrative, laquelle est tout entière vouée à la satisfaction de l'intérêt général **(chapitres 5 à 9)**;
– la description des litiges auxquels l'administration est partie ainsi que de leurs modes de résolution **(chapitres 10 et 11)**.

Conseils bibliographiques

Dans une offre bibliographique considérable, on retiendra notamment :

OUVRAGES DE RÉFÉRENCE

G. Braibant et B. Stirn, *Le droit administratif français*, 7e éd., Dalloz-FNSP, 2005.
R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, t. 1, 16e éd. 2004.
G. Dupuis, M.-J. Guedon et P. Chrétien, *Droit administratif*, 12e éd., A. Colin, 2010.
Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, 19e éd., LGDJ, 2010.
J.-F. Lachaume et autres, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif*, 15e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2010.
M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolve et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18e éd., Dalloz, 2011.
J. Waline, *Droit administratif*, 23e éd., Dalloz, 2010.
B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, coll « Champs Université », t. 1 : (*Les sources et la jurisprudence*), 4e éd., 2011 ; t. 2 (*L'action administrative*), 4e éd., 2012.
D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, coll « Thémis », 4e éd., 2011.

POUR ALLER PLUS LOIN

Sur la situation actuelle du droit administratif et ses perspectives, on lira :
Le droit administratif, n° spécial de l'*AJDA*, 1995, p. 240.
J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912.
J. Caillosse, « Sur quelques problèmes actuel du droit administratif français. Bref essai de mise ne perspective », *AJDA* 2010 p. 931.
F. Melleray, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA*, 2005, p. 643.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1

L'Administration soumise au droit, le principe de juridicité

● L'« État légal » et le principe de légalité

13 Longtemps a été utilisée l'expression « principe de légalité » pour affirmer que l'Administration, c'est-à-dire ceux qui agissent en son nom, doit respecter les règles de droit. Cette expression voulait indiquer que, dans un État où la loi est la règle suprême, tout doit lui être subordonné. Cette conception, fortement empreinte d'idéologie, traduit les idées de Rousseau selon lequel la souveraineté du peuple ne peut s'incarner que dans l'organe politique qui représente le peuple, le pouvoir législatif (*cf.* aussi ce qu'en disent J. Bodin et J. Locke). Ce pouvoir domine tous les autres pouvoirs politiques, particulièrement le pouvoir exécutif ; or ce dernier trouve sa traduction juridique la plus éminente au moyen de l'édiction de règlements et de décisions qui contribuent à constituer le droit administratif. Affirmer le principe de légalité c'est traduire en droit la hiérarchie politique des pouvoirs constitutionnels : le Parlement possède une « puissance initiale et inconditionnée » (R. Carré de Malberg) tandis que le pouvoir gouvernemental est un pouvoir commis, subordonné et dépendant. Il en va ainsi parce que ce qui est visé en premier lieu ce n'est pas la protection des citoyens contre un certain arbitraire mais la volonté d'assurer la prééminence absolue de l'organe législatif, le Parlement, sur tout autre organe constitutionnel. C'est *« l'État légal »*, forme particulière d'organisation politique et constitutionnelle dans laquelle le Parlement est considéré comme le délégataire exclusif de la souveraineté nationale. La soumission de l'Administration à la loi n'est que la traduction de la hiérarchie formelle et organique des actes juridiques. La loi occupe le sommet parce qu'elle est l'acte pris par l'organe juridique le plus élevé dans la hiérarchie des pouvoirs constitutionnels. À ce titre, elle impose sa puissance intrinsèque à l'acte administratif. C'est le célèbre « parlementarisme absolu » (R. Carré de Malberg).

De là découlaient deux conséquences : le domaine de la loi était infini ; le règlement administratif ne pouvait être pris qu'en exécution d'une loi existant préalablement. En revanche, dès lors qu'une loi était intervenue, un règlement pouvait être pris. Les deux domaines, législatif et réglementaire, étaient potentiellement infinis. Telle fut la conception traditionnelle du droit administratif, en France, de la Révolution à 1958.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● La « révolution » de 1958

14 Sur ces points, la Constitution du 4 octobre 1958 avait semblé apporter de singulières innovations. Elles n'ont pas toutes abouti.

Elle institue un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, ce qui a eu pour effet d'ôter à la loi sa « souveraineté » d'antan et, surtout, de passer du stade de l'« État légal » à celui de l'« *État de droit* ».

Dans la lignée d'un arrêt (8 août 1919, *Labonne*) et d'un avis (6 février 1953) célèbres rendus par le Conseil d'État, la Constitution de 1958 tente, également, d'opérer une délimitation stricte du domaine de la loi et du domaine du règlement en créant un *pouvoir réglementaire autonome*. Désormais, selon la volonté expresse du constituant, devaient exister deux sortes de pouvoirs réglementaires : le pouvoir réglementaire pris en exécution des lois, prérogative traditionnelle de l'exécutif, dénommée *pouvoir réglementaire dérivé* ou *pouvoir réglementaire subordonné*, et le pouvoir réglementaire portant sur des matières où, en vertu de la Constitution, il ne peut pas exister de lois (contraventions, procédure administrative contentieuse…). Pour exprimer cette situation d'un pouvoir réglementaire affranchi de toute soumission à la loi, par hypothèse inexistante, a été forgée l'expression « *pouvoir réglementaire autonome* ». On a parlé de « révolution juridique » pour qualifier cette situation dans laquelle l'acte administratif n'a pas besoin, pour exister, d'une loi préalable qui permettrait, par son existence même, explicitement ou implicitement, une intervention du pouvoir réglementaire. Cependant, cette tentative a été d'abord tenue en échec par le Conseil constitutionnel, celui-ci étendant au maximum la compétence législative et réduisant d'autant l'autonomie du pouvoir réglementaire. Ce n'était là, cependant, qu'une conséquence de la jurisprudence, non du texte constitutionnel, la visée de ce dernier étant bien celle qui a été décrite plus haut. Par la suite, ce juge a évolué vers une interprétation de la Constitution plus conforme aux intentions originaires du pouvoir constituant (2005-512 DC, 21 avr. 2005, *Loi « avenir de l'école »*).

● L'apparition du « principe de juridicité »

15 Par ailleurs, cela a déjà été relevé (*cf.* § 5), l'irruption dans notre droit national de systèmes juridiques externes : celui de l'Union européenne, celui de l'Europe des libertés et des droits de l'homme, l'ensemble du droit international, a accru considérablement le nombre de normes que l'Administration doit, dans son action, mettre en œuvre, respecter ou ne pas contrarier.

Le résultat de cette évolution est que, désormais, il est devenu inexact de parler du « principe de légalité » parce que la loi a perdu une grande part de son exclusivité et de sa puissance originelles. Il y a à cela deux raisons. Tout d'abord, la dégradation du statut hiérarchique de la loi est un fait d'évidence. Cela résulte de sa soumission à toute la normativité et à la majeure partie de la jurisprudence communautaires, européennes ou internationales. Ensuite, parce que nombre de lois ne sont que la mise en œuvre quasi-automatique de prescriptions extranationales, en particulier les directives communautaires. Enfin, parce qu'existent des règles extra-nationales qui s'intègrent automatiquement au droit interne français comme les règlements communautaires. C'est pourquoi l'expression « principe de légalité », tout entière organisée autour du règne de la loi, est inexacte et trompeuse. C'est au droit, au droit tout court, mais à l'ensemble du droit, que l'Administration est désormais soumise ; il est donc plus correct, scientifiquement, de parler de *« principe de juridicité »* même si l'expression n'est pas retenue par la majorité de la doctrine. Ce principe exprime bien la soumission de l'Administration au droit à la fois par l'énoncé des sources du droit administratif (1), par son contenu (2) et par sa portée (3).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1 Les sources de la juridicité : la hiérarchie des normes applicable en droit administratif

16 C'est une des particularités du principe français de juridicité de s'être d'abord construit sur le seul respect des règles législatives puis d'avoir étendu la soumission de l'Administration en lui imposant le respect d'un nombre croissant de règles. Les sources de cette juridicité, composent *la hiérarchie des normes applicable en droit administratif*; il incombe à titre exclusif au juge administratif d'assurer le respect par l'administration de cette hiérarchie des normes (Ass. 7 nov. 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellation d'origine et autres*). Ces normes sont nombreuses. Elles sont aussi fréquemment hétérogènes par leurs auteurs, leurs contenus et les fins qu'elles poursuivent. Elles seront présentées dans un ordre hiérarchiquement décroissant à partir de la plus élevée dans l'ordre interne (A. à E.).

A. La source de rang constitutionnel

17 Expression directe de la souveraineté, la Constitution est la norme première de l'État et dans l'État. Toutefois, cette supériorité est demeurée très théorique tant que n'a pas été instauré un véritable contrôle de constitutionnalité. La loi, même inconstitutionnelle, ne continuait pas moins à produire tous ses effets; l'acte administratif conforme à une telle loi et donc, par ce fait, contraire à la Constitution, ne pouvait être déféré au juge et n'encourait point sa censure. L'effectivité de la primauté constitutionnelle est chose faite depuis 1958 avec la création d'un *Conseil constitutionnel* chargé, en particulier, de contrôler la constitutionnalité non seulement des lois mais aussi d'un certain nombre d'actes juridiques (conventions internationales ou règlements des assemblées, par exemple). Il est mis un terme au caractère tout théorique de la supériorité de la Constitution. Cette suprématie est assurée par le Conseil constitutionnel ou par les autres juridictions, selon la norme contrôlée.
La Constitution de 1958 n'est cependant pas un tout homogène. Elle comprend la partie rédigée en articles (1.) ainsi que le préambule, lui-même composite, (2.) et elle induit l'apparition d'une jurisprudence constitutionnelle, elle-même source du droit administratif (3.).

1. La Constitution proprement dite

18 Il s'agit de la partie de la Constitution rédigée en articles, initialement numérotés de 1 à 92 inclusivement et désormais numérotés, à la suite de plusieurs révisions constitutionnelles, de 1 à 89, avec suppression d'un certain nombre d'articles (78 à 86 inclus) mais sans rupture de la continuité des numéros et introduction d'articles gigognes (72-1 à 72-4 ou 88-1 à 88-7), ce qui donne un total de 106 articles après la 24e révision constitutionnelle, celle du 23 juillet 2008.
Cette partie du texte est une source majeure du droit administratif : tantôt ces dispositions s'appliquent directement aux actes administratifs car il n'existe aucune norme s'interposant entre la Constitution et l'acte administratif (4 nov. 1996, *Assoc. de défense des sociétés de course des hippodromes de province et autres*), tantôt ces dispositions ne sont pas directement opposables aux actes de l'Administration car une loi fait écran entre eux (Ass. 28 janv. 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris*). L'ensemble du texte constitutionnel rédigé en articles a pleine valeur constitutionnelle.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. Les autres dispositions constitutionnelles

19 Il s'agit du Préambule encore que la Constitution de 1958 comporte en réalité deux préambules, (chacun renvoyant à plusieurs textes ou catégories juridiques) : le sien, propre, très bref à l'origine, mais plus développé aujourd'hui, et le préambule de la Constitution de 1946, nettement plus long. Ce qui donne :

– le texte du Préambule propre à 1958 ;

– le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

– le texte de la Charte de l'environnement intégrée au Préambule par la révision constitutionnelle du 1er mars 2005 ; cependant, lorsqu'une loi met en œuvre une disposition de cette Charte, la régularité des décisions administratives s'apprécie normalement par rapport à la loi qui fait ainsi écran entre la Charte et les actes de l'administration (7 mai 2008, *Ass. ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*) ;

– le texte du Préambule de 1946, divisé en alinéas, et dénommés *« principes particulièrement nécessaires à notre temps »* ; (vérification que le décret d'application d'une loi respecte bien le 11e alinéa du préambule de 1946 : 6 mai 2009, *Assoc. FNATH et autres*, 312462) ;

– la proclamation par le Préambule de 1946, des *« principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »* (PFRLR).

Les deux premiers de ces textes ont un contenu entièrement écrit : ils ont, en principe, pleine valeur constitutionnelle ainsi que l'ont reconnu les jurisprudences combinées et convergentes du Conseil d'État (Ass. 12 févr. 1960, *Sté Éky*, p. 101) et du Conseil constitutionnel (70-39 DC, 19 juin 1970, *traité des Communautés européennes* ; 71-44 DC, 16 juil.1971, *Liberté d'association, p. 29, etc.*). Cette solution a été, après une hésitation (CC 2005-514 DC, 28 avr. 2005), étendue au troisième de ces textes, la Charte de l'environnement, combinée à la disposition de l'art. 34 de la Constitution conférant à la loi la détermination des « principes fondamentaux de la préservation de l'environnement » (Ass. 3 oct. 2008, *Cne d'Annecy* ; CC 2008-564, 19 juin 2008, *Loi OGM*). Le Conseil d'État opère cependant une distinction selon qu'une loi met en œuvre les principes de la charte, les actes administratifs étant en ce cas examinés seulement par rapport à la loi [loi-écran] ou que la loi est antérieure à l'entrée en vigueur de la charte, le juge vérifie alors la compatibilité de ces actes administratifs avec les exigences qui découlent de la charte (6 avr. 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux* ; 19 juin 2006, *Assoc. Eau et Rivières de Bretagne*). Une hésitation du même ordre existe pour certains principes particulièrement nécessaires à notre temps dont le caractère est très vague. En général cependant, le Conseil constitutionnel s'efforce de leur donner valeur constitutionnelle (CC 2004-504 DC, 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*).

La catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est d'application beaucoup plus délicate car celle ne repose sur aucune base écrite incontestable, un relatif arbitraire pourrait présider à leur découverte, d'où une réticence certaine du Conseil constitutionnel à y recourir (V. cpdt : CC 2011-157 QPC, 5 août 2011, *Sté SOMODIA*). On remarquera que la « découverte » d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République n'est pas le monopole du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État – il est vrai dans un contexte particulier – s'est reconnu un tel pouvoir (Ass. 3 juil.1996, *Moussa Koné*, *AJDA* 1996 p. 805 ; *RFDA* 1996 p. 870). Le juge est ainsi conduit bien près des effets d'un contrôle de la constitutionnalité de la loi lorsqu'il estime que des dispositions législatives devenues incompatibles avec des dispositions constitutionnelles postérieures doivent être considérées comme implicitement abrogées par ces dernières (24 juil.2009, *CRII GEN*, 305314).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

3. La jurisprudence constitutionnelle

20 La jurisprudence du Conseil constitutionnel, qu'elle résulte de l'exercice direct et *a priori* du contrôle de constitutionnalité ou de son exercice par voie d'exception, et donc *a posteriori*, au travers d'une QPC, est une source très importante du droit administratif au moins à trois points de vue.

En premier lieu, cette jurisprudence crée ou délimite des principes et des règles à valeur constitutionnelle ainsi que des « objectifs à valeur constitutionnelle » ou des « exigences constitutionnelles » dont le juge administratif doit, par la suite, faire application directement ou au travers de l'interprétation qu'il donne de la loi ou du règlement.

En deuxième lieu, cette jurisprudence interprète les dispositions constitutionnelles elles-mêmes, en leur donnant un sens certain univoque ; cette interprétation s'impose au juge administratif lorsqu'il fait application desdites dispositions.

Enfin, la jurisprudence constitutionnelle contrôle la constitutionnalité des lois en donnant parfois des interprétations du sens à donner à telle disposition législative pour qu'elle soit déclarée conforme ou non contraire à la Constitution. Cette interprétation, qui peut être constructive ou neutralisante (conformité « pour autant que » ou « sous réserve que » ou « sous les strictes réserves d'interprétation »), s'impose nécessairement au juge administratif pour un motif de cohérence de l'ordre juridique.

Le juge administratif s'estime parfois compétent pour connaître de la constitutionnalité des lois antérieures à la Constitution de 1958, époque où le Conseil constitutionnel n'existait pas encore (TA Strasbourg, plénière, 14 oct. 1997, *Maronèse c/ min. du Budget*). Il est toujours juge de la constitutionnalité des décisions administratives (TA Besançon 13 avr. 2011, *M. P.*, *AJDA* 2011 p. 1638, où un article du Règlement de lutte contre le dopage de la Féd. franç. de football est déclaré contraire à l'art. 8 de la Déclaration de 1789 ; 7 déc. 2012, *Assoc. FNATH*, 348600), notamment les décrets, même ceux transposant une directive communautaire (Ass. 8 févr. 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*).

4. Le renvoi préjudiciel au Conseil constitutionnel en matière de droits et de libertés (v. § 514)

21 La loi de révision constitutionnelle du 23 juil.2008 a accentué le souci de la prééminence du droit, dans sa source constitutionnelle. Elle a prévu que lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative (l'inconventionnalité d'une loi ne peut pas faire l'objet d'une QPC : 4 juil. 2012, *Assoc. « La Maille landaise »*, 359164) porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel est saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation La QPC est donc impossible devant le Tribunal des conflits (TC 4 juil.2011, *X.*, 3803). Si le CC déclare inconstitutionnelle la disposition contestée, celle-ci est abrogée soit à compter de sa décision soit à partir d'une date ultérieure fixée par cette même décision. Dans les deux cas le CC peut moduler les effets dans le temps de sa décision.

B. Les sources de rang international

22 L'article 55 de la Constitution énonce notamment que *« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »*.

Le droit international est devenu, à l'époque contemporaine, pour diverses raisons, une source capitale, voire « immense », du droit administratif, que l'on considère l'ordre international *stricto sensu* (1.), l'ordre juridique propre aux États de l'Union européenne (2.) ou

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

encore celui résultant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (3.). Toutefois une difficulté apparaît avec la décision précitée du Conseil d'État (Ass. 8 févr. 2007, *Sté Arcelor,* préc.) car elle institue au profit du juge administratif un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs par rapport à ceux des principes constitutionnels n'ayant pas d'équivalent dans le droit de l'Union européenne.

1. Le droit international *stricto sensu*

De ce point de vue, quatre ordres de considérations doivent retenir l'attention : les rapports qu'entretiennent entre eux la Constitution de 1958 et les traités, la question des conditions d'existence des traités, celle de la supralégalité des traités et celle, très complexe, de la combinaison entre elles des normes internationales.

● Sur les rapports Constitution-traités internationaux

La formulation de l'article 55 a soulevé deux questions s'agissant des rapports entre l'ordre international et la Constitution.

23 *Première question : le traité l'emporte-t-il sur la Constitution ou bien est-ce l'inverse ?* Sur ce point, l'article 55 dispose que lorsque le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle(s) une ou plusieurs stipulation(s) d'un traité international il ne peut être procédé à sa (leur) ratification sauf à opérer une révision de la Constitution. En ce cas le législateur et le constituant sont placés devant une alternative : refuser la révision de la Constitution (la ratification du traité est alors impossible) ou réviser la Constitution (la ratification du traité devient possible mais non obligatoire). Ceci résulte de la supériorité de la Constitution sur les traités (Ass. 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres*, et Ass. du 8 févr. 2007, *Sté Arcelor et autres*, préc.). Bien que la chose soit parfois discutée, notamment par la doctrine et la jurisprudence internationales. Tout d'abord, la Constitution, dans l'ordre interne de l'État français, est supérieure à toute autre règle juridique. Positivement, car la Constitution le dit en se plaçant elle-même au sommet de la hiérarchie qu'elle institue et parce que la Constitution est seule à pouvoir opérer ainsi. Négativement, la Constitution n'a pas prévu que les traités internationaux lui fussent supérieurs. Elle ne le pouvait d'ailleurs pas car la Constitution ne peut conférer aux traités une autorité supérieure à la sienne ; elle n'a pas la faculté d'instituer elle-même un pouvoir qui lui serait supérieur (en vertu du principe de bon sens juridique selon lequel nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en possède lui-même : *Nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*). Ensuite, est parfois invoqué le principe *Pacta sunt servanda* (« Les traités doivent être respectés »), principe coutumier du droit international, pour soutenir la supériorité des normes internationales sur les normes internes y compris la Constitution. C'est oublier que le principe *« Pacta… »* n'a, en France, de portée juridique qu'en vertu d'une disposition du Préambule de 1946, constitutionnalisé en 1958. C'est donc de la Constitution seule que les traités tiennent, en droit interne français, la place qu'ils occupent dans la hiérarchie des normes (CC 92-308 DC, 9 avr. 1992, *Maastricht I* ; CE 3 déc. 2001, *Synd. nat. de l'industrie pharmaceutique*).

24 *Seconde question : comment s'articulent le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité ?* Le Conseil constitutionnel considère que lorsqu'il statue sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, exerçant ainsi son contrôle de la constitutionnalité de la loi, cette constitutionnalité ne dépend aucunement de la conformité de la loi au traité international : une loi conforme à un traité peut être cependant jugée inconstitutionnelle tandis qu'une loi contraire à un traité ne serait pas *ipso facto* contraire à la Constitution.
Il existe cependant deux exceptions à ce principe.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1°) La première exception résulte de l'inclusion, dans la Constitution, de la référence au droit communautaire et à certaines de ses exigences.

C'est ainsi que la loi organique prévue à l'article 88-3 de la Constitution (pris pour l'application du traité de Maastricht) doit respecter *« les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre »* des droits reconnus par l'Union à ses ressortissants (CC 92-312 DC, 2 sept. 1992, *Maastricht II*).

Pareillement, le juge ne peut exercer de contrôle de constitutionnalité sur une loi se bornant à transposer les « dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive communautaire, la mise en œuvre de ces directives étant une exigence constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution (CC 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, considérants 7 à 9 ; 2004-497 DC, 1er juil. 2004, *Loi relative aux communications électroniques*, considérants 18 à 20 ; 2004-498 DC, 29 juil. 2004, *Loi relative à la bioéthique*, considérants 4 à 7 ; 2004-499 DC, 29 juil. 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, considérants 7 et 8 ; Ass. 8 févr. 2007, *Sté Arcelor*). Il suit de là que sont inconstitutionnelles celles des dispositions d'une loi qui sont « manifestement incompatibles » avec une directive communautaire qu'elles sont censées transposer (CC 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*). Il n'en irait autrement que dans le cas où serait transposée une norme contraire à une « disposition expresse » de la Constitution (mêmes décisions).

2°) La seconde exception réside en ce qu'une loi peut déroger à un principe constitutionnel dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international, le Conseil constitutionnel s'estimant compétent pour apprécier la nécessité d'une telle dérogation (CC 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi RESEDA*).

Quant au Conseil d'État, il refuse de contrôler la constitutionnalité d'un décret publiant un traité international dont la ratification a été autorisée par une loi car cette loi fait écran entre le décret de publication du traité et la Constitution (Ass. 8 juil. 2002, *Cne de Porta*, *AJDA* 2002 p. 1007). Il contrôle en revanche la constitutionnalité d'un décret transposant une directive communautaire lorsqu'est invoqué contre cette directive un principe de nature constitutionnelle n'ayant pas d'équivalent en droit communautaire (Ass. 8 févr. 2007, *Sté Arcelor*, préc.).

● L'existence des traités ou accords internationaux

25 Pour être applicable, un traité international doit remplir deux conditions principales : il doit nécessairement exister en tant que traité (5 janv. 2005, *Deprez* : à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et il doit posséder un sens certain.

S'agissant de la première condition, le traité doit avoir été signé, approuvé, éventuellement ratifié, et porté à la connaissance du public. Le traité n'existe pas, par exemple, lorsque la France :

– n'y a pas adhéré (Sect. 30 nov. 1962, *Cie de développement agricole et industriel* ; 12 janv. 2009, France nature environnement) ;

– l'a irrégulièrement signé (Sect. 18 juin 1965, *Cts Chatelain*) ;

– s'est abstenue de le publier (Sect. 11 déc. 1959, *Commissaire du gouvernement près la commission de répartition des indemnisations tchécoslovaques*) ;

– l'a irrégulièrement publié (cas, spectaculaire, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 déc. 1948, proclamée par l'ONU, que la France a publiée au *Journal officiel* du 9 févr. 1949 sans avoir procédé à sa ratification : 18 avr. 1951, *Élections de Nolay*, confirmé notamment par Ass. 21 déc. 1990, *Conféd. nat. des associations familiales catholiques et autres*, par 26 mai 2008, *Féd. des ayants droit de section de commune* ou par 11 mars 2013, *SOS racisme*, 332886 ; toutefois le juge refuse de contrôler la régularité du décret publiant un traité international lorsque la ratification de ce traité a été autorisée par une loi (Ass. 8 juil. 2002, Cne de Porta, préc.) ;

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– l'a irrégulièrement ratifié (du moins s'il s'agit d'un traité soumis à ratification ; sur cette question, voir : Ass. 9 juil. 2010, *Fédéral. nat. libre pensée*, 327663) ou approuvé (s'il s'agit d'un accord en forme simplifiée) (Ass. 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*).

Le moyen, invoqué par l'une des parties à un procès, tiré de l'irrégularité de la ratification ou de l'approbation d'un traité peut être soulevé devant le juge administratif soit par voie d'action, soit, même, par voie d'exception (Ass. 5 mars 2003, *Aggoun*).

S'agissant de la seconde condition, longtemps le juge administratif (à partir d'une décision du 23 juil. 1823, *Veuve Murat, comtesse Lipona*) a renvoyé au ministre des Affaires étrangères le soin d'interpréter les dispositions d'un traité international et il a considéré que cette interprétation s'imposait absolument à lui. Après une évolution jurisprudentielle survenue en 1938 (Ass. 1er juil. 1938, *Jabin-Dudognon*), le Conseil d'État a abandonné cette jurisprudence (Ass. 29 juin 1990, GISTI, p. 171, confirmé par 10 juin 1992, *min. de la Solidarité c/ Gacem*) : désormais il se reconnaît compétent pour interpréter lui-même tout traité international, sauf le cas particulier des traités communautaires non clairs (voir § 28).

● La supralégalité des traités ou accords internationaux

26 L'article 55 de la Constitution fait dépendre la supériorité du traité sur la loi d'une condition de réciprocité qui soulève cinq questions.

Que faut-il entendre par le terme « réciprocité » ? Par ce mot, il convient de comprendre non une condition nécessaire à la validité du traité (le respect d'une obligation de caractère synallagmatique) mais une exigence propre au droit interne français pour que soit assurée la primauté du traité sur la loi.

Qui est compétent pour constater le respect de la condition de réciprocité ? Le Conseil d'État a longtemps considéré le ministre des Affaires étrangères comme exclusivement compétent pour opérer ce constat (Ass. 29 mai 1981, *Rekhou* ; Ass. 9 avr. 1999, *Chevrol-Benkeddach*). Cette position, condamnée par la Cour EDH (13 févr. 2003, *Chevrol-Benkeddach*), a été cependant, un temps, maintenue (11 févr. 2004, *Chevrol*) malgré son incohérence avec la propre jurisprudence du Conseil d'État (dans la logique de l'arrêt *GISTI*, du 29juin 1990, *cf.* § 25). Désormais, comme annoncé dans les précédentes éditions de cet ouvrage, le Conseil d'État estime le juge seul compétent pour apprécier la réalisation de la condition de réciprocité (Ass. 9 juil. 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, 317747).

Que se passe-t-il en cas de défaut de réciprocité ? Le traité demeure valable, seule est supprimée sa supériorité sur la loi. La loi n'est plus tenue en respect par lui.

Il est toutefois des hypothèses de traités dont la supériorité sur la loi ne dépend nullement de cette réciprocité : traités communautaires (CC 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires*), traités relatifs à la protection de la personne humaine ou à caractère humanitaire (CC 98-408 DC, 22 janv. 1999, *Traité instituant la Cour pénale internationale*).

En quoi consiste la « supralégalité » des traités internationaux ? Elle signifie que toute loi contraire à un traité ou à un accord international doit s'incliner devant la disposition internationale. La loi n'est pas annulée, simplement la (ou les) disposition(s) législative(s) contraire(s) est (sont) écartée(s) ; celle(s)-ci pourrai(en)t retrouver toute son (leur) efficacité si le traité venait à être abrogé ou modifié. Cependant, les juridictions ont été très lentes à admettre la conséquence de la supralégalité des traités, c'est-à-dire la mise à l'écart des dispositions législatives contraires à un traité ou à un accord international. On a tout d'abord cru que c'était au Conseil constitutionnel qu'il appartenait d'assurer le respect de l'art. 55 de la Constitution en déclarant inconstitutionnelle une loi contraire à un traité ; celui-ci déclina sa compétence au motif, notamment, qu'une loi contraire à un traité n'est pas nécessairement, de ce seul chef, inconstitutionnelle (CC 75-54 DC, 15 janv. 1975, *Interruption volontaire de*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

grossesse). Les juridictions de droit commun ont eu des attitudes très contrastées à la suite de cette position du juge constitutionnel. La Cour de cassation s'estima, d'emblée, compétente pour apprécier la conformité d'une loi à un traité et pour, le cas échéant, en écarter l'application (Cass. mixte 24 mai 1975, *Administration des Douanes c/ Cafés J. Vabre*). Le Conseil d'État fut plus hésitant en refusant tout d'abord d'appliquer lui-même l'art. 55 (Ass. 7 juil. 1978, *Croissant*), avant de se rallier, à son tour, à la solution adoptée par la Cour de cassation (Ass. 20 oct. 1989, *Nicolo*, p. 190, concl. P. Frydman). Il l'a étendue, ensuite, au droit international dérivé des traités (voir, par ex., pour les directives communautaires : Ass. 28 févr. 1992, *SA Rothmans international France et Sté Arizona Tobacco Products*, 2 espèces, *AJDA* 1992, p. 210, concl. M. Laroque).

Quelle est l'étendue de la supralégalité reconnue aux traités et accords internationaux? Selon le Conseil d'État (Ass. 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres*, p. 368), cette supériorité du traité joue pour toute espèce de loi (ordinaire ou organique) quel qu'en soit l'auteur (Parlement ou peuple décidant par référendum).

En revanche, cette supériorité ne joue qu'en faveur des « traités » ou « accords » selon les termes mêmes de l'art. 55, non pour les règles coutumières (Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*) ou les principes non écrits du droit international (28 juil. 2000, *Paulin*) car ces derniers, s'ils sont désormais directement invocables devant le juge français, ne sont pas pour autant supérieurs à la loi.

Le juge fait une distinction entre ceux des actes internationaux qui ne créent d'obligations qu'entre les États signataires et ceux qui créent directement des droits au profit des particuliers. Cette distinction, dont la mise en œuvre concrète s'est souvent révélée délicate, a été clarifiée par une importante décision (Ass. 11 avr. 2012, *GISTI et autre*, 322326). Les premiers ne sont pas invocables devant le juge par les particuliers (Ass. 5 mars 1999, *Rouquette, Lipietz et autres*; 11 décembre 2006, *Dispans* [« actions communes » de l'art. 14, Traité UE]; 9 novembre 2007, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage…* [convention de Paris de 1902 sur la protection des oiseaux utiles à l'agriculture]; 4 novembre 2011, *Robert X.*, 335193 et 23 déc. 2010, *Assoc. Aides et autres* [respectivement, art. 7 et art. 10 du pacte des Nations-Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels et art. 11 et 13 de la charte sociale européenne]), tandis que les seconds sont invocables par les particuliers devant le juge ; ils sont, en outre, dotés de la supériorité sur la loi (Avis, Ass. 15 avr. 1996, *Doukouré*; 26 avr. 2006, *Bolukbas*, *AJDA* 2006 p. 1985, concl. I. de Silva [stipulations contenues dans la décision du 19 septembre 1980, du conseil d'association institué par l'accord d'association entre la CEE et la Turquie]). Parfois, au sein d'une même convention internationale, le juge décèle des stipulations invocables et d'autres qui ne le sont pas (ainsi, dans la convention de New-York, du 26 janvier 1990, relative aux droits de l'enfant : 29 juil. 1994, *préfet de Seine-Maritime*; Sect. 23 avr. 1997, GISTI; 22 sept. 1997, *Cinar*; 27 juin 2008, *Etarh*; v. aussi 23 avr. 2009, *Assoc. France Nature Environnement* [convention d'Aarhus, 25 juin 1998]). Cette supériorité s'applique également lorsque l'incompatibilité entre le traité et la loi surgit postérieurement à l'intervention de la loi ; la loi est, originairement, conforme au traité mais, par la suite, lui devient contraire du fait d'un changement dans les circonstances (Sect. 2 juin 1999, *Meyet*) : en ce cas, il faut modifier la loi ou l'écarter.

Par ailleurs, le juge des référés, en vertu d'une jurisprudence discutable, ne peut pas examiner le moyen d'inconventionnalité de la loi (30 déc. 2002, *Carminati*; 21 oct. 2005, *Association Aides et autres*, p. 438 ; 20 déc. 2005, Meyet, p. 586 ; ord. réf. 9 août 2006, *Cne de Groslay*).

● La combinaison des traités ou accords internationaux entre eux

27 Après avoir estimé que l'article 55 ne permettait pas d'examiner la conformité d'un traité à un autre traité (Ass. 8 juil. 29002, *Cne de Porta*), le juge a nettement évolué sur ce point. Il édifie progressivement une véritable théorie jurisprudentielle de la confrontation entre normes internationales, y compris européennes. Désormais il considère que *« sous réserve des cas où*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international ; qu'il incombe dans ce cas au juge administratif, après avoir vérifié que les stipulations de cet autre traité ou accord sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui, de définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public ; que dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne » (Ass. 23 déc. 2011, *Eduardo José Kandyrine de Brito Peïva*, 303678, *RFDA* 2012 p. 1, concl. J. Boucher). Parmi les normes « externes » une place particulière est faite au droit de l'Union européenne (Pour une décision essentielle sur le régime de compatibilité entre normes internationales et normes européennes et sur les rôles respectifs tenus à cet égard par le juge national et la CJUE, voir : 6 déc. 2012, *Sté Air Algérie*, 347870). Toutefois, le moyen tiré d'une incompatibilité entre une norme de droit international et une norme du droit de l'Union européenne n'est pas d'ordre public (26 déc. 2012, *Sté BNP Paribas*, 341404 et 341403).

2. Le cas particulier du droit communautaire

28 Cinq questions principales doivent être examinées : le statut des traités communautaires, les directives communautaires, le régime de responsabilité découlant du non respect du droit communautaire, les principes généraux du droit communautaire et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (V. B. Genevois, *L'application du droit communautaire par le Conseil d'État*, *RFDA* 2009 p. 201). Auparavant, il importe de relever que, indépendamment du rôle éminent dévolu sur ce point à la CJUE, le juge national est *« juge de droit commun de l'application du droit communautaire »* (CJCE 5 févr. 1963, Van Gend en Loos, repris par Ass. 30 oct. 2009, *Mme Perreux*) ; ceci explique l'obligation, même pour le juge national des référés, d'interpréter lui-même le droit communautaire dont il doit faire application (15 avr. 2011, *Yousfia X.*, 348338).

● Les traités communautaires

29 La construction, à partir de 1957, de communautés européennes devenues aujourd'hui l'Union européenne repose, d'une part, sur des traités internationaux (c'est le droit communautaire *originaire*) et sur des actes pris en exécution de ces traités (décisions, règlements, directives : c'est le droit communautaire *dérivé*), d'autre part sur l'existence d'une juridiction spéciale, siégeant à Luxembourg, la *Cour de justice de l'Union européenne* (CJUE). Cette cour est compétente, à la fois, pour trancher les conflits nés du droit et/ou des organes communautaires et, à titre exclusif, pour interpréter, sur renvoi préjudiciel par les juridictions nationales, les dispositions communautaires lorsque leur sens est contesté (art. 267 du traité de Rome). C'est pourquoi sont seules recevables les questions préjudicielles ayant un caractère « né et actuel » et non un « caractère hypothétique » (CJUE 15 sept. 2011, *Unio de Pagesos de*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Catalunya). Ce monopole d'interprétation se justifie par la nécessité d'assurer dans toute l'Union une même interprétation de règles de droit elles-mêmes uniques.

Le Conseil d'État s'est tout d'abord montré réticent pour accepter de renvoyer à la cour de Luxembourg les litiges d'interprétation (voir, par ex. : Ass. 19 juin 1964, *Soc. des pétroles Shell-Berre*), il ne le fera véritablement qu'à partir de 1970 (Sect. 10 juil. 1970, *Synd. nat. du commerce extérieur des céréales*; 28 nov. 2011, *France Agrimer*, 328644), opérant une distinction entre les dispositions litigieuses selon qu'elles sont claires ou ne le sont pas ; ce n'est que dans ce dernier cas qu'il accepte de renvoyer le litige à la CJUE. Cette distinction a été condamnée par la CJUE ; pour elle, le renvoi s'impose dès que se pose une question d'interprétation sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la stipulation à interpréter est claire ou non (15 juil. 1964, *Costa c/ ENEL*) mais le Conseil d'État maintient sa position sur ce point.

Toutefois, le juge du référé-liberté (*cf.* § 545), en raison de l'urgence qui caractérise cette procédure, se reconnaît le pouvoir d'interpréter à titre provisoire une disposition du droit communautaire dans l'attente de la décision de la CJUE sur ce point (18 oct. 2006, *Djabraïlova*). Le règlement intérieur de la CJUE prévoit d'ailleurs une procédure d'examen urgent des renvois préjudiciels (3 juil. 2009, *min. Budget, Comptes publ. et Fonct. publ.*, 317075).

Concernant la réponse de la CJUE sur renvoi préjudiciel, plusieurs précisions doivent être apportées.

Longtemps le juge a considéré que seule s'imposait à lui la partie de la réponse correspondant à la question posée ; désormais, il reconnaît autorité de chose jugée aux interprétations données par la CJUE, dans la limite de sa compétence, en réponse à un renvoi préjudiciel même si cette réponse excède l'objet réel de ce renvoi (Ass. 11 déc. 2006, *De Groot en Slot Allium B. V. et autres*).

Lorsque se pose au juge administratif une question de droit sur laquelle la CJUE s'est déjà prononcée, celui-ci refuse le renvoi préjudiciel et fait sienne l'interprétation antérieure de la cour (8 avr. 1987, *min. du Travail c/ Heisch*). Cette solution, que justifient d'évidents arguments pratiques, a l'inconvénient d'empêcher la cour de revenir sur son interprétation précédente pour la préciser, la corriger, l'infléchir, voire la renverser.

La constatation par la CJUE de l'invalidité d'un acte communautaire s'impose absolument au juge national (Sect. 26 juil. 1985, *ONIC*, préc. : cas d'un règlement communautaire). Symétriquement, le juge administratif a l'obligation de suspendre l'application d'un acte de droit interne contraire à une norme communautaire lorsque la légalité de cette dernière n'est pas contestée (Bordeaux, ord. réf., 1er mars 2005, *Région de la Guyane*) ou d'un acte contraire à une décision de la CJUE rendue sur renvoi préjudiciel (28 nov. 2011, *Sté Monsanto SAS*, 313605).

● Les directives communautaires

30 Les directives communautaires constituent une part très importante du droit communautaire « dérivé », c'est-à-dire produit par les organes communautaires en application des traités régissant l'Union européenne. Ceux-ci prévoient (art. 248) que ces organes peuvent prendre cinq sortes d'actes :

– les *avis* et les *recommandations*, qui ne lient pas les États membres ;

– les *décisions*, qui sont obligatoires en tous leurs éléments mais seulement pour les destinataires qu'elles désignent expressément ;

– les *règlements*, qui présentent les trois particularités d'être : 1) à portée générale ; 2) obligatoires dans tous leurs éléments ; 3) directement applicables dans tout État membre ;

– les *directives*, qui *« lient tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »*.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Si les quatre premières catégories sont assez faciles à mettre en œuvre – les deux premières n'étant que facultatives et les deux suivantes étant directement obligatoires – il n'en va pas de même pour les directives. Elles fixent un objectif que les États doivent atteindre mais par le moyen d'une transposition nationale dont ils ont l'entière maîtrise technique pour autant que cette transposition respecte bien l'objectif poursuivi par la directive. Les directives soulèvent de nombreuses questions.

La CJUE, par une jurisprudence audacieuse qui prend quelque liberté avec la lettre comme avec l'esprit de l'art. 249 al. 3, a estimé que les directives, lorsqu'elles sont suffisamment précises, sont susceptibles de produire des effets directs dans les États membres (CJCE 6 oct. 1970, *Franz Grad*) et qu'elles peuvent être invoquées par les justiciables en justice (CJCE 4 déc. 1974, *Van Duyn*). Elle a réitéré cette solution dans un arrêt remarqué par la solennité de sa formulation et le caractère abrupt de la doctrine qu'il contient (CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*), provoquant une ferme réaction du Conseil d'État (Ass. 22 déc. 1978, *min. de l'Intérieur c/ D. Cohn-Bendit*), ce dernier refusant – à juste titre – que les directives soient traitées comme des règlements et que l'art. 248 du traité soit laissé, sur ce point, lettre morte. Cependant, progressivement, la jurisprudence *Cohn-Bendit* a été assortie de tant d'exceptions qu'elle a fini par être abandonnée : le Conseil d'État admet donc désormais, dans toutes les hypothèses, l'effet direct des directives européennes (Ass. 30 oct. 2009, *Mme Perreux*). Par ailleurs, le juge administratif admet l'examen direct de la conformité d'un acte administratif réglementaire à une directive même lorsqu'une loi s'interpose entre les deux (Ass. 28 févr. 1992, *SA Rothmans international France et Sté Arizona Tobacco Products*, 2 espèces, préc.; 9 juil. 1993, *Assoc. FO consommateurs et autres*). Tout d'abord, la correcte transposition des directives communautaires en droit interne français est une exigence constitutionnelle découlant directement des termes de l'art. 88-1 de la Constitution (CC 2006-496 DC, confirmée en particulier par 2006-543 DC, 30 nov. 2006). En premier lieu, cette exigence ne s'applique, au niveau constitutionnel, qu'aux lois ayant précisément pour objet de transposer une directive (2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi sur l'égalité des chances*). En deuxième lieu, le contrôle du juge constitutionnel est un contrôle restreint à l'examen du point de savoir si la loi en cause est « manifestement » incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. En troisième lieu, cette exigence céderait dans le cas où la directive à transposer serait contraire à une disposition constitutionnelle expresse ou irait à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (2006-540 DC, 27 juil. 2006, *Loi sur le droit d'auteur*).

Également, si, pendant la période de transposition d'une directive, on ne saurait reprocher à l'État de ne l'avoir pas transposée puisqu'il est encore dans le délai pour le faire, c'est sous deux réserves cependant. Durant ce délai il a, positivement, l'obligation de débuter la procédure de transposition à une époque telle qu'elle permette effectivement l'entrée en vigueur de la directive transposée à la date que cette dernière a fixée. Négativement, durant ce délai, l'État doit s'abstenir de prendre aucune mesure *« de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive »* (CJCE 18 déc. 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et région wallonne*; c'est aussi la position du Conseil d'État : 10 janv. 2001, *France nature environnement*; Sect. 29 oct. 2004, *Sueur et autres*). De la même façon, les autorités nationales ne doivent pas édicter, même en d'autres matières que celles concernées par la directive, de dispositions contraires aux objectifs poursuivis par une directive (7 déc. 1985, *Féd. franç. des sociétés de protection de la nature*) lorsque ces dispositions entrent en vigueur après la date de transposition de la directive (Ass. 20 févr. 1998, *Ville de Vaucresson*). De plus, en transposant une directive, les autorités françaises peuvent aller au-delà de ce que celle-ci impose si cela contribue à la réalisation des objectifs que cette directive poursuit (19 nov. 2003, *Ville de Nîmes*). Cependant, lorsqu'une matière a fait l'objet d'une harmonisation totale et complète au sein de l'UE, les États membres ne peuvent plus y ajouter des règles nationales (10 juil. 2006, *A.P.I.V.I.R.*). Naturellement, les auto-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

rités nationales peuvent transposer la directive et lui faire produire effet avant l'expiration du délai de transposition.

Par ailleurs, après la date limite de transposition, faute d'avoir été transposée en droit interne français, la directive produit tous ses effets : elle est donc directement invocable, éventuellement, contre des règles du droit français (Ass. 6 févr. 1998, *Tête*). Cependant, lorsque l'État n'a pas transposé – même partiellement (sur la notion de transposition incomplète d'une directive, voir, à propos de la transposition de la directive du 11 mars 1999 relative à la réduction des émissions de composés organiques volatils dans l'utilisation de solvants organiques : CJCE 7 mai 2009, *Commiss. c/ France*, aff. C 443/08) – une directive, il ne peut s'en prévaloir contre les particuliers (Sect. 23 juin 1995, *SA Lilly France*).

Encore, l'obligation de respecter la primauté absolue du droit communautaire impose, au Premier ministre, le cas échéant, de mettre en œuvre, au moyen de l'exercice de son pouvoir réglementaire, une procédure d'abrogation ou de modification des dispositions de nature réglementaire contenues dans une loi et qui seraient contraires à une directive (Sect. 3 déc. 1999, *Assoc. ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, 2 espèces ; à propos d'un décret inconventionnel : 28 avr. 2006, *Dellas*). Semblablement, cette primauté permet au gouvernement de laisser inappliquée une disposition législative incompatible avec une directive communautaire en ne prenant pas les mesures réglementaires d'exécution de cette disposition (24 févr. 1999, *Assoc. des patients de la médecine anthroposophique et autres*).

De plus, le contrôle contentieux exercé par le juge administratif sur la régularité des actes administratifs pris en exécution d'une directive ou pour se conformer à elle est un contrôle plein et entier (28 sept. 1984, *Conféd. nationale des sociétés de protection des animaux de France*). Il s'étend à l'appréciation de leur constitutionnalité lorsque est invoquée à leur encontre la violation d'un principe constitutionnel qui n'existe pas, de manière équivalente, en droit communautaire (Ass. 8 févr. 2007, *Sté Arcelor*, préc.).

La CJUE ayant jugé et le traité UE ayant disposé (art. 6 § 2) que l'ensemble des stipulations de la Convention EDH avaient valeur de « principes généraux du droit communautaire », le Conseil d'État s'estime – non sans audace – compétent pour apprécier la compatibilité d'une directive communautaire avec les stipulations de la Convention EDH (Section, 10 avr. 2008, *Conseil national des Barreaux et autres*).

● La responsabilité de l'État du fait de la violation du droit communautaire

31 L'État qui n'a pas respecté un acte communautaire, en particulier une directive, engage sa responsabilité. La jurisprudence a connu une importante évolution. La CJUE ayant jugé que le non-respect du droit communautaire (ici non-transposition d'une directive) engage directement la responsabilité de l'État (19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*), le juge administratif français a suivi (Paris 1er juil. 1992, *Soc. J. Dangeville* ; Ass. 30 oct. 1996, *min. du Budget c/ Sté J. Dangeville*). Puis, par quatre arrêts du 5 mars 1996 (*Brasserie du Pêcheur, Factortame III, British Telecom* et *Hedley Lomas*), la CJUE a édifié une véritable doctrine de la responsabilité de l'État en cette matière, dont il découle les éléments suivants :

1°) la responsabilité de l'État est engagée du fait du non-respect par lui d'une obligation lui incombant ou du fait qu'il est impuissant à empêcher, sur son territoire, la violation, par d'autres, d'obligations communautaires. En ce dernier cas, il ne peut être fait échec à cette responsabilité ni en établissant que l'État a mis en œuvre tout ce qu'il pouvait pour empêcher cette violation ni en invoquant le fait que ce genre de préjudice est couvert dans l'ordre interne par l'existence d'un système de responsabilité sans faute à prouver (CJCE 9 déc. 1997,

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Commission c/ République française, dans l'affaire dite de « la guerre de la fraise ») ; une véritable obligation de résultat pèse sur l'État ;
2°) la responsabilité de l'État est engagée en cas de violation du droit communautaire soit de façon automatique si celui-ci ne se trouvait pas en situation de compétence liée (*cf.* § 51-52) lors de la prise de décision contestée, soit, s'il avait compétence liée, en fonction du degré de sa marge d'appréciation ;
3°) l'État a l'obligation de réparer cette violation quel qu'en soit l'auteur, y compris le Parlement lui-même ;
4°) le régime de réparation est régi par les règles nationales de l'État responsable sauf si, par leur étroitesse, leur rigidité ou la brièveté des délais impartis, par exemple, elles portent atteinte à l'effectivité de l'exercice du droit à réparation (CJCE 25 juil. 1991, *Emmott*, et, surtout, 2 déc. 1997, *Fantask*).
Toutefois, quand la CJUE interprète le droit communautaire après qu'une décision juridictionnelle nationale devenue définitive a statué dans un sens différent, cela n'oblige pas l'autorité administrative de cet État membre à revenir sur la chose jugée sauf exception strictement délimitée (CJCE 12 févr. 2008, *Kempter*, précisant sa décision *Kühne et Heitz* du 13 janv. 2004).

● Les principes généraux tirés du droit communautaire

32 La question de savoir si les principes généraux tirés du droit communautaire constituent une source du droit administratif est posée depuis la fin des années 1970 (dans le sens d'une réponse positive, *cf.* concl. Capotorti sur CJCE 20 févr. 1979, *SA Buitoni c/ Forma*). Après une certaine cacophonie entre les juges du premier degré, et une très nette hésitation du Conseil d'État (30 nov. 1994, *SCI Résidence Dauphine* ; 17 sept. 1995, *Commiss. nat. des comptes de campagne*), a ainsi fixé sa doctrine. D'une part, les principes généraux du droit communautaire s'imposent à la loi et donc au pouvoir réglementaire (3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, préc.). D'autre part, cette supériorité est strictement limitée aux seuls principes généraux de l'ordre juridique communautaire déduits du traité instituant la communauté européenne : confiance légitime, sécurité juridique, principe de loyauté, principe de primauté, etc., et ces principes ne sont invocables devant le juge national français que dans le cas où la situation juridique dont il a à connaître est régie par le droit de l'UE (26 sept. 2011, *Cyrille X.*, 350439).
Lorsque est invoquée devant lui la violation d'un principe du droit communautaire qui est en même temps un principe général du droit français, même de nature constitutionnelle, il fait application du droit communautaire (Ass. 8 févr. 2007, *Sté Arcelor*, préc.) avec renvoi éventuel à la CJUE lorsque se pose une question d'interprétation.
Enfin, la CJUE n'hésite pas, malgré l'affirmation théorique de la suprématie du droit international, à annuler un règlement communautaire conforme au droit international mais contraire « aux principes constitutionnels du traité » sur les communautés européennes (CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi, Al Barakaat Foundation c/ Commission et Conseil de l'UE*).

● La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

33 Envisagée en 1999, cette Charte entend rassembler en un texte unique divers droits ou ensembles de droits reconnus aux ressortissants européens, jusque-là épars dans des documents émanés de l'UE ou d'autres institutions auxquelles l'UE a adhéré. Après avoir fait l'objet de plusieurs réécritures, elle est entrée en vigueur en même temps que le traité de Lisbonne dont elle fait partie, en décembre 2009. Les dispositions de cette Charte ne peuvent être invoquées qu'à l'égard des dispositions mettant en œuvre le droit de l'UE (15 mai 2012, *Féd. INTERCO CFDT*, 350393).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

34 En droit strict, cette convention, signée à Rome, n'est qu'un traité international comme un autre et devrait relever de ce qui a été dit ci-dessus à propos des traités (*cf.* § 21-26). Toutefois, par son domaine d'application, les droits et libertés fondamentaux, comme du fait de l'existence d'une abondante jurisprudence édifiée par la juridiction chargée d'interpréter cette convention et d'en vérifier la correcte mise en œuvre, ce texte, s'est révélé, au fil des décennies, un puissant instrument juridique pour la constitution d'une Europe des libertés. Il a eu, et conserve, une influence capitale, en tant que source, sur le droit administratif français ; cependant, selon le Conseil d'État, cette Convention, du moins son premier protocole additionnel, ne peut être invoquée par les collectivités territoriales (23 mai 2007, *Département des Landes* ; v. aussi : X. Dupré de Boulois, *Les personnes publiques et la CEDH : Un peu, beaucoup, pas du tout ? AJDA* 2008 p. 1036).

La convention de Rome, du 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974, est un texte à portée supranationale, applicable à tous les États membres du Conseil de l'Europe (près d'une cinquantaine) et pas seulement aux vingt-sept États membres de l'Union européenne. Ce traité institue une juridiction spéciale, la *Cour européenne des droits de l'homme* (Cour EDH), compétente pour interpréter de manière autonome les concepts utilisés par la Convention EDH et ses divers protocoles. Elle n'a cependant pas le monopole d'interprétation de la Convention, à la différence de ce qui se produit pour la CJUE à l'égard du droit de l'UE. En effet, d'une part, la Convention est d'applicabilité et d'invocabilité directes devant les juridictions nationales, dont les juridictions administratives (Ass. 19 avr. 1991, *Belgacem et Babbas*, 2 espèces, *RFDA* 1991 p. 509, concl. R. Abraham), et cela aussi bien par les citoyens que par les étrangers se trouvant dans l'un des États signataires, d'autre part, ces derniers peuvent saisir la Cour EDH toutes les fois qu'ils estiment qu'il est porté atteinte à l'un des droits garantis par ladite convention du fait de tout acte, comportement ou procédure se déroulant dans le cadre national. La Cour elle-même considère, dans une forte expression, que la Convention de 1950 est un *« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »* (CEDH 23 mars 1995, *Loizidou*). C'est pourquoi le traité UE (art. 6 § 2) et la jurisprudence de la CJUE (15 oct. 2002, *Limburgs Vinyl Maatschappig* ; 26 juin 2007, *Ordre des Barreaux francophones et germanophones et autres*) font des principes contenus dans la Convention EDH des « principes généraux du droit communautaire ».

L'inexécution par un État, dans un délai de trois mois, d'une décision de la Cour, entraîne (art. 50 Convention EDH) *ipso facto* le paiement d'intérêts moratoires (CEDH 3 juil. 1995, *Hentrich c/ France*).

Le Conseil d'État a tendance à cantonner la portée des décisions de la Cour EDH, d'une part, en leur appliquant le principe de l'effet relatif de la chose jugée, d'autre part, en refusant de reconnaître une « autorité de la chose interprétée » par la Cour (concl. G. Bachelier sur 24 nov. 1997, *min. de l'Économie et des Finances c/ Sté Amibu* ; et surtout, concl. J. Arrighi de Casanova sur Avis, Ass. 31 mars 1995, *min. du Budget c/ SARL Auto-Industrie Méric*).

C. La source d'origine législative

Il s'agit d'une source composée en réalité de deux éléments : les lois au sens propre du terme (1.) et les actes parlementaires (2.). Si le juge administratif contrôle la conformité des lois aux traités, il ne contrôle pas leur conformité à la loi organique (25 juil. 2008, *Féd. nat. aviation marchande*) ou à la Constitution.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Les lois

35 Les lois sont, par excellence, les actes juridiques composant la juridicité ; leur respect s'impose à l'Administration. À l'égard des lois, la soumission du pouvoir réglementaire est absolue, quand bien même il s'agirait d'une loi inconstitutionnelle mais non déférée au Conseil constitutionnel. Il n'en va autrement que dans un seul cas – mais d'importance –, celui dans lequel la loi, même organique, dont le règlement fait application est elle-même contraire à une source de droit international. En ce cas, non seulement le règlement n'est pas tenu de respecter la loi mais le pouvoir exécutif (*cf.* § 26), a l'obligation d'écarter l'application de la loi. Il en irait ainsi même dans l'hypothèse où la loi contraire à une norme internationale aurait été, auparavant, déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (ex. 7 juin 2006, *Assoc. Aides et autres*, à propos de l'art. 97 de la loi de fin. rectificative pour 2003 déclarée conforme à la Constitution par le CC dans 2003-488 DC, 29 déc. 2003).

Sur la loi, le juge administratif n'exerce aucun contrôle de constitutionnalité (Ass. 22 oct. 1979, U.D.T. et, *Élection des représentants à l'assemblée des communautés européennes*, 2 espèces ; Sect. 29 oct. 2004, Sueur et autres). Il ne contrôle pas, non plus, si la loi a été prise dans les formes requises constitutionnellement : il suffit qu'elle ait été publiée au *Journal officiel*. Le juge administratif se borne donc à vérifier que la loi existe bien matériellement (Ass. 1er juil. 1960, *Féd. nat. des organismes de sécurité sociale*) et qu'elle n'a pas été abrogée, fût-ce implicitement (Ass. 13 mai 1949, *Bourgoin* ; ord. réf. 21 nov. 2005, *Boisvert* ; Sect. 23 nov. 2005, *Baux*), cette abrogation pouvant même résulter d'une disposition constitutionnelle postérieure à la loi (9 oct. 1959, *Taddéi* ; Ass. 16 déc. 2005, *min. Aff. Sociales et Syndicat national des huissiers*).

2. Les actes parlementaires

36 Les actes parlementaires sont les décisions autres que les lois, règlement, résolutions ou motions pris par les organes des assemblées parlementaires. Traditionnellement, ces actes bénéficient d'une immunité juridictionnelle car le juge administratif, qui est fondamentalement le juge de l'administration prise en son sens organique, ne saurait s'immiscer dans le fonctionnement des assemblées parlementaires qui, d'évidence, n'appartiennent pas à l'univers administratif. Ainsi, il ne contrôle pas le refus d'admettre une personne à concourir à un emploi administratif au sein du Parlement (Sect. 26 mai 1950, *Vouters*), l'attribution d'une pension de retraite par décision d'une assemblée (18 févr. 1955, *Buyat*), et, de façon générale, de tous les litiges relatifs au régime des pensions des parlementaires (28 déc. 2009, *Christiane X.*, 320432), ou la radiation des cadres d'un membre du personnel sur décision de l'un des organes parlementaires (président, questeurs, etc. : Ass. 31 mai 1957, *Girard*). Pareillement, le juge administratif ne peut connaître de la décision par laquelle le Président de l'Assemblée nationale rend public le rapport d'une commission d'enquête parlementaire (16 avr. 2010, Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France, 304176). Il n'y a guère que deux exceptions à cette incompétence du juge administratif. Celui-ci se voit confier, en vertu de l'ordonnance du 17 novembre 1958, la connaissance des litiges relatifs à la carrière des fonctionnaires au service des assemblées parlementaires (16 avr. 2010, *Assemblée nationale*, 326534, à propos du comité d'avancement des personnels de l'Ass. nat.). En second lieu, la jurisprudence décide de même à propos des contrats conclus par les services administratifs des assemblées (Ass. 5 mars 1999, *président de l'Assemblée nationale*).

Cependant, dans une importante décision (Ass. 4 juil. 2003, *Papon*, aux concl. contraires de L. Vallée), le Conseil d'État a refusé de se déclarer compétent pour connaître du litige né du refus opposé à un député de continuer à lui verser sa pension de retraite en qualité d'ancien député à l'Assemblée nationale. Cette solution est très discutable en ce qu'elle contredit l'évolution jurisprudentielle antérieure ainsi que les droits à recours et au procès, dans la

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

mesure où il ne s'agissait en l'espèce nullement d'une décision prise par les assemblées elles-mêmes mais par des organes administratifs chargés de leur gestion : il semble bien difficile d'admettre pour de tels organes une immunité juridictionnelle absolue qui n'existe pas, par exemple, pour le président de l'Assemblée nationale lorsqu'il signe *ès qualités* un contrat au nom et pour le compte de cette assemblée.

D. La jurisprudence administrative source du droit administratif. La théorie des principes généraux du droit

La qualité de source du droit qui est celle de la jurisprudence fait débat (1.). L'invention par cette dernière de *« principes généraux du droit »* ne permet cependant guère l'hésitation (2.).

1. La jurisprudence administrative

37 Il est clair que la jurisprudence est une source importante du droit administratif. Celle-ci est indispensable pour combler les lacunes des textes ou trancher dans l'obscurité ou l'ambiguïté de ceux-ci. Souvent aussi, la jurisprudence est appelée à connaître de questions inédites qui, par définition, n'ont encore reçu aucune réponse dans le droit positif écrit. Il arrive également qu'il y ait contradiction entre des textes successifs ayant un même objet ou entre des textes contemporains à objets différents parce que ces textes poursuivent des buts différents car ils ont des objectifs dissemblables.

Pourtant la qualité de source reconnue à la jurisprudence soulève des objections pratiques, et surtout théoriques, qui peuvent paraître difficilement surmontables. En pratique, la jurisprudence présente des inconvénients certains : elle est normalement *rétroactive* et concerne donc des cas qui, lorsqu'ils sont survenus, ignoraient cette solution d'où l'effort contemporain pour moduler dans le temps les effets des annulations (Ass. 11 mai 2004, *Ass. AC ! et autres*) comme des rejets contentieux (Sect. 27 oct. 2006, *Sté Techna*) prononcés par le juge administratif. Également, et surtout, s'alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. plén. 21 déc. 2006, D. 2007 p. 835), le Conseil d'État admet désormais la limitation voire la suppression du caractère rétroactif de ses évolutions ou solutions jurisprudentielles (Ass. 16 juil. 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*). La jurisprudence est *instable* dans la mesure où le droit français prohibe la règle, anglo-saxonne, du précédent comme l'arrêt de règlement, ce qui introduit un facteur d'incertitudes, voire d'insécurité juridique ; elle est *difficile à connaître* car elle échappe à tout effort de systématisation, sauf à ignorer les éléments de fait ou de droit propres à chaque dossier contentieux et qui ont pu avoir un effet décisif sur l'issue de celui-ci. Surtout, au point de vue théorique, il semble difficile d'admettre que la jurisprudence puisse être une source de droit dans un État démocratique, où toute légitimité réside dans le peuple et/ou dans ses représentants élus. Pareillement, toute règle ou solution juridique tire sa validité intrinsèque et sa capacité extrinsèque à contraindre de ce qu'elle émane du peuple. Ainsi la jurisprudence, rendue par des juges non élus, non comptables et non responsables de leurs décisions devant le peuple, peut difficilement prétendre à la qualité et au rang de source du droit même si les jugements sont rendus « au nom du peuple français ». Cependant, malgré tous ces inconvénients et problèmes, les considérations pratiques évoquées plus haut l'emportent et il est vrai de dire que la jurisprudence est une source, et une source irremplaçable, du droit administratif. C'est ce que confirme la jurisprudence en matière de QPC assimilant une jurisprudence constante interprétant la loi à la loi elle-même (CC, 2010-39 QPC et 2010-52 QPC des 6 et 14 octobre 2010) et c'est ce que montre *la théorie des principes généraux du droit*.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. Les principes généraux du droit

38 La théorie des principes généraux du droit est l'illustration la plus remarquable du pouvoir normateur de la jurisprudence. Ces « principes » sont dégagés par le juge, au fil de ses décisions, à partir de la philosophie politique qui sous-tend notre système juridique. Très souvent ces principes sont tirés des déclarations de droits, des préambules constitutionnels, d'une certaine permanence de la tradition juridique : ils expriment une vision particulière de l'homme en lui-même et en société ainsi qu'une conception libérale de l'État, notamment dans ses rapports avec la société et avec les individus. En général, le juge administratif n'indique pas où il a trouvé le principe qu'il proclame afin de se laisser une grande souplesse d'adaptation. Parfois même, il va jusqu'à dire que le texte dans lequel il puise en réalité le principe, n'institue pas ce principe mais en constitue simplement une illustration. En détachant le principe de sa base scripturaire, il lui donne une grande autonomie. Ainsi, invité à dire que la règle, posée dans un article du Code de travail, qui interdit de licencier une salariée en état de grossesse, crée un principe général du droit, le Conseil d'État préfère parler du « principe général du droit dont s'inspire le […] Code du travail… » (Ass. 8 juin 1973, *Peynet*; voir aussi, utilisant la même technique : Ass. 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*, Rec. 1989, p. 391, concl. N. Chahid-Nouraï, notes L. Dubouis et O. Beaud). Il arrive quelquefois cependant que le juge indique expressément quel texte crée un principe général du droit; ainsi, les principes généraux du droit applicables aux réfugiés résultent notamment de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 (Ass. 1er avr. 1988, *Bereciartua Echarri*, et Ass. 2 déc. 1994, *Agyepong*).

On s'est demandé si, du fait du développement, d'une part, des principes généraux du droit international, du droit communautaire et du droit européen, d'autre part, des « principes constitutionnels », il y avait encore place pour les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif : la réponse est incontestablement positive.

Deux questions se posent au sujet de ces principes : Quels sont ces principes? Comment s'imposent-ils à l'Administration?

● La liste des principes généraux du droit

39 Cette liste ne cesse de s'étendre car il s'en crée (ou constate) toujours de nouveaux sans qu'aucun de ceux déjà existants ne disparaisse. Sont ainsi, selon le Conseil d'État, des principes généraux du droit :

– le respect des droits de la défense (Sect. 5 mai 1944, *Vve Trompier-Gravier*, p. 133);

– la non-rétroactivité des actes administratifs (25 juin 1948, *Sté du Journal « L'Aurore »*, p. 289) et des lois sauf les lois pénales plus douces (Ass. 7 juil. 1978, *Croissant*);

– la protection de la femme enceinte (Ass. 8 juin 1973, *Peynet*, préc.);

– l'existence d'un recours en cassation contre les décisions de justice rendues en dernier ressort (Ass. 7 févr. 1947, *D'Aillières*, p. 50);

– l'existence, même sans texte, d'un recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif (Ass. 17 févr. 1950, *min. de l'Agriculture c/ Lamotte*, p. 110);

– la publicité des débats judiciaires (Ass. 4 oct. 1974, *David*);

– le droit pour tout juge judiciaire de prononcer astreinte (Ass. 10 mai 1974, *Barre et Honnet*);

– le droit, pour tout agent public, même non titulaire, à « un minimum de rémunération » qui ne saurait être inférieur au SMIC (Sect. 23 avr. 1982, *Ville de Toulouse c/ Aragnou*);

– le principe que ne peuvent siéger dans les institutions représentatives de la fonction publique que des agents ayant au moins un rang égal à ceux des agents dont le cas est examiné (19 avr. 1985, *Féd. des synd. gén. de l'Éducation nationale et de la recherche publique, CFDT et autres*);

– « les principes généraux du droit applicables aux réfugiés » (Ass. 1er avr. 1988, *Bereciartua Echarri*), y compris à leur époux(se) et à leur(s) enfant(s) (28 sept. 2007, *Mohammad X.*, 307410);

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– « les principes généraux du droit international » (Sect. 23 oct. 1987, *Sté Nachfolger Navigation Company Ltd et autre, Rev. du droit franç. commercial et maritime* 1987 p. 50, note J.-C. Ricci) ;
– les principes du droit de l'extradition (9 mai 1994, *Bracci*) ;
– le droit, pour tout intéressé, de demander l'abrogation d'une décision non réglementaire, non créatrice de droits et illégale quand s'est produit postérieurement à son édiction un changement dans les circonstances de droit ou de fait (Sect. 30 nov. 1990, *Assoc. « Les Verts »*, p. 339) ;
– le principe en vertu duquel « la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle » (Sect. 6 juin 1986, *Féd. des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique et autres*) ;
– l'indépendance des inspecteurs du travail (9 nov. 1996, *Union nat. CGT des affaires sociales et autres*) ;
– le libre choix du médecin par le patient (18 févr. 1998, S*ect. locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins*) ou la liberté de prescription du médecin (même décision) ;
– l'obligation, pour l'employeur, de chercher à reclasser un salarié devenu inapte physiquement à l'exercice de ses fonctions (2 oct. 2002, *CCI de Meurthe-et-Moselle*) ;
– le fait que « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci » (Ass. 2 juil. 1993, Milhaud, *RFDA* 1993 p. 1002 concl. D. Kessler) ;
– l'obligation de publier les règlements dans un délai raisonnable (12 déc. 2003, *Synd. des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*) ;
– la sécurité juridique (Ass. 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, *AJDA* 2006, p. 1028, Chron.).
– les principes généraux du droit de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats à cette commande, transparence des procédures : 23 déc. 2009, *Etablissmt public du musée et du domaine national de Versailles*, 330054) ;
– le principe de la représentativité syndicale applicable à l'ensemble des relations collectives de travail (11 oct. 2010, *Féd. synd. de travailleurs du Rail Sud*).

Cependant, le plus important, pour ne pas dire le plus proliférant, de ces principes est le principe d'égalité qui se présente sous des aspects multiples : égalité entre usagers d'un même service public placés, au regard de ce service, dans une situation identique (29 déc. 1911, *Chomel*; Sect. 19 mars 1951, *Sté des Concerts du Conservatoire*, p. 151 ; Sect. 26 avr. 1985, *Ville de Tarbes*) ; égalité devant les diplômes nationaux (Sect. 28 sept. 1962, *Jourde et Malleville*; Sect. 4 nov. 1977, *SNALC et Société des agrégés*) ; égalité devant les tarifs publics (1er avr. 1938, *Sté l'Alcool dénaturé de Coubert*) ; égalité devant les charges publiques (30 nov. 1923, *Couitéas*, p. 789 ; Ass. 30 juin 1995, *Gouvernement du territoire de la Polynésie française*) ; égalité devant l'impôt (Sect. 4 mars 1944, *Guyesse*) ; égalité dans l'utilisation du domaine public (2 nov. 1956, *Biberon*) ; égalité d'accès aux emplois publics (3 juil. 1936, *Bobard et autres* ; 11 mai 1998, *Aldige*), égalité des sexes (Sect. 9 juin 1978, *min. de l'Éducation nationale c/ Bachelier*) ; égalité devant les concours (Ass. 21 nov. 1990, *Assoc. des anciens élèves de l'École normale de Saint-Cloud et autre, et Assoc. des anciens élèves de l'ÉNA*), égalité devant la justice (Ass. 5 juil. 1985, *CGT et CFDT*), égalité devant le suffrage (21 janv. 2004, *Guinde et autre*, et *Boulanger*, 2 espèces), etc.

● La position hiérarchique des principes généraux du droit

40 Cette place est simple à énoncer : ces principes s'imposent à l'autorité réglementaire et leur violation par celle-ci rend nulles les décisions qu'elle prend. Même en l'absence de loi, le règlement doit s'incliner devant ces principes (Ass. 26 juin 1959, Synd. gén. des ingénieurs-conseils, p. 94). Plus délicat est le point de savoir quel rang occupent ces principes dans la hiérarchie des normes car cet aspect est très discuté. Pour les uns, ils ont valeur constitutionnelle (concl.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

J. Fournier sur *Synd. gén. des ingénieurs-conseils*, préc.) et cette opinion a, parfois, été confirmée par le Conseil d'État (Ass. 23 nov. 1984, *O. Roujansky*, où est évoquée « *la conformité de dispositions législatives avec des principes généraux du droit* »). Pour d'autres auteurs, ces principes ont valeur législative (l'expression est d'ailleurs employée telle quelle par le CE lui-même : 7 févr. 1958, *Synd. des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie*). Enfin, pour d'autres, tel le professeur R. Chapus, ils ont une valeur supra-décrétale et infralégislative. En fait, il convient tout d'abord de rappeler que lorsque le juge « découvre » un tel principe, il le situe nécessairement au niveau qui est le sien : le juge administratif étant toujours au-dessus des actes administratifs, il s'ensuit que les principes généraux du droit qu'il promeut sont supérieurs auxdits actes. Ensuite, il convient de savoir ce qui est recherché au moyen de l'établissement du niveau hiérarchique de ces principes ; par là veut être obtenue la soumission des actes administratifs à ces principes. Cela est réalisé, comme l'observe R. Chapus, par la proclamation du caractère supra-décrétal de ces principes : il importe peu, au fond, de savoir s'ils sont immédiatement au-dessus du pouvoir réglementaire ou très au-dessus de lui. Le juge administratif, qui les découvre et qui les applique, n'est pas lui-même au-dessus des lois. Dès lors que ces principes sont dits hiérarchiquement supérieurs aux actes administratifs, se trouve expliqué l'ensemble du régime qui est le leur : d'une part, leur respect par ces actes est obligatoire, d'autre part, le législateur peut déroger à ces principes. Ceci explique une jurisprudence traditionnelle qui veut qu'un acte administratif conforme à une loi qui viole un principe général du droit n'encourt pas la censure du juge (18 juin 1958, *Synd. des grossistes* ; 15 oct. 1965, *Union féd. des magistrats et sieur Reliquet* ; Sect. 17 mars 1995, *Synd. des casinos autorisés de France*).

E. Les décisions de l'Administration, source du droit administratif

41 En produisant des actes juridiques, l'Administration devient une des sources du droit qu'elle doit respecter.

Parmi ces actes, il convient de relever l'étrange catégorie des « lois de pays » créées en Polynésie française par la loi organique du 27 févr. 2004, qui sont des actes administratifs réglementaires (CC 2004-490 DC, 12 févr. 2004 ; Sect. 1er févr. 2006, *Sandras et Cne de Paparre*, *RFDA* 2006, p. 271, concl. J.-H. Stahl) soumis à un régime contentieux spécifique (22 janv. 2007, *Merceron et autres*, possibilité d'un recours contre l'acte de promulgation d'une loi de pays).

Tout d'abord, en vertu d'un principe de logique juridique que double une exigence morale, chaque autorité administrative doit respecter ses propres règles. C'est l'application de l'adage : *Tu patere legem quam ipse fecisti* (« respecte la loi que tu as toi-même faite »). Ainsi, lorsqu'elle institue une certaine procédure (Versailles, 6 juil. 2006, *X.* : non-respect, par un conseil municipal, de son règlement intérieur ; 12 févr. 2007, *Fédérat. de l'hospitalisation privée*), fixe un délai (28 janv. 2011, *Jean-François X.*, 337260), ordonne de respecter telle règle, l'administration est tenue de s'y tenir elle-même tant qu'elle n'a pas modifié ce qu'elle avait décidé (14 oct. 2009, *Région Midi-Pyrénées*, 310594). Ce principe de bon sens assure une certaine sécurité juridique dans les relations entre Administration et administrés. Négativement, l'Administration ne saurait opposer aux administrés un texte qu'elle n'a pas transposé dans l'ordre interne, telle une directive communautaire (Sect. 23 juin 1995, *SA Lilly France*).

Ensuite, chaque autorité administrative étant placée dans une hiérarchie, se trouve soumise aux actes des autorités administratives supérieures, du moins pour ceux de ces actes qui affectent le domaine de compétence de l'autorité subordonnée.

Également, entre les actes d'une même autorité administrative ceux-ci s'agencent du général au particulier, de telle sorte que les actes à portée réglementaire pris par une autorité l'emportent sur les actes à portée individuelle de cette même autorité.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Enfin, l'Administration peut prendre les mesures d'application d'un texte non encore publié si celles-ci n'entrent pas en vigueur avant que ce texte soit rendu applicable. En revanche, elle ne peut pas utiliser, avant cette publication, une procédure instituée par un texte non encore publié (Sect. 30 juil. 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs, GEMTROT*).
Ces quelques principes, retenus parmi d'autres, illustrent la fonction de source du droit administratif qui est celle des décisions administratives elles-mêmes.

2 De quelques conséquences du principe de juridicité

Le principe de juridicité entraîne la nullité des actes administratifs qui ne le respectent pas (A.) et impose à ces actes d'être en harmonie avec ce principe (B.).

A. La théorie des nullités en droit administratif

42 Lorsqu'un acte administratif viole la hiérarchie des normes il encourt annulation. L'Administration a l'obligation d'abroger spontanément l'acte lorsqu'elle constate le vice dont il est atteint. Les particuliers peuvent demander au juge de prononcer cette nullité. Dire d'un acte qu'il est nul c'est lui dénier tout effet de droit ; il est comme s'il n'avait jamais existé : *Quod nullum est nullum producit effectum*. C'est ce qui explique qu'en principe l'annulation d'un acte administratif par le juge de l'excès de pouvoir est toujours prononcée à titre rétroactif : non seulement l'acte n'existera plus dans l'avenir mais il est également censé n'avoir jamais existé dans le passé (26 déc. 1925, *Rodière*, p. 1065). L'exception instituée à cette règle par la jurisprudence est d'application limitée aux cas où la portée rétroactive de l'annulation aurait des conséquences excessives (Ass. 11 mai 2004, *Assoc. AC ! et autres* ; sect. 25 févr. 2005, *France Télécom*), elle joue aussi pour certaines décisions de rejet (Sect. 27 oct. 2006, *Sté Techna*, préc.).
Il n'y a pas de théorie générale des nullités valable pour l'ensemble des disciplines du droit public. En revanche, une certaine parenté existe entre les nullités du droit administratif et celles connues en droit privé : 1) dans les deux droits la nullité ne peut être prononcée que par une autorité publique (le juge en droit privé, le juge ou l'Administration en droit administratif) ; 2) dans les deux droits il existe une hiérarchie fondamentale entre les nullités « relatives » et les nullités « absolues », sous réserve de ce qui sera dit ci-après concernant les actes inexistants.
De profondes différences séparent cependant les deux droits comme on peut le vérifier en étudiant la hiérarchie des nullités (1.) et le rôle de la sanction que constitue la nullité (2.).

1. La hiérarchie des nullités en droit administratif

43 La nullité sanctionne soit l'absence ou l'imperfection d'un ou de plusieurs éléments essentiels de l'acte, soit l'impossible intégration de cet acte dans l'ordre juridique. En droit privé le premier aspect domine, en droit public le second prévaut. En droit privé la fonction de la nullité est d'assurer la défense des intérêts privés froissés, d'où la très nette prévalence, dans ce droit, des nullités relatives. Partant de là, se comprend mieux la hiérarchie des nullités en droit administratif. Alors que le droit privé ne distingue qu'entre les nullités relatives, qui constituent la règle, et les nullités absolues, le droit administratif, tout en retenant cette distinction, se caractérise par la prépondérance des nullités absolues et par la reconnaissance

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

d'actes inexistants. On a même parfois soutenu qu'il ne pouvait exister que des nullités absolues en droit public dans la mesure où tous ont intérêt à ce que l'Administration respecte les lois (en ce sens, note J. De Soto au DC 1944 p. 118). En réalité, notre droit ne tire pas toutes les conséquences qu'implique cette juste observation ; on le verra plus loin en étudiant le recours pour excès de pouvoir (*cf.* chapitre 11). C'est pourquoi se rencontrent bien en droit administratif quelques cas de nullité relative (Cass. 25 mars 1942, Sirey 1942.I.115).

En revanche, parmi les nullités absolues, celles dites d'« ordre public » abondent : elles peuvent être soulevées d'office par le juge au cas où les parties au procès ne les auraient pas invoquées ; elles peuvent aussi être soulevées pour la première fois en cause d'appel malgré l'interdiction de principe de développer des moyens nouveaux en appel.

Plus délicate est la question de l'inexistence que le droit privé n'a pas clairement résolue. En droit administratif, la théorie de l'inexistence présente un intérêt pour l'ouverture de l'action contentieuse plutôt que pour le régime des actes. À ce dernier point de vue les effets de l'inexistence sont ceux produits par la nullité absolue. Il y a deux sortes d'inexistence : l'inexistence matérielle, qui ne soulève pas de grandes difficultés (cas d'une délibération de conseil municipal inventée : 28 févr. 1986, *COREP des Landes*), et l'inexistence juridique, qui pose d'importants problèmes. Lorsqu'un acte est considéré comme juridiquement inexistant cela signifie que, bien qu'existant matériellement, il est entaché d'une irrégularité grossière (Marseille, 6 déc. 2005, *Lequette*) qui ne peut créer aucune apparence, ainsi des nominations pour ordre dans la fonction publique (Sect. 18 janv. 2013, *Synd. de la magistrature,* 354218). Il porte une atteinte très grave à l'ordre juridique (TA Clermont-Ferrand 24 avr. 1990, *Préfet de la région Auvergne c/ Cne du Cendre* ; TA Mata-Utu, 12 mars 2007, *Halagahu* ;TA Montpellier 8 janv. 2008, *Assoc. Trait d'union Languedoc-Roussillon* : inexistence de la délibération d'un conseil régional), d'où quatre conséquences importantes : l'inexistence d'un acte peut être déclarée indifféremment par le juge judiciaire ou par le juge administratif (TC 27 juin 1966, *Guigon*) ; l'irrégularité de l'acte inexistant peut être invoquée même après l'expiration des délais ordinaires de recours (Sect. 4 juil. 1980, *Zemma*, solution *a contrario* ; Ass. 15 mai 1981, *Ph. Maurice et J. Pruvost* ; Sect. 18 janv. 2013, *Synd. magistrature*, préc.) ; l'Administration peut retirer à tout moment un acte inexistant alors que, s'agissant d'un acte nul de nullité absolue, ce retrait ne peut intervenir que dans un délai préfix ; l'acte inexistant peut faire l'objet d'une suspension par le juge des référés (26 janv. 2007, *Cne de Neuville-sur-Escaut*).

Longtemps incertaine, la jurisprudence admet aujourd'hui très clairement l'existence d'actes inexistants (Ainsi est inexistant l'échange d'un permis de conduire étranger contre un permis français quand il a été obtenu par la fraude d'un employé de préfecture : TA Montreuil 21 avr. 2011, *M. C.*, *AJDA* 2011 p. 1781). En réalité, elle voit surtout dans l'*inexistence* un moyen technique permettant de remédier à l'insuffisance de certaines règles contentieuses pour obtenir l'annulation d'actes gravement défectueux sur le plan juridique (31 mai 1957, *Rosan-Girard*, p. 355 concl. F. Gazier ; TC 27 juin 1966, *Guigon*, préc.). En général, pour déclarer que l'acte est inexistant le juge emploie l'une des trois formules suivantes : « acte nul et de nul effet », « acte nul et non avenu » (Sect. 18 janv. 2013, *Synd magistrature*, préc.) ou encore « acte nul et sans effets » (5 déc. 2011, *Robert X.*, 349062, à propos d'une loi de pays). Cependant, obscurcissant un peu le sujet, une jurisprudence – dont on aurait pu faire l'économie – considère que les actes obtenus par fraude ne sont pas pour autant des actes inexistants même si, de ce fait, ils ne peuvent pas créer de droits ; ainsi, tant qu'il n'a pas été procédé formellement à leur abrogation ou à leur retrait, ils doivent recevoir application (Sect. 29 nov. 2002, *Assistance publique – Hôpitaux de marseille*).

On observera que la CJUE admet, elle aussi, la théorie de l'inexistence à propos d'actes dont elle relève qu'ils « sont entachés de vices particulièrement graves et évidents ». Elle considère le moyen tiré de l'inexistence comme étant d'ordre public et comme pouvant être

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

soulevé sans condition de délai (10 déc. 1957, *Usine à tubes de la Sarre*; 26 févr. 1987, *Consorzio cooperativo d'Abruzzo*; 15 juin 1994, *Commission c/ BASF AG et alii*).

2. La nullité des actes administratifs comme sanction

44 On doit retenir comme essentielle l'idée qu'en droit public la nullité a une fonction régulatrice. Ce n'est pas, d'abord, parce qu'elle lèse des intérêts qu'une décision sera déclarée nulle, c'est plutôt parce qu'elle trouble l'ordre des compétences et la hiérarchie des normes tels qu'ils résultent de la volonté du pouvoir constituant.

Pour le droit public, la nullité sanctionne le non-respect du principe de juridicité, expression, on l'a vu, de la hiérarchie des actes ; cette hiérarchie des actes, à son tour, ne fait que traduire la hiérarchie des auteurs de ces actes : elle constitue donc l'expression constitutionnelle de la séparation des pouvoirs. La nullité se présente ainsi comme la sanction du respect d'un certain nombre de règles hiérarchisées dans lesquelles l'acte doit prendre sa place telle qu'elle lui est assignée par le rang de son auteur. Elle manifeste cette idée qu'en prenant un acte irrégulier son auteur s'est trompé sur l'étendue de sa compétence : le plus souvent, ce qu'il a décidé pouvait l'être mais pas par lui. Il s'est donc trompé sur le niveau hiérarchique qui est le sien.

Au plus haut degré d'ailleurs, ainsi que l'avait clairement perçu Maurice Hauriou, c'est le principe de juridicité en tant qu'expression de la moralité administrative qui se trouve principalement protégé par la théorie des nullités. Le caractère moralisateur de la proclamation de certaines nullités est assez évident. Les nullités d'ordre public sanctionnent certes des comportements irréguliers, mais elles entendent aussi solenniser la règle à laquelle il a été porté atteinte et stigmatiser la gravité de certaines attitudes. Il en va *a fortiori* ainsi de l'inexistence qui manifeste la réprobation de la conscience juridique à l'égard d'actes irrémédiablement viciés.

B. L'obligation de non-contrariété des actes administratifs au droit

Le principe de juridicité est sanctionné, on vient de le voir, par la nullité subséquente des actes administratifs qui ne le respectent pas. Il impose, en conséquence, à l'Administration une obligation de mettre ses actes juridiques en harmonie avec le droit, obligation qui recouvre des situations très diverses qu'on ne peut, pour l'instant, que se borner à énumérer (1. à 5.).

1. Obligation d'assurer l'exécution des lois et des traités

45 L'Administration a l'obligation de prendre les mesures d'exécution des lois, que ces mesures aient été – ou non – expressément prévues par la loi. Cette exécution doit intervenir dans un délai raisonnable (27 nov. 1964, *min. des Finances et des Affaires économiques c/ Vve Renard*; 3 oct. 1997, *ANAFE*), à peine d'illégalité fautive (3 oct. 1979, *Aguessy*; 26 juil. 2011, *Dpt Alpes Hte Provence et autres*, 333546), même lorsque aucun délai n'est prescrit pour ce faire. Le juge peut d'ailleurs condamner le premier ministre à prendre le décret nécessaire à cet effet, dans un certain délai et sous astreinte (19 mai 2006, *Synd. des ostéopathes de France*). Les solutions sont les mêmes, on le sait, pour les directives communautaires, dont la non-transposition en droit interne engage directement la responsabilité de l'État. Pareillement, le pouvoir réglementaire a l'obligation de ne pas prendre les mesures d'exécution de lois qui contreviendraient aux stipulations d'un traité international (24 févr. 1999, *Assoc. des patients de la médecine anthroposophique et autres*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Par ailleurs, le pouvoir réglementaire peut prendre spontanément, dans un souci de sécurité juridique et pour pallier des inconvénients par trop excessifs, des mesures transitoires, soit pour assurer la continuité du droit positif dans l'attente de mesures définitives d'application d'une norme supérieure (8 oct. 2008, *Registre des ostéopathes de France*), soit pour écarter l'application immédiate de la norme nouvelle (6 oct. 2008, *Cie des architectes en chef des monuments historiques et autre*).

2. Étendue de la liberté de comportement de l'Administration

46 Dans tous les cas où la réglementation ne lui impose pas de façon précise un comportement déterminé, l'Administration choisit librement le moment ainsi que le mode de son intervention mais sous une double limite. Tout d'abord, sa liberté ne peut lui permettre, par son action ou son inaction, d'aboutir à un résultat manifestement contraire à celui voulu ou poursuivi par l'auteur de la règle qu'elle applique (15 févr. 1978, *Plantureux*). Ensuite, spécialement en matière d'ordre public, sa liberté est limitée par la double obligation d'intervenir pour assurer le respect de l'ordre public et d'opérer une adéquation stricte des mesures limitatives de la liberté à la gravité de la situation en cause (voir, en matière de police, la traditionnelle solution de l'arrêt du 23 oct. 1959, *Doublet*).

3. Exécution des décisions de justice et modulation de leurs effets

47 Dans la mesure où les décisions de justice ne sont que l'explicitation de la règle de droit applicable à un litige, l'Administration est tenue de les exécuter, faute de quoi sa responsabilité serait engagée (2 mai 1962, *Caucheteux et Desmont*). Il en va de même lorsque la décision de justice ne peut être appliquée qu'avec l'intervention de la force publique : en ce cas, le refus de prêter main-forte, même justifié par des considérations tenant à la sauvegarde de l'ordre public, engage la responsabilité de l'Administration (30 nov. 1923, *Couitéas,* préc.; 3 juin 1938, *Sté « La Cartonnerie et Imprimerie St-Charles »*, p. 521 concl. Mayras). Cependant, lorsque l'application immédiate et/ou rétroactive des décisions de justice aurait, en raison du contenu ou de l'objet de celles-ci, des conséquences excessives pour l'intérêt général ou les intérêts légitimes des particuliers, le juge se reconnaît le pouvoir d'en moduler les effets dans le temps (qu'il s'agisse d'une annulation : Ass. 11 mai 2004, *Sté AC !*, ou même du rejet d'une demande d'annulation : Section, 27 oct. 2006, *Sté Techna*) comme celui de ne pas donner un caractère rétroactif à ses revirements de jurisprudence (Ass. 16 juil. 2007, *Sté Travaux Tropic Signalisation*, préc.). Il s'agit, par ces solutions audacieuses, de concilier le principe de juridicité avec celui de sécurité juridique.

4. Obligation de faire cesser une illégalité

48 Longtemps une telle obligation n'a pas existé sauf dans l'hypothèse où un texte en disposait autrement (2 déc. 1960, *Franc*). Puis, le juge a admis que l'Administration : 1°) était tenue de déférer à la demande d'abrogation d'un règlement illégal formée pendant le délai de recours contentieux (Sect. 30 juin 1981, *min. du Travail et de la Participation c/ Sté Afrique-France-Europe transactions*); 2°) pouvait décider à tout moment d'abroger un tel règlement (12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon*); 3°) avait l'obligation de procéder au retrait rétroactif de l'acte – et pas seulement à son abrogation pour l'avenir – lorsqu'elle avait été saisie, dans le délai du recours contentieux, d'un recours gracieux dirigé contre un acte réglementaire illégal, (25 oct. 1985, *Tabel c/ Ville de Villeneuve-sur-Lot*). Dans une décision de principe, le Conseil d'État a érigé en principe général du droit la règle selon laquelle *« l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date… » (Ass. 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*, préc.). Il estime que c'est de ce principe que s'inspirait l'art. 3 du décret précité du 28 novembre 1983, aujourd'hui abrogé mais repris en substance dans la loi du 12 avril 2000 et ses textes d'application.
Plus radicalement encore, la loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 fait désormais obligation à l'administration d'abroger d'office les dispositions réglementaires illégales ou sans objet.

5. La portée de l'exigence de non-contrariété des actes administratifs au droit

49 Il convient de s'interroger sur le sens précis à donner à l'expression « respect du principe de juridicité ». Celle-ci peut être entendue de deux façons assez différentes selon le degré de précision et d'exigence de la norme que l'Administration doit appliquer. Soit il s'agit, parce que la règle à appliquer est très précise et contraignante, d'une exigence de conformité : en ce cas les actes administratifs doivent être strictement fidèles à la norme qui les régit, ils doivent se couler dans son moule. Soit cette expression doit être considérée comme imposant une exigence de compatibilité parce que la règle est plus permissive, moins précise, etc. : en ce cas les actes administratifs doivent satisfaire à une obligation qui n'est que négative, celle de ne pas être contraires à la norme appliquée.
On comprend que, selon la branche de l'alternative retenue, l'Administration disposera d'une liberté plus ou moins grande. Comme l'a montré Charles Eisenmann, le principe de juridicité est le plus souvent un principe de compatibilité, non un principe de conformité. Ceci est confirmé par la jurisprudence et permet d'ailleurs d'expliquer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire appartenant à l'Administration.

3 La portée du principe de juridicité : pouvoir lié et pouvoir discrétionnaire

50 Le principe de juridicité s'impose à l'Administration avec une assez grande souplesse et une densité variable. Tantôt la soumission de l'Administration est forte, tantôt elle est beaucoup plus relâchée. Il y a donc une gradation dans la soumission de l'Administration au droit : quand celle-ci est minimale, on dit que l'administration dispose d'un *pouvoir discrétionnaire*, quand cette dépendance est maximum on parle de *pouvoir lié*. Une fois cette distinction pouvoir lié – pouvoir discrétionnaire élucidée (A.), les questions les plus délicates concernent les motifs de l'existence du pouvoir discrétionnaire (B.).

A. La distinction pouvoir lié – pouvoir discrétionnaire (ou compétence liée – compétence discrétionnaire)

51 Dans l'absolu, on devrait entendre normalement par l'expression « pouvoir lié » ou « compétence liée », la situation de l'Administration obligée d'agir dans un certain sens, à un certain moment et d'une façon déterminée. Pareillement, on devrait entendre normalement par l'expression « pouvoir discrétionnaire » ou « compétence discrétionnaire », la situation de complète liberté dans laquelle se trouverait parfois l'Administration. Il s'agit-là de deux types idéaux qui n'existent pas dans la réalité avec la pureté et la brutalité que l'on vient d'indiquer.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Une distinction à nuancer

52 D'une part, l'Administration n'est jamais complètement liée, elle dispose toujours d'une certaine liberté, d'autre part, l'Administration n'est jamais complètement libre de faire ce qu'elle veut suivant son humeur ou son caprice, elle doit toujours respecter un minimum de règles juridiques. L'opposition n'est donc pas entre pouvoir lié et pouvoir discrétionnaire mais bien plutôt entre les situations où l'administration ne jouit que d'un minimum de liberté, c'est le pouvoir « lié », et celles dans lesquelles elle n'est soumise qu'à un minimum de règles, c'est le pouvoir « discrétionnaire ». Ainsi, l'Administration est en situation de pouvoir lié pour délivrer un permis de construire ou un permis de chasser : une fois vérifiée la satisfaction, par le pétitionnaire, des conditions légales l'Administration n'a guère le choix. Pareillement, elle est tenue de mettre fin au contrat d'embauche d'un agent lorsque celui-ci se voit interdire par le juge pénal d'exercer la fonction qui lui est actuellement confiée (Douai 21 oct. 2003, *X.*; sur la notion de compétence liée, par *a contrario* : 21 juil. 2009, *min. Écologie*, 309501). Au contraire, s'agissant de délivrer un permis de conduire un véhicule à moteur, le pouvoir d'appréciation est beaucoup plus grand et l'on dira qu'en cette occurrence le pouvoir administratif est largement discrétionnaire. Dans tous les cas où l'Administration agit dans un certain sens car elle se croit – mais à tort – en situation de compétence liée, sa décision est irrégulière (4 oct. 2010, *Pascal X.*, 326231 : fait de se croire lié par des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé).

2. Les effets contentieux de la distinction

53 Cette distinction trouve sa traduction au plan contentieux. Les décisions prises au titre d'une compétence liée sont soumises à un contrôle plein et entier de la part du juge, particulièrement le juge de l'excès de excès de pouvoir. Il le fait avec réalisme et pragmatisme, n'hésitant pas, parfois, à limiter voire anéantir les effets par trop excessifs de la situation de compétence liée (*cf.* J. Le Gars, *De la manière de délier l'administration de sa compétence liée*, *AJDA* 2010 p. 1406). Le contrôle juridictionnel sur les décisions « discrétionnaires » a, lui, connu une importante évolution. À l'origine régnait la théorie des « actes discrétionnaires » selon laquelle tout contrôle juridictionnel sur ces actes était exclu. Le développement de la soumission de l'État au respect du droit rendait impossible le maintien de cette conception ; celle-ci fut vivement critiquée par Maurice Hauriou selon qui il ne peut exister d'actes complètement discrétionnaires (note sous 31 janv. 1902, *Grazietti*, Sirey 1903.III.113) : il y aurait simplement, dans chaque décision de l'Administration, une part plus ou moins grande de pouvoir discrétionnaire. Dans cette lignée, la jurisprudence actuelle admet qu'il n'y a pas incompatibilité entre la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire et l'exercice concomitant sur celui-ci d'un certain contrôle juridictionnel. Le plus souvent il s'agira d'ailleurs non pas d'un contrôle plein et entier mais d'un contrôle réduit, cette dernière expression traduisant l'absence de contrôle contentieux sur certains éléments seulement de la décision (*cf.* § 578). Dans presque tous les cas, le juge contrôlera l'existence – éventuelle – d'une erreur manifeste d'appréciation (25 nov. 2011, *Conféd. des praticiens d'hôpitaux*, CPH, 340042 ; cependant, en matière d'octroi de la Légion d'Honneur, le pouvoir discrétionnaire est complet : 10 déc. 1986, *Crépin Lorédon*).

3. L'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire

54 L'autorité détentrice d'un pouvoir discrétionnaire a l'obligation – qu'elle n'a pas en cas de pouvoir lié – d'user effectivement de la liberté qui lui est conférée du fait de la nature discrétionnaire de son pouvoir. Elle ne peut aliéner sa liberté d'action en instituant, par

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

exemple, en ce cas, un automatisme de comportement ou de décision. Si une grande liberté lui a été attribuée c'est pour qu'elle s'en serve, d'où cette obligation qui, sans cela, pourrait sembler singulière, qui pèse sur l'Administration lorsqu'elle est dotée d'une compétence discrétionnaire, l'obligation de procéder, dans chaque cas concret, à l'*examen particulier des circonstances* (7 août 1920, *Secrettant*, p. 853 ; Paris, 4 juil. 2008, *Consorts Mazier*) ou de la situation personnelle de l'intéressé (3 juin 2009, José Javier X., 298759 ; 1er déc. 2010, *Andrzej X.*, 335124 ; 4 juil. 2012, *Przemyslaw X.*, 354474 : examen partic. de la situation d'une personne dont l'extradition est sollicitée ; 1er oct. 2012, *Hugues X.*, 348420). À défaut, sa décision serait entachée d'illégalité. Ainsi en va-t-il d'une circulaire qui, à raison de son automaticité d'application, ne réserve pas à son auteur la possibilité d'un examen particulier des circonstances (Paris 23 févr. 1993, *Cie nat. de navigation*) ou de la décision refusant la délivrance d'un certificat de résidence en écartant des circonstances qui devaient, au contraire, être prises en considération (TA Cergy-Pontoise 21 déc. 2006, *Fatma Ouddane*).

B. Les questions soulevées par l'existence du pouvoir discrétionnaire

55 Le pouvoir discrétionnaire est une notion qui a toujours fait difficulté car c'est une notion limite. D'une part, il est difficile de concilier soumission à la règle de droit *(qui est le principe de l'État de droit)* et liberté prise avec celle-ci *(qui est la logique du pouvoir discrétionnaire)*. D'autre part, il est difficile d'observer avec précision le moment où un pouvoir de l'Administration cesse d'être ou devient discrétionnaire. Enfin, la cause de l'existence d'un tel pouvoir peut sembler mystérieuse. De cette cause (1.) découle la définition que l'on en peut donner (2.).

1. La cause du pouvoir discrétionnaire

56 La cause du pouvoir discrétionnaire semble devoir être recherchée dans la structure même de l'ordre juridique. On sait que le droit est une succession de normes subordonnées, depuis la norme première jusques et y compris la norme administrative à portée individuelle. Chaque norme est une concrétisation de la norme précédente et, en même temps, une création de la norme suivante. Les deux normes successives, la précédente et la suivante, ne coïncident pas entre elles. S'il en allait autrement, il n'y aurait plus besoin de concrétisation puisque les deux normes seraient purement et simplement la même norme. Il faut donc qu'entre les deux intervienne une opération juridique d'appréciation qui consiste à effectuer le passage de l'une à l'autre. C'est là que réside le pouvoir discrétionnaire : celui-ci est constitué par la zone de non-coïncidence entre deux normes successives. Cette non-coïncidence introduit du « jeu » dans l'articulation entre les deux normes, c'est proprement cela qui constitue la part de pouvoir discrétionnaire : tout ce que contient la norme B et que ne contenait pas la norme A dont elle est issue.

Cette explication n'est pas acceptée communément.

Deux autres explications ont été proposées en doctrine.

La première estime que le pouvoir discrétionnaire est la marge de liberté laissée involontairement à l'Administration par le droit en vigueur. Celui-ci est une institution humaine, et comme tel il souffre des imperfections inhérentes à toute création humaine. Le droit ne peut pas tout prévoir. Ses oublis ou ses incertitudes sont autant de cas ouvrant à l'Administration une faculté d'agir plus ou moins à sa guise. Le pouvoir discrétionnaire ne serait que le résultat d'une contrainte intellectuelle. Le reproche principal que l'on peut faire à cette théorie est de se limiter à un constat et d'être statique voire négative.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

La deuxième explication est plus dynamique. L'Administration assure la satisfaction de l'intérêt général, c'est même là une entreprise. L'Administration est ainsi chef de l'entreprise de satisfaction de l'intérêt général. Comme tout chef d'entreprise – d'où l'octroi du pouvoir discrétionnaire –, elle doit pouvoir bénéficier de la liberté nécessaire pour mener à bien sa tâche. On peut reprocher à cette explication le recours à la notion d'entreprise qui est vague, contestée et d'une faible utilité ici en tant que notion juridique que l'on voudrait opératoire. En outre, il n'est pas certain que l'évolution contemporaine confirme la vision du chef d'entreprise que cette explication présuppose implicitement mais nécessairement. Enfin, force est de constater que l'Administration gère toujours l'intérêt général, pourtant elle ne dispose pas en permanence d'un pouvoir discrétionnaire. Il n'y a donc pas de liaison automatique et constante entre pouvoir discrétionnaire et satisfaction de l'intérêt général.

2. La définition contemporaine du pouvoir discrétionnaire

57 En conséquence de ce qui précède on ne sera pas étonné qu'existent plusieurs définitions du pouvoir discrétionnaire.

Pour les uns il y a pouvoir discrétionnaire dès qu'il y a silence ou imprécision de la loi. Dans ce cas, en effet, l'Administration peut agir plus ou moins librement. Pour d'autres, il ne faut pas se limiter au seul silence légal mais inclure tout autre silence, même juridictionnel. On parlera alors de pouvoir discrétionnaire dès qu'il y a silence du droit. Dans le premier cas le juge n'a aucune part dans la survie ou la mort de la discrétionnalité, dans le second il y a une part importante.

La solution nous paraît devoir se trouver dans un juste milieu. Le silence légal, et plus largement tout silence du droit positif, ouvre à l'Administration seulement une présomption de discrétionnalité : celle-ci se transformera ou non en discrétionnalité pure et simple selon qu'elle sera ou non confirmée par le juge appelé à se prononcer. En pratique, l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire quand, dans une situation de silence juridique, elle ne se verra pas imposer par le juge le respect de conditions supplémentaires de juridicité.

Conseils bibliographiques

Dans une offre bibliographique considérable, on retiendra notamment :

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

F. Batailler, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, LGDJ, 1966.
R. Carre de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931.
R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », Dalloz, 1966 Chron. p. 99.
H.-M. Crucis, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, 1991.
D. Delon, *La jurisprudence, source du droit*, Thèse Paris II, 1980.
J.-P. Markus, « Le contrôle de la conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999 p. 99.
F. Moderne, « Légitimité des principes généraux du droit et théorie du droit », *RFDA* 1999 p. 722.

POUR ALLER PLUS LOIN

G. Braibant, « L'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" et les principes généraux du droit », *EDCE* 1962, p. 67 : très utile étude sur la notion de « principe général du droit » et la fonction juridictionnelle de proclamation de ces principes.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C.-A. Chassin, « L'actualité de l'arrêt Koné et la non-extradition en matière politique, plaidoyer pour une nouvelle acception des principes généraux du droit », *AJDA* 2008 p. 792.

D. De Bechillon, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998, p. 225 : cet article fait bien le point sur les difficultés résultant du refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conformité des lois aux traités.

B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA* 2004, p. 651 : critique serrée, par l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, d'une décision par ailleurs capitale sur le statut du droit communautaire dans l'ordre interne français.

A. Levade, « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité », *AJDA* 2011 p. 1257

« Les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen », Dossier, *RFDA* 2005, p. 1 et 239.

S. Pinon, *Les démêlés du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de « primauté » du droit communautaire*, *AJDA* 2008 p. 1077.

P. Serrand, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP* 2012 p. 901

D. Simon, « L'incidence du droit communautaire sur le contentieux de la responsabilité de la puissance publique : glissements progressifs ou révolution tranquille ? » *AJDA* 1993, p. 235 : article prémonitoire sur l'usage du droit de la responsabilité pour assurer la prééminence absolue du droit communautaire sur le droit interne français.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2

L'Administration soumise au droit, les atténuations au principe de juridicité

58 Le principe de juridicité, par son extension et par son degré d'efficacité, s'efforce d'assurer une subordination effective de l'Administration au bloc de la juridicité largement entendue. Cette soumission de l'action administrative, pour être indiscutée, n'est pas pour autant permanente. D'abord, il existe des actes de l'Administration qui n'intéressent que très indirectement les administrés et sont trop importants politiquement pour que le juge se permette de les contrôler pleinement : tout ce que fait une autorité publique ne saurait relever du droit ou d'un traitement juridique. À leur égard, le principe de juridicité se fera très discret et c'est à cette réalité que s'applique la théorie de *l'acte de gouvernement* (1.). Ensuite, il se présente parfois des situations dans lesquelles le respect du droit est très difficile en raison de *circonstances exceptionnelles* (2.). Enfin, l'idée précédente a trouvé une certaine institutionnalisation dans des textes législatifs ou constitutionnels (3.).

1 L'acte de gouvernement

59 La notion d'« acte de gouvernement », d'origine purement jurisprudentielle, désigne toute décision du pouvoir exécutif qui ne peut être censurée par aucune juridiction (TC 2 févr. 1950, *Radiodiffusion française*, p. 652 concl. R. Odent). On a cru, un temps, qu'elle avait disparu, le juge n'utilisant plus cette expression. En réalité, quels qu'aient été les progrès accomplis dans la soumission des actes administratifs au droit, ils n'ont pas abouti à la suppression de cette catégorie juridique mais seulement à une certaine réduction de son champ d'application. Au reste, si le juge n'employait pas expressément les mots « acte de gouvernement » du moins l'idée était-elle sous-jacente à de nombreuses décisions. Toute hésitation terminologique a été levée par deux importantes décisions (TC 24 juin 1954, *Barbaran*, et, surtout, Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, p. 143) qui évoquent très nettement une décision de l'Administration présentant « le caractère d'un acte de gouvernement ». S'il est malaisé de dire ce que sont ces actes de gouvernement (A.) et difficile d'expliquer leur existence (B.), en revanche, leur régime juridique et contentieux est assez bien fixé (C.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

A. La nomenclature des actes de gouvernement

Toute l'évolution jurisprudentielle (1.) a tendu à réduire considérablement le nombre de décisions qualifiées d'« actes de gouvernement » (2.) par suite du développement du contrôle juridictionnel sur l'Administration mais elle a aussi porté sur le sens à donner à cette notion, dont le champ d'application semble désormais stabilisé (3.).

1. L'évolution de la jurisprudence relative aux actes de gouvernement

60 À l'origine, ce que la jurisprudence qualifie d'acte de gouvernement, c'est l'acte à mobile politique dont, pour ce motif, le juge se refuse à connaître, estimant qu'il n'est pas de son rôle de trancher les controverses de nature politique. Le juge emploie d'ailleurs à cette époque l'expression *« acte politique »* (1er mai 1822, *Laffitte, cessionnaire de la princesse Borghèse*). Cette solution, peu satisfaisante, faisait en outre courir au juge le risque de solutions incohérentes puisque susceptibles de varier au gré des changements politiques.

L'octroi définitif au Conseil d'État de la *justice déléguée* (par la loi du 24 mai 1872), c'est-à-dire du pouvoir de prononcer des décisions exécutoires par elles-mêmes sans l'intervention des gouvernants, a fait de celui-ci un juge de plein exercice. C'est pourquoi, mettant à profit cette liberté nouvelle d'action, le juge va renverser sa jurisprudence traditionnelle dans une décision de principe (19 févr. 1875, *Prince Napoléon*, p. 155 concl. David). La doctrine du Conseil d'État a été excellemment résumée par le commissaire du gouvernement David : *« Pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des ministres* ***ou qu'il ait été dicté dans un intérêt politique*** *»*. Désormais, le juge ne s'arrête plus au point de savoir si l'acte a été pris ou non pour des motifs politiques ; cet aspect est aujourd'hui étranger à la qualification d'une décision comme étant un acte de gouvernement. Le juge apprécie cas par cas si la décision relève de la théorie de l'acte de gouvernement.

2. Une catégorie en voie de réduction

61 De nombreuses décisions, autrefois qualifiées d'actes de gouvernement, n'en sont plus.

Ainsi, *dans la catégorie des rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels*, ne sont plus des actes de gouvernement : le refus du Premier ministre d'user de son pouvoir de modifier par voie réglementaire un texte de forme législative (Sect. 3 déc. 1999, *Assoc. ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et autre*, préc.), la désignation, par le Premier ministre, d'un parlementaire en mission temporaire (Sect. 25 sept. 1998, *B. Mégret*), le contrat administratif conclu par une assemblée parlementaire (Ass. 5 mars 1999, *président de l'Assemblée nationale*), la décision du président François Mitterrand de faire fleurir la tombe de Philippe Pétain à l'île d'Yeu (27 nov. 2000, *Comité tous frères*).

Pareillement, *dans la catégorie des relations internationales de la France*, ne sont plus des actes de gouvernement : le permis de construire une ambassade à Paris (Sect. 22 déc. 1978, *Vo Thanh Nghia*), l'autorisation d'émettre à partir du territoire français donnée à Radio Monte-Carlo (Sect. 17 déc. 1982, *Sté RMC et premier ministre c/ Syndicat des cadres de l'ORTF*), l'action en responsabilité formée par la famille d'un ambassadeur assassiné en France (Sect. 29 avr. 1987, *Cts Yéner et Cts Erez*), la décision d'interdire l'exportation de matériels nucléaires vers le Pakistan (19 févr. 1988, *Sté Robatel SLPI*), le refus opposé par la France à la Grande-Bretagne d'extrader un individu vers ce dernier pays (Ass. 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, *RFDA*. 1993 p. 1179 concl. C. Vigouroux), le retrait d'un

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

décret d'extradition (Ass. 4 déc. 1994, *Gouvernement suisse*), le refus d'assurer une protection consulaire à un ressortissant français à l'étranger (Sect. 29 janv. 1993, *Joséfa Bouilliez*), la carence de l'État français, en violation d'une convention internationale, dans l'exercice de son pouvoir de police sur une société aérienne étrangère (13 nov. 2002, *min. de l'Équipement et des Transports c/ Sté Hélitransport*), les actions fondées sur le non-respect de la Convention de La Haye relative à la garde et au transport des enfants (4 févr. 2005, *Olivier K.*), la fermeture d'un poste diplomatique à l'étranger (19 oct. 2005, *Jean-Pierre X.*). Les solutions sont souvent subtiles. Ainsi, parce qu'il incombe au juge administratif d'assurer le respect de la hiérarchie des normes, celui-ci détient une compétence exclusive pour connaître du recours dirigé contre le refus du Premier ministre de notifier à la Commission européenne un texte, même législatif, au titre de la réglementation communautaire des aides d'État car il s'agit là d'un pouvoir qui n'appartient qu'au gouvernement (Ass. 7 nov. 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellation d'origine et autres*). En revanche, le juge administratif est incompétent pour connaître d'un recours dirigé contre le refus de notifier un tel acte au titre des aides d'État car ce refus n'est pas détachable de la procédure d'examen par la Commission européenne (même décision).

3. La liste des actes de gouvernement

62 La jurisprudence procède en cette matière de manière très pragmatique, aboutissant à dresser une « liste » d'actes de gouvernement, non à fournir un critère précis permettant d'identifier la présence d'un acte de gouvernement. Cette liste est allée globalement dans le sens d'une réduction. Aujourd'hui, il existe deux catégories d'actes de gouvernement : la première comprend certaines relations entre les pouvoirs publics constitutionnels, principalement entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, la seconde catégorie englobe certaines relations internationales de la France.

● Les relations entre les pouvoirs publics constitutionnels

63 La raison de la qualification d'actes de gouvernement donnée aux actes entrant dans cette catégorie provient de la volonté du juge administratif, juge naturel de l'administration, de ne pas s'immiscer dans les rapports entre des organes constitutionnels, d'autant plus qu'existe désormais un juge constitutionnel.

Sont considérés comme étant, à ce titre, des actes de gouvernement :

– la décision du président de la République d'ordonner l'entrée en vigueur ou la sortie de vigueur de l'article 16 de la Constitution de 1958 (*Rubin de Servens et autres*, préc.) ;

– le décret présidentiel soumettant un projet de loi à référendum (19 oct. 1962, *Brocas*) ;

– les actes relatifs aux élections législatives, sénatoriales ou présidentielles ;

– les actes du pouvoir exécutif intervenant en matière législative : décret mettant en œuvre une décision parlementaire (11 mai 1960, *Golaz et autres*) ou portant promulgation d'une loi (Sect. 3 nov. 1933, *Desreumaux*), refus de déposer un projet de loi (18 déc. 2009, *Assoc. des ingénieurs divisionnaires en retraite…*, 310317 ; 26 nov. 2012, *Grégoire X. et alii*, 350492) même lorsque ce dépôt a été antérieurement prévu (29 nov. 1968, *Tallagrand*) ou, de la part du ministre des Postes, refus de proposer dans la loi de finances la création d'emplois (14 janv. 1987, *Assoc. des ingénieurs des télécommunications et Vautrey* ; 2 avr. 2004, Chaumet), retrait d'un projet de loi déjà déposé sur le bureau d'une assemblée parlementaire (Ass. 19 janv. 1934, *Cie marseillaise de navigation à vapeur Frayssinet*), lettre ministérielle faisant connaître au président du Sénat le nom du sénateur appelé à remplacer un sénateur décédé (25 mars 1987, *Goujon*) ;

– la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par le président de la République (Ass. 9 avr. 1999, *Ba*) ;

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– le décret présidentiel convoquant le Parlement en Congrès (Ord. réf. 28 février 2005, *J. Mekhantar*; 18 juil. 2008, X., 318567) ou en session extraordinaire (5 juil. 2007, *René X.*, n° 307069) ;
– le déclenchement de la procédure de constatation de l'empêchement du président de la République prévue à l'art. 7 de la Constitution (Ord. réf. 8 sept. 2005, *Hoffer*) ou les décrets relatifs à la nomination du Premier ministre puis des autres membres du gouvernement (16 sept. 2005, *Hoffer*).

● Les actes relatifs aux relations internationales de la France

64 Le juge administratif, en sa qualité de juge national, est en principe incompétent pour se prononcer sur des actes intéressant les relations internationales de la France puisque celles-ci comportent, pour partie, des entités juridiques qui ne relèvent pas du droit français.
Il en va particulièrement ainsi :
– de l'exercice des compétences diplomatiques (4 mars 1970, *Desdame*) ;
– de la procédure de conclusion des traités internationaux (Sect. 29 mars 1935, *Eudes et Cie*) ;
– des problèmes soulevés par l'exercice, ou non, de la protection diplomatique (28 juin 1967, *Sté des transports en commun de la région de Hanoi*) ;
– de l'exécution ou de la non-exécution des stipulations contenues dans des documents internationaux (Sect. 26 avr. 1963, *Laurent*) ;
– de la défense d'intérêts français à l'étranger (2 mars 1966, *Cramencel*; 4 oct. 1968, Lévy) ;
– de la « note verbale » adressée par le gouvernement français à un autre gouvernement au sujet d'une demande d'extradition (26 juil. 1985, *Solis Estarita*) ;
– du refus du ministre des Affaires étrangères d'engager des négociations avec l'Espagne en vue de l'exécution, sur son territoire, d'un arrêt rendu en France à l'encontre d'une société espagnole (25 mars 1988, *Sté Sapvin*) ;
– de l'interdiction, par décret, de toute navigation maritime en haute mer autour de l'atoll de Mururoa lorsque se préparent ou s'effectuent des expériences nucléaires (Ass. 11 juil. 1975, *Paris de Bollardière et autres*) ou de la décision du Chef de l'État de reprendre des essais nucléaires (Ass. 29 sept. 1995, *Assoc. Greenpeace France*) ;
– de la suspension de toute coopération technique ou scientifique avec l'Irak à la suite de l'invasion, par ce dernier pays, du Koweït, en août 1990, entraînant l'interdiction, par circulaire ministérielle, d'inscrire des étudiants irakiens pour l'année universitaire 1990-1991 (23 sept. 1992, *GISTI et MRAP*) ;
– de la suspension d'un accord international, dès lors qu'elle est décidée par une autorité compétente et qu'elle est régulièrement publiée (Ass. 18 déc. 1992, *Préfet de la Gironde c/ Mhamedi*) ;
– du refus de délivrer une autorisation de séjour en France à un membre du personnel d'une mission diplomatique (16 nov. 1998, *Lombo*).
Sont également des actes de gouvernement, quoiqu'ayant des caractères propres très marqués, certains faits de guerre (sur la notion de guerre, voir : 17 mars 2004, *Féd. nat. des anciens des missions extérieures*, à propos de la guerre du Golfe) ; la décision de sabordage de la flotte française dans la rade de Toulon en novembre 1942 (17 juil. 1950, *Sté des Établissements Ranisse*), les opérations franco-britanniques dans le canal de Suez en octobre-novembre 1956 (Ass. 30 nov. 1966, *Guyot*), une action d'angarie (Sect. 22 nov. 1957, *Sté Myrtoon Steamship et Cie*), les événements indochinois d'après-guerre (24 févr. 1956, *Bordier*), des pillages et des vols commis en temps de guerre (Sect. 5 mai 1950, *Clémencelle*), la participation de la France aux opérations militaires engagés par l'OTAN au Kosovo (5 juil. 2000, *Mégret et Mekhantar*), l'autorisation donnée à des avions britanniques et américains d'emprunter l'espace aérien français pour intervenir en Irak (30 déc. 2003, *Comité contre la guerre en Irak*), le maintien des troupes françaises en opérations extérieures hors d'Afghanistan (Ord. réf. 15 oct. 2008, *René-Georges X.*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Les situations sont parfois subtiles : si le refus du gouvernement de notifier une aide d'État aux autorités communautaires n'est pas un acte de gouvernement, la décision de la notifier en est un (Ass. 8 nov. 2008, *Comité nat. interprof. des vins d'appellat. d'origine et autres*).

B. Les interprétations doctrinales de la notion d'acte de gouvernement

65 Il existe une controverse sur le point de savoir si l'expression « acte de gouvernement » ne vise que des actes pris par le « Gouvernement » ou, plus largement, par le pouvoir exécutif ou encore par l'un quelconque des « grands » pouvoirs publics. Il est un point de sémantique auquel on ne prête d'ordinaire pas suffisamment attention : il est bien question d'acte **de** gouvernement et non d'acte **du** gouvernement. Il faut donc entendre par cette expression l'exécutif en son entier mais pas au-delà. Ainsi, lorsque le Conseil d'État se déclare incompétent pour connaître des recours dirigés contre la fixation par le Conseil constitutionnel du régime d'accès à ses archives (Ass. 25 oct. 2002, *Brouant*), ce n'est pas parce qu'il s'agit d'un acte de gouvernement mais parce qu'il ne s'agit pas d'un acte administratif.
L'existence d'actes de gouvernement est une chose irritante pour le juriste parce qu'elle constitue une faille dans le principe de juridicité, d'autant plus difficile à admettre pratiquement et à accepter logiquement que la construction de l'État de droit s'est considérablement affinée et renforcée depuis 1875. Plusieurs justifications doctrinales ont été proposées pour expliquer cette anomalie juridique (1. à 3.).

1. La thèse de l'inexistence des actes de gouvernement

66 Pour un premier courant doctrinal, assez radical, *« la théorie des actes de gouvernement est très simple : il n'y en a pas »* (J. Donnedieu de Vabres). Pour ces auteurs (en particulier, Célier et M. Virally), l'acte de gouvernement n'existe pas. Ce que l'on qualifie ainsi est un acte dont le juge administratif français ne peut pas connaître, soit parce qu'il a une nature juridique mixte (mi-interne, mi-international), soit parce que son examen ressortit à la compétence d'un autre organe, soit parce que, relevant du droit international, il n'appartient pas à la compétence des juridictions nationales françaises.
Cette thèse, assez séduisante à première vue, n'explique ni la persistance de l'expression « acte de gouvernement » dans la terminologie du Conseil d'État et de ses rapporteurs publics, ni l'existence d'un régime juridique et contentieux spécifique à l'acte de gouvernement, ni son caractère inassimilable à d'autres catégories juridiques. Elle est également contredite par l'affirmation du juge administratif selon laquelle un tel acte *« échappe […] à tout contrôle juridictionnel »* (23 sept. 1992, *GISTI et MRAP*, préc.).

2. La thèse de l'archaïsme des actes de gouvernement

67 La seconde conception doctrinale aperçoit dans la situation actuelle une étape provisoire. L'acte de gouvernement serait en réalité une espèce en voie de disparition, il ne serait que la survivance d'un archaïsme. L'affinement du contrôle juridictionnel doit entraîner la disparition progressive de cette catégorie d'actes qui ne sera plus qu'un mauvais souvenir. Si cette vision a paru un temps confirmée par l'incessante réduction du champ d'application de la notion d'acte de gouvernement, elle semble aujourd'hui démentie par le double constat du caractère intact du régime juridique applicable à ceux des actes qui sont qualifiés tels et du caractère assez irréductible d'un « noyau » d'actes de gouvernement.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

3. La thèse du bien-fondé de l'existence des actes de gouvernement

68 Une troisième explication est plus originale que les deux autres et c'est la seule qui revêt un caractère franchement positif. Développée par le Professeur R. Chapus, elle consiste à apercevoir deux fonctions dans l'ensemble des tâches d'un gouvernement. D'un côté, il y a toutes les activités de nature proprement administrative, de l'autre se trouvent celles relevant de la fonction proprement gouvernementale. Cela résulte de ce que les membres d'un gouvernement *« ont la double qualité d'autorité politique et de chef des administrations »*.
L'acte de gouvernement est donc la décision que l'autorité gouvernementale ou présidentielle édicte en sa qualité d'autorité politique. Échappant au droit, il serait normal que l'acte de gouvernement échappe aussi au juge mais il demeure alors l'expression juridique d'une fonction politique. Au fond, selon que prédomine en lui l'aspect politique ou l'aspect juridique, il sera, ou ne sera pas, qualifié d'« acte de gouvernement ».

C. Le régime juridique et contentieux des actes de gouvernement

69 Il convient de déterminer le régime applicable à la fois aux actes de gouvernement proprement dits et à ceux des actes qui se rapportent à un acte de gouvernement, soit en aval, soit en amont. Le principe est que le régime de l'acte de gouvernement joue également pour les actes qui lui sont *rattachables* (1.), il est écarté pour ceux qui en sont *détachables* (2.). À cet égard, illustrant cette distinction, on relèvera l'arrêt (4 déc. 2003, *Feler*) qui, d'une part, affirme l'incompétence du Conseil d'État pour apprécier l'opportunité de la décision du président de la République de consulter la population d'un département d'outre-mer sur le fondement de l'art. 73 de la Constitution, celle-ci n'étant pas détachable d'un acte de gouvernement, d'autre part, le déclare compétent pour apprécier la régularité du décret de convocation des électeurs en vue de cette consultation, celui-ci étant détachable d'un tel acte de gouvernement.

1. Les actes de gouvernement et les actes qui leur sont rattachables

70 La constatation qu'une décision constitue un acte de gouvernement entraîne, au plan contentieux, le rejet, pour incompétence du juge, du recours introduit (TC 2 févr. 1950, *Radiodiffusion française*, préc.; 29 avr. 1970, *Comité des chômeurs de la Marne et Sieur Le Gac*; 19 févr. 1988, *Sté Robatel SLPI, préc.*). Il ne constitue donc point une irrecevabilité malgré une certaine jurisprudence dissidente (Sect. 13 juil. 1979, *SA COPAREX*). Il en va de même pour l'acte rattachable à un acte de gouvernement.
L'acte *rattachable* ne peut être examiné et traité que dans un ensemble où il entre avec un acte juridique principal par rapport à lui et avec lequel il forme matériellement et/ou intellectuellement un tout : l'acte rattachable à un acte de gouvernement – et qui, pris en lui-même et tout seul ne serait pas un acte de gouvernement – est traité comme l'acte de gouvernement lui-même avec lequel, d'ailleurs, il se confond car il en est indissociable.
Le régime de ces actes recouvre deux hypothèses qu'il convient de distinguer.

● L'acte n'est pas une convention internationale

L'immunité juridictionnelle est absolue à l'égard d'un acte de gouvernement ou d'un acte qui lui est rattachable et qui n'est pas une convention internationale. Il en va ainsi aussi bien

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

quant à l'examen de sa *légalité* que pour ce qui concerne la question de la *responsabilité* qui peut découler des dommages causés par cet acte.

● L'acte est une convention internationale

Dans cette hypothèse, il convient de faire le départ entre la question de la *légalité* de l'acte et le régime de *responsabilité* du fait de ses conséquences dommageables.
S'agissant de la légalité, celle-ci ne peut pas être mise en cause devant le juge. L'immunité juridictionnelle est absolue (À propos d'une mise en demeure jugée non détachable de négociations entre la France et l'Algérie, voir : Sect. 13 juil. 1979, *SA COPAREX*, préc.). L'éventuelle irrégularité ne peut être invoquée ni directement, par la voie du recours pour excès de pouvoir, ni indirectement, par l'évocation d'une exception d'illégalité.
S'agissant de la responsabilité, une décision de principe a admis que la responsabilité de l'État pouvait être engagée à raison des dommages causés par l'incorporation d'une convention internationale en droit interne français, nonobstant la circonstance qu'une telle convention est toujours un acte de gouvernement (Ass. 30 mars 1996, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, p. 257). En ce cas, pour que soit ouvert le bénéfice de la réparation, trois conditions doivent être réunies. En premier lieu, il faut que ni la convention ni la loi qui en a autorisé la ratification *« ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation »*. En deuxième lieu, – parce que c'est un cas de responsabilité sans faute à prouver (*cf.* § 100) – il faut que le préjudice qui en résulte *« soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial »*.
Enfin, l'exigence antérieure que cette convention ait été, en outre, régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne français, qui paraissait avoir été abandonnée (29 déc. 2004, *Almayrac et autres*), semble de nouveau devoir être respectée (11 févr. 2011, *Susilawati,* 325253).

2. Les actes détachables d'un acte de gouvernement

71 Le régime juridique des actes de gouvernement, exorbitant du droit commun des actes administratifs, ne s'applique qu'à ceux qui ont réellement la nature d'actes de gouvernement ou qui leur sont rattachables. Étant un régime dérogatoire, il est de droit étroit. C'est pourquoi, lorsque des éléments juridiques peuvent être « détachés » d'un acte de gouvernement, ils ne seront pas eux-mêmes qualifiés comme tels et pourront être soumis au contrôle du juge administratif, même dans l'hypothèse où l'aspect « acte de gouvernement » joue un rôle principal et l'aspect « acte détachable » un rôle secondaire ou résiduel. L'acte est dit *détachable* lorsqu'il peut être examiné, en droit ou en fait, en lui-même, car il forme un tout suffisamment cohérent en soi et suffisamment autonome par rapport à son environnement juridique pour être appréhendé et traité juridiquement tout seul.
Ainsi, les actes concernant les relations internationales, s'ils sont normalement des actes de gouvernement, peuvent, assez souvent, être dits « détachables » de cet aspect : la mesure d'extradition ordonnée par le gouvernement français en exécution d'un accord diplomatique est détachable de cet accord (Ass. 30 mai 1952, *Kirkwood*, p. 291), les mesures d'exécution d'une convention internationale sont détachables de celle-ci quand elles n'ont pas, en elles-mêmes, la qualité d'actes relevant de la protection diplomatique (5 févr. 1926, *Caraco*; 28 janv. 1948, *Lecanu*; TC 2 déc. 1991, *Préfet de Paris et Cie française d'assurance pour le commerce extérieur*, p. 479; *AJDA* 1992 p. 617 note G. Teboul).
Pareillement, les relations exécutif-législatif sont normalement du domaine de l'acte de gouvernement mais il existe des situations de détachabilité : la décision ministérielle refusant à un parti de faire campagne lors d'un référendum est suffisamment détachable de la procédure référendaire pour n'être pas qualifiée d'acte de gouvernement (Ass. 27 oct. 1961, *Le*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Regroupement national), de même, un décret de répartition de crédits est détachable de la procédure budgétaire (4 nov. 1959, *Garnier*).
Dans ces cas, l'acte détachable est soumis au régime juridique de droit commun des décisions de la puissance publique.

72 On a pu se demander si la théorie de l'acte de gouvernement n'était pas directement contraire aux stipulations de l'art. 13 de la Convention EDH reconnaissant le droit fondamental d'accéder à un juge. Cette question a reçu une réponse négative de la Cour EDH, d'abord implicitement (26 août 1997, *Balmer-Schafroth et autres c/ Suisse*) puis de façon très explicite (grand chambre, 14 déc. 2006, *Markovic c/ Italie*).

2 Les circonstances exceptionnelles

73 Les règles de droit ne s'imposent à l'Administration que quand leur respect est possible, c'est-à-dire en période normale, quand la vie sociale se déroule à peu près comme on pouvait, spontanément, s'y attendre. Si des circonstances exceptionnelles (A.) empêchent l'Administration de suivre les procédures légales habituelles ou de respecter les droits ordinairement reconnus aux individus, elle est fondée à outrepasser le respect du droit mais aux conditions et dans des limites fixées par la jurisprudence (B.).

A. La notion de circonstances exceptionnelles

74 On entend par *« circonstances exceptionnelles »* toute perturbation grave de la vie sociale entraînant en particulier l'impossibilité pour les pouvoirs publics de respecter les exigences juridiques habituelles. L'idée qui domine la matière est que *« le salut du peuple est la loi suprême »* (*« salus populi suprema lex »*). La juridicité est un ensemble de règles, de principes et de procédures destinés à assurer, au regard d'une certaine conception de la « chose publique », l'ordre dans la cité, conformément à l'idée communément reçue dans une société de ce que doit être une vie sociale organisée. Il peut cependant arriver, dans certaines circonstances, que l'intérêt public soit mieux assuré par la violation de cet ordre que par son respect (c'est Maurice Hauriou qui faisait plaisamment mais justement observer : « C'est bien joli les lois mais il s'agit de ne pas être mort avant qu'elles soient faites »). On conçoit que seule la gravité du péril justifie l'entorse aux principes de base qui caractérisent l'État de droit.
L'hypothèse principale de circonstances exceptionnelles est réalisée par la *guerre*. Celle-ci bouleverse le fonctionnement normal des services publics et des activités privées et requiert en même temps une coordination énergique des efforts ou des sursauts de la nation. De nombreuses autres situations ont été qualifiées de circonstances exceptionnelles : une grève générale des chemins de fer en 1938 (Ass. 18 avr. 1947, *Jarrigion*) ; certains actes de l'occupant allemand de juin 1940 à juin 1944 (Ass. 13 déc. 1957, *Barrot et autres*) ; la situation en Indochine en 1951 et 1952 (Ass. 10 déc. 1954, *Andréani*), à Madagascar en 1947 (Sect. 7 janv. 1955, *Andriamiseza*), en Algérie en 1960 (Sect. 15 oct. 1965, *Union fédérale des magistrats et sieur Reliquet*, préc.), en France continentale le 18 juin 1968 (Ass. 12 juil. 1969, *CCI de Saint-Étienne*), en Guadeloupe en 1976 par suite d'une menace d'éruption du volcan de la Soufrière (18 mai 1983, *Félix Rodes*).

B. Le régime juridique des circonstances exceptionnelles

75 La théorie des circonstances exceptionnelles pourrait être extrêmement dangereuse en ouvrant la voie à toutes sortes d'abus sous prétexte de crise grave. Elle pourrait, de façon

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

pernicieuse, aboutir à couvrir les pires actes d'une absolution juridique. Il importe donc que cette théorie soit étroitement contrôlée dans son déclenchement (1.) comme dans son application (2.) afin qu'elle ne soit pas détournée de sa finalité. C'est ce que s'efforce de faire la jurisprudence patiemment édifiée par le Conseil d'État dans une série de décisions célèbres qui ont permis la construction d'un véritable « statut » de l'état de circonstances exceptionnelles (28 juin 1918, *Heyriès*, p. 651 ; 28 févr. 1919, *Dol et Laurent*, p. 208 ; TC 27 mars 1952, *de la Murette*, p. 626 ; Ass. 19 oct. 1962, *Canal et autres*, p. 552), permettant ainsi au juge d'édifier, comme on l'a dit, « une légalité pour le temps de crise ». Tout en échappant aux règles ordinaires du droit, la décision du temps de crise n'est pas dispensée de toute soumission à des règles juridiques supérieures, cependant celles-ci seront souplement appliquées.

1. Conditions de déclenchement

76 Ces conditions, toutes posées par le juge, sont au nombre de trois et doivent être cumulativement réunies ; à défaut de l'une d'elles l'Administration ne pourra pas bénéficier du régime jurisprudentiel de dérogation.

1°) Le juge vérifie d'abord la réalité du caractère exceptionnel des circonstances invoquées.

2°) Il examine ensuite si ces circonstances portent bien atteinte à une mission essentielle de la vie sociale qu'il importe donc d'assurer à tout prix.

3°) Il vérifie également si l'Administration, compte tenu des caractéristiques de ces circonstances exceptionnelles, ne disposait pas des moyens d'y faire face en recourant aux procédés ordinaires du droit qui sont les siens en temps normal.

La théorie présente une grande souplesse de mise en œuvre car dans chaque cas le juge examine s'il y a, à l'intérieur d'une situation globalement qualifiée de circonstances exceptionnelles, des périodes d'absence de telles circonstances. La satisfaction de cet ensemble de conditions est strictement vérifiée par le juge : ainsi, le préfet de la Seine pouvait user de pouvoirs spéciaux en juin 1940, période exceptionnelle, mais plus en juillet 1940 (8 mars 1944, *Guy*) ; pareillement, il y avait bien des circonstances exceptionnelles en France de mai 1940 à septembre 1940 et à partir de juin 1944, en revanche, il n'existait pas de telles circonstances entre septembre 1940 et juin 1944. Inversement, bien qu'il n'y eût pas, globalement, de telles circonstances entre ces deux dernières dates, certains actes imposés aux autorités françaises par l'occupant ont été considérés comme pris en période exceptionnelle (*Barrot et autres*, préc.). De la même manière, si, globalement, il existait des circonstances exceptionnelles en France à partir de juin 1944, tel n'était pas le cas dans le département de la Marne, entre le 14 octobre et le 31 décembre 1944 (1er juil. 1970, *Doppler*).

2. Application d'un régime dérogatoire

Lorsque sont effectivement réunies ces trois conditions sera déclenché un régime juridique dérogatoire aux règles de forme comme aux règles de fond.

● Dérogations aux règles de forme

77 Des décisions qui, en temps normal, seraient déclarées nulles pour illégalité tenant à l'incompétence de leur auteur ou à un vice de forme ayant joué un rôle déterminant, seront considérées comme valables en période de crise.

S'agissant de l'incompétence, et alors qu'en temps normal c'est là un vice particulièrement grave rendant les mesures concernées nulles de nullité absolue, il n'en va pas de même en temps de crise. Il est alors permis à l'autorité publique, par exemple, de déléguer ses pouvoirs sans respecter la procédure existant à cet effet (26 juin 1946, *Viguier*) ou d'empiéter sur la compétence d'autres pouvoirs, comme le pouvoir législatif (16 avr. 1948, *Laugier*). Il est égale-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

ment arrivé que la qualité d'agents publics ait été reconnue à des individus qui, sans mandat ou autorisation de la puissance publique, se sont substitués à l'Administration défaillante, par exemple en percevant des taxes (7 janv. 1944, *Lecocq*) ou en procédant à des réquisitions de stocks alimentaires (5 mars 1948, *Marion*). C'est la théorie des *fonctionnaires de fait* : les actes de ces personnes sont tenus pour des actes administratifs et la responsabilité qui peut en découler incombe à l'Administration.

S'agissant des vices de forme, dont l'omission en temps normal vicie les actes en les frappant de nullité, ils peuvent être absous en période de crise. Ainsi, les exigences de forme nécessaires pour opérer validement une réquisition de blé (en particulier, utilisation d'un carnet à souches) n'avaient pas à être respectées en juillet 1940 (9 nov. 1945, *Sté coopérative agricole « L'Union agricole »*). Pareillement, le renouvellement d'un maire, le 23 juillet 1940, pouvait avoir lieu sans que fussent respectées les règles établies par la loi du 5 avril 1884 (16 mai 1941, *Courrent*). Le droit, fondamental depuis 1905, pour tout fonctionnaire d'avoir communication de son dossier avant le prononcé éventuel d'une sanction n'avait pas à être respecté en 1916 par suite des circonstances de l'époque (*Heyriès*, préc.).

● Dérogations aux règles de fond

78 Ici encore des décisions, qui, en temps normal, eussent été annulées comme constitutives de voies de fait (*cf.* § 491) en raison de leur irrégularité intrinsèque, seront considérées comme valides durant la période de crise.

Ainsi, le recours au procédé de l'exécution d'office sans décision de justice préalable n'est pas irrégulier en temps de crise (19 mai 1954, *Office publicitaire de France*), tout comme une décision d'emprisonnement en dehors de toute intervention d'un juge (19 févr. 1947, *Bosquain*) ou la création d'une taxe sans respecter les prescriptions légales instituées à cet effet (7 janv. 1944, *Lecocq*, préc.) ou encore une réquisition de biens pratiquée illégalement (*Marion*, préc.).

Dans tous les cas, le juge s'assure que les mesures d'exception prises par l'Administration sont, à la fois, proportionnées à la menace, adéquates au but à atteindre et de même durée que la crise elle-même : si la situation indochinoise en 1951-1952, qui était de caractère exceptionnel, justifiait la décision d'interdire l'exportation d'armes vers cette région (14 janv. 1959, *Sté française d'armements*), elle ne justifiait pas, en revanche, le maintien d'un militaire sous les drapeaux au-delà du temps légalement prévu (23 oct. 1957, *Camy*).

3 L'institutionnalisation des circonstances exceptionnelles

Le statut jurisprudentiel des circonstances exceptionnelles a été tantôt précédé, tantôt relayé par une série de textes qui ont établi, chacun dans des hypothèses spécifiques, rencontrées au cours de notre histoire nationale, des régimes juridiques *sui generis* applicables à divers temps de crise (A. à E.).

A. L'état de siège

79 *L'état de siège* est le plus ancien des régimes d'exception liés aux circonstances exceptionnellement rencontrées en France.

À l'origine étaient distingués, d'une part, *l'état de siège réel* (hypothèse d'une place forte investie par l'ennemi, que régissait traditionnellement jusque-là une série de textes de la Révolution et du Premier Empire),

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

d'autre part, *l'état de siège fictif* (encore appelé « état de siège politique », susceptible de s'appliquer à tout ou partie du territoire, en dehors de toute idée de « siège »). La loi du 9 août 1849, modifiée notamment par celle du 3 avril 1878, et désormais intégrée dans le code de la défense (ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004), ne pratique plus cette distinction (1. et 2.).

1. La déclaration d'état de siège

80 Dans la tradition républicaine l'état de siège ne pouvait être institué que par une loi parce qu'il emportait de trop graves atteintes aux libertés (art. 2, la loi de 1849 et art. 1er, loi de 1878), ce régime a été remanié en 1958. Selon l'art. 36 de la Constitution de 1958 : *« L'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement. »* On a voulu, par cette procédure, concilier la nécessité d'une action rapide et le respect des prérogatives parlementaires. L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas *« de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée »*, sur tout ou partie du territoire national : ainsi, en 1914, il fut appliqué sur tout le territoire, assorti de règles propres à chaque département. La jurisprudence considère que la décision de mettre en vigueur l'état de siège constitue un acte de gouvernement lorsqu'elle est prise par le pouvoir exécutif ; elle est donc insusceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En revanche, les mesures prises en exécution de l'état de siège sont soumises au contrôle du juge.

2. Les effets de l'état de siège

81 Ces effets, énumérés aux articles L. 2121-2 et s., du code de la défense, sont au nombre de trois principaux.

Selon l'article L. 2121-2, il se produit un transfert des pouvoirs de l'autorité civile à l'autorité militaire. Cependant, l'autorité civile conserve ceux des pouvoirs qui n'ont pas été expressément transférés à l'autorité militaire. Il reste que la plus grande partie des pouvoirs de police est visée par ce transfert. *Selon les articles L. 2121-3 à L. 2121-6*, les juridictions militaires peuvent être saisies de la plupart des crimes et délits prévus et réprimés par le Code pénal, qui relèveraient en temps normal des juridictions répressives de droit commun. Une longue énumération figure dans la loi, celle-ci étant limitative. *Selon l'article L. 2121-7*, l'autorité militaire se voit octroyer d'importants pouvoirs de police : elle peut, notamment, perquisitionner de jour comme de nuit au domicile des particuliers, éloigner les repris de justice et tous les individus qui n'ont pas leur domicile dans la zone soumise à l'état de siège, ordonner la remise des armes et munitions, se livrer à leur recherche ou procéder à leur enlèvement, interdire les publications et les réunions susceptibles de causer des désordres.

Cette loi est empreinte d'un grand libéralisme. L'article L. 2121-8 indique ainsi : *« Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents »*. Toute autre est la philosophie qui sous-tend le régime de l'état d'urgence.

B. L'état d'urgence

82 *L'état d'urgence* est organisé principalement par six textes (lois du 3 avril 1955, dans la version issue de l'art. 176 (V) de la loi du 17 mai 2011, du 7 août 1955, du 17 mai 1958 et du 26 janvier 1985, ordonnance du 15 avril 1960, loi du 15 juin 2000 ; v. aussi art. L. 2131-1 c. défense). Ce sont des textes de circonstance, élaborés à chaud, durant le drame algérien et directement liés à lui, pour les trois premiers et le cinquième, à la situation alors délétère en Nouvelle-Calédonie pour le

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

quatrième. Ils ont cependant, aujourd'hui, une portée générale : ainsi, il en a été fait application à partir d'octobre 2005 à la suite de troubles dans certaines zones urbaines (1. et 2.).

1. Conditions du recours à l'état d'urgence

83 L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire *« soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature ou par leur gravité, le caractère de calamité publique »* (art. 1er, loi du 3 avr. 1955). Ce régime est donc d'extension plus grande que celui de l'état de siège. Au surplus, sa notion centrale, celle d'*ordre public*, est beaucoup plus vague et politique que celles qui sont à la base de l'état de siège. L'état d'urgence est décrété en Conseil des ministres, il ne peut être prorogé au-delà de douze jours que par une loi qui doit en fixer la durée définitive (Loi du 17 mai 2011, art. 176 (V)). Cependant, ici, la garantie que constitue l'intervention du Parlement est moins forte que pour l'état de siège car elle n'est prévue que par une loi non par la Constitution comme c'est le cas pour l'état de siège. Par ailleurs, la prorogation législative devient caduque à l'issue d'un délai de quinze jours francs suivant la date de démission du Gouvernement ou de la dissolution de l'Assemblée nationale.

La décision de mettre en vigueur l'état d'urgence (Ord. réf. 14 nov. 2005, *Rolin*) comme celle de refuser d'y mettre fin (Ord. réf. 9 déc. 2005, *Allouache et autres*), ne constituent pas des actes de gouvernement.

2. Effets de l'état d'urgence

84 Deux situations sont à distinguer : l'état d'urgence simple et l'état d'urgence renforcé.

L'état d'urgence simple, déclenché automatiquement par le fait même d'instaurer l'état d'urgence, se traduit par l'octroi de pouvoirs très étendus soit au seul préfet de chaque département (comme l'interdiction de circuler faite à certaines personnes), soit au seul ministre de l'intérieur (assignation à résidence), soit, à la fois, aux préfets et à ce ministre (fermeture de lieux publics : salles de réunion, de spectacles, débits de boissons).

L'état d'urgence renforcé ne peut être mis en vigueur que si le décret instituant l'état d'urgence l'indique expressément. Il aboutit à conférer aux préfets et au ministre de l'intérieur le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour comme de nuit, de contrôler toutes les publications, dont la presse, ainsi que la radio, le cinéma et le théâtre. Il peut également autoriser, par décret, la juridiction militaire à se saisir de tous les crimes et délits connexes relevant de la cour d'assises.

Si, traditionnellement, le juge administratif n'exerçait qu'un contrôle restreint sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence (25 juil. 1985, *Dagostini*), désormais ce contrôle est plein et entier (*Rolin, Allouache*, préc.).

Le régime de l'état d'urgence est beaucoup moins libéral que celui de l'état de siège. Il est la marque, historiquement, d'un régime politique aux abois.

C. Le régime des pouvoirs spéciaux

85 L'aggravation paroxystique de la situation en Algérie a déterminé les gouvernants à solliciter du Parlement, qui s'y est toujours prêté de bonne grâce, l'octroi de pouvoirs sans cesse exorbitants. Ce fut d'abord le cas avec la loi du 16 mars 1956 instituant des pouvoirs spéciaux au bénéfice du gouvernement Mollet, celui-ci se voyant autorisé à user de prérogatives dictatoriales car elles reposaient sur l'abolition de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif. Ainsi, le décret du 17 mars 1956, appliquant la loi précitée, organisait une dictature au profit du gouverneur général de l'Algérie, lui permettant de créer des

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

amendes et de procéder à des internements dans des camps de concentration sur simple arrêté gubernatorial. La loi du 17 mai 1958, adoptée au bénéfice du gouvernement Pflimlin, ne fut pas en reste : en particulier, elle définissait rétroactivement seize crimes susceptibles de relever désormais des juridictions militaires dès lors qu'ils avaient été commis postérieurement au 30 octobre 1954. Le général de Gaulle, à son tour, bénéficia tout d'abord des dispositions de la loi de 1956, remise en vigueur, puis de celles issues de l'importante loi du 4 février 1960 qui réalisa la plus vaste délégation du pouvoir législatif à l'exécutif que notre histoire ait connue dans un régime démocratique.

D. L'organisation de la nation pour le temps de guerre

86 La loi du 11 juillet 1938, d'abord remaniée par le décret du 6 janvier 1959 sur la mise en garde, puis intégrée dans le code de la défense (ordonnance du 20 déc. 2004, préc.), a tenté d'organiser économiquement et socialement la vie de la nation durant le temps de guerre. Plus que d'ordre public, c'est d'activités économiques, de droit du travail, de réglementation sociale qu'elle se préoccupe. À cet effet, elle octroie de très substantiels pouvoirs au Gouvernement afin de pallier les conséquences dévastatrices de tout conflit armé sur l'économie. C'est pourquoi le pouvoir exécutif se voit accorder la faculté de suspendre ou de restreindre la plupart des libertés à caractère économique et social. Ce régime serait, quoiqu'en droit toujours en vigueur, largement impraticable aujourd'hui que la France a perdu sa souveraineté en ce domaine du fait de la construction d'un marché unique entre les États membres de l'Union européenne et du fait de son adhésion à l'*Organisation mondiale du commerce*.

E. La constitutionnalisation des circonstances exceptionnelles : l'article 16 de la Constitution de 1958

87 L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 institue, dans les circonstances qu'il définit assez précisément en définitive, une dictature classique au sens romain du terme (dictature de salut public pour sauver la République dite *rei publicae et servandae*), c'est-à-dire une concentration légale et temporaire des pouvoirs au profit du président de la République en sa qualité de chef de l'État.

On ne reviendra pas sur les conditions de forme et de fond requises par la Constitution pour l'application de l'article 16, ni, non plus, sur les effets du recours à un tel régime de droit, renvoyant sur ce point aux ouvrages de droit constitutionnel.

On rappellera seulement que la décision de mettre en vigueur l'article 16 et la décision d'y mettre fin constituent des actes de gouvernement (*Rubin de Servens*, préc.). On sait encore que, par voie de conséquence, il n'y a pas de contrôle de la part du juge administratif, sur la durée d'application de l'article 16 (*Rubin de Servens*, préc.) ; cependant, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a singulièrement renforcé le contrôle exercé sur ce point par le Conseil constitutionnel, sur demande des parlementaires (après 30 jours d'application de l'art. 16) ou spontanément (après 60 jours d'application de ce régime).

En revanche, s'agissant des mesures prises sur le fondement de l'article 16 pendant le temps où ce régime est en vigueur, le Conseil d'État opère une distinction entre lesdites mesures – étrange au demeurant car fondée sur un critère matériel et non sur un critère organique –. Celles qui, en temps normal, relèveraient de la compétence du législateur échappent au contrôle du juge administratif. Au contraire, celles qui, en temps normal, relèveraient de la

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

compétence du pouvoir réglementaire, sont soumises à ce contrôle (outre *Rubin de Servens*, préc. ; voir : 13 nov. 1964, Livet ; 22 avr. 1966, *Sté Union africaine de presse* ; 22 mai 1968, *Lagrange*).

Lorsque l'article 16 n'est plus en vigueur, les mesures prises en vertu de cet article durant la période où il était applicable demeurent en vigueur (Ass. 23 oct. 1964, *d'Oriano*). Cette solution n'est guère justifiable puisque l'état de crise a cessé.

Enfin, quand sont cumulativement déclenchés plusieurs régimes institutionnels de circonstances exceptionnelles, chacun d'eux produit distinctement ses effets de droit propres (Ass. 23 oct. 1964, *d'Oriano*, préc.).

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

L. Favoreu, *Du déni de justice en droit français*, LGDJ, 1964.
P.-L. Frier, *L'urgence*, LGDJ, 1987.
A. Mathiot, « La théorie des circonstances exceptionnelles », *Mélanges A. Mestre*, 1956, p. 413.
M. Voisset, *L'article 16 de la Constitution de 1958*, LGDJ, 1969.
P. Serrand, *L'acte de gouvernement*, Thèse Paris II, 1996.
M. Virally, « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP* 1952, p. 317.

POUR ALLER PLUS LOIN

R. Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Rec.* Dalloz 1958, Chron. p. 5 : célèbre étude qui voit dans l'acte de gouvernement non un monstre mais la traduction de la fonction politique de tout gouvernement.

M. Hauriou, *Notes sous 28 juin 1918*, Heyriès, Sirey 1922.III.49 et *sous 28 février 1919*, *Dames Dol et Laurent*, Sirey 1919.III.33 : sans doute les meilleures notes de jurisprudence sur la théorie des circonstances exceptionnelles.

J.-F. Henry, *Conclusions sur Ass., 2 mars 1962*, Rubin de Servens, *JCP* 1962.II.12613 ; *RDP* 1962 p. 294 : plaidoyer, qui a convaincu le Conseil d'État, en faveur du non contrôle de la décision de mettre en vigueur l'article 16.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

3

La responsabilité administrative extracontractuelle, le droit commun

88 La responsabilité administrative dont il va être question concerne l'ensemble des cas où la puissance publique est tenue de réparer les dommages qu'elle cause en dehors de toute situation contractuelle, c'est donc une *responsabilité civile* régie par le droit public. Le régime qui est institué s'attache à faire leur part au légitime souci de réparation des dommages subis comme au nécessaire respect des exigences propres à l'action administrative dominée par les nécessités du service public.

Longtemps a prévalu le principe de l'irresponsabilité des personnes publiques, puis, progressivement, s'est répandue l'idée que l'action dommageable des services publics devait ouvrir droit à réparation. Le principe, comme en droit privé, est que la responsabilité de l'Administration est fondée sur la preuve qu'une faute est à l'origine du dommage ; cependant, les cas où la responsabilité de celle-ci peut être engagée en l'absence de toute faute de sa part sont très nombreux. Le droit administratif de la responsabilité extracontractuelle est assez différent, sur de nombreux points, des règles posées par les articles 1382 et suivants du Code civil. Le Tribunal des conflits a, en effet, jugé dans sa célèbre décision *Blanco* (8 févr. 1873, D. 1873.III.17 concl. David), que les règles du code civil sont, par principe, inapplicables aux rapports qui mettent en cause la puissance publique car ces rapports sont, fondamentalement, inégalitaires alors que le droit civil concerne des rapports de droit égalitaires.

Le régime de responsabilité qui va ici être étudié vise la réparation des dommages imputables à deux catégories de personnes : d'une part, les personnes publiques, d'autre part, les personnes privées gérant un service public administratif et dotées à cet effet de prérogatives de puissance publique. Lorsqu'une personne privée gère un service public administratif sans détenir de prérogatives de puissance publique ou lorsqu'elle gère un service public à caractère industriel ou commercial, la réparation des dommages causés par son action, même si ceux-ci ne sont pas détachables de sa mission d'intérêt général, relève du juge judiciaire (Sect. 13 oct. 1978, *ADASEA* ; TC 28 avr. 1980, *Girignon* ; TC 25 janv. 1982, *Cailloux c/ CONSUEL*).

Les dommages ne peuvent être réparés que si certaines conditions sont réunies ; celles-ci sont relatives à la nature de l'événement dommageable (1.), à l'imputabilité du dommage (2.), aux caractères que revêt le préjudice (3.) et aux mécanismes de réparation (4.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1 L'événement dommageable

89 Quels caractères l'événement dommageable doit-il revêtir pour ouvrir droit à réparation ? La victime (ou ses ayants-droit) doit prouver qu'un fait commis ou une décision prise par l'Administration ou par certaines personnes de droit privé lui a causé un préjudice. Un fait non préjudiciable, même s'il est répréhensible, n'ouvre pas droit à réparation.
Cet événement dommageable peut être conçu de deux manières. Ou bien il sera exigé que cet événement résulte d'une faute (manquement à une règle, à une obligation, acte irrégulier, imprudence…) ayant un lien de cause à effet avec le dommage. Ou bien il ne sera pas exigé que cet événement soit fautif mais seulement qu'il existe un lien de cause à effet (on parlera de « lien de causalité ») entre cet événement et le dommage subi. Dans le premier cas, la responsabilité sera fondée sur la preuve d'une faute (A.), dans le second elle sera engagée sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'une faute (B.). Si cette distinction se rencontre également en droit civil et en droit administratif, la responsabilité non fondée sur la faute connaît dans ce dernier droit un développement beaucoup plus important qu'en droit civil. Il conviendra, ensuite, d'indiquer les orientations qui dominent le régime de responsabilité complexe caractérisant certains services publics (police, secteur hospitalier, ouvrages et travaux publics) (C.).
Une importante raison procédurale impose de distinguer soigneusement les deux fondements de la responsabilité : le moyen tiré de la responsabilité sans faute à prouver est d'ordre public (15 mai 2012, *Sté du Bourdeau*, 331362), celui fondé sur la faute ne l'est pas ; ce sont deux causes juridiques distinctes (V. § 569 ; 29 nov. 2006, *Marseille*). Lorsque l'action en réparation est fondée sur un cas de responsabilité non fautive alors qu'en réalité cette action aurait due être fondée sur la faute, il y a erreur sur le fondement juridique : ceci rend l'action irrecevable si le délai de recours est expiré entre le jour du dépôt de la requête et celui où est découverte l'erreur dans le fondement juridique (Sect. 7 nov. 1969, *Agussol*). En revanche, lorsqu'est invoquée à tort une faute et que le juge estime se trouver dans un cas de responsabilité sans faute à prouver, il substituera, au besoin d'office, le fondement valide au fondement primitif, erroné (Sect. 24 juin 1961, *Chevalier* ; 29 nov. 1974, *Époux Gevrey*). Le moyen fondé sur la responsabilité sans faute peut ainsi être soulevé pour la première fois en appel (*Ép. Gevrey*, préc.).

A. La responsabilité fondée sur la preuve d'une faute

90 Le principe, en droit administratif, est que la responsabilité est fondée sur la preuve qu'une faute est à l'origine d'un dommage. La notion de faute présente une grande diversité de cas concrets (1.) et, dans certains d'entre eux, un degré supérieur de gravité de la faute sera exigé pour que soit engagée la responsabilité (2.), il s'agira d'une faute lourde, notion qui connaît un déclin rapide et certain (3.). Enfin, il faudra déterminer ce qu'est la « preuve » de la faute (4.).

1. La typologie de la faute

En bref, un comportement (action ou abstention) sera dit fautif lorsqu'il y aura non-coïncidence entre le schéma idéal théorique de déroulement des faits qui était attendu en l'espèce et celui qui s'est effectivement produit. Cette définition explique que les agissements susceptibles d'être qualifiés de fautifs sont innombrables.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● L'inertie, l'abstention, l'inaction, la carence ou le retard de l'Administration

91 Une première série de fautes réside dans l'inertie, l'abstention, l'inaction, la carence ou le retard de l'Administration. Ainsi il y a faute :

– à ne pas prendre les mesures administratives d'exécution ordonnées ou impliquées (4 févr. 2011, *Synd. Profession ostéopathe – SNOF*, 337739) par une loi (Sect. 24 juil. 1936, *Synd. de défense des grands vins de la côte d'Or*; Sect. 8 juil. 1966, *Union de la protection et du commerce des vins et eaux-de-vie d'Alsace*), ou par un acte réglementaire (22 oct. 2010, *Éliane X.*, 329247), ou à ne les prendre que très tardivement (10 juil. 2007, *Cne d'Ivry-sur-Seine*, abstention, pendant 15 ans, de prendre le décret d'application de l'art. 30 de la loi du 13 juil. 1991) ou hors du délai raisonnable (22 oct. 2010, *Sté Document Chanel*, 330216) ;

– à ne pas mettre en place un système susceptible d'assurer le respect effectif d'une interdiction d'utiliser, sans autorisation préalable, un plongeoir dans une piscine municipale (9 juil. 1975, *Ville de Cognac*) ;

– à s'abstenir de lutter contre un dépôt d'ordures sauvage (28 oct. 1977, *Cne de Merfy*) ;

– à ne pas remplacer des enseignants malades dans un collège, empêchant ainsi que soient assurées des heures d'enseignement obligatoire (27 janv. 1988, *min. de l'Éducation nationale c/ Giraud*) ;

– à mettre plus de sept mois pour réintégrer un fonctionnaire jusque-là détaché (4 oct. 1972, *Baudot*) ou dix ans pour délivrer un titre de pension (Sect. 5 juil. 1935, *Mourton*) ;

– à ne pas s'assurer suffisamment qu'un enfant en bas âge sera bien traité dans sa famille d'accueil alors qu'il y décédera par suite de sévices (23 sept. 1987, *Ouaras*) ;

– à ne pas prendre certaines mesures pour prévenir les conséquences d'une grève (Paris 8 oct. 1993, *Sté SOBECA*) ;

– à ne pas exercer une surveillance suffisante de la capacité des dirigeants d'une association à détenir les compétences et les moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission statutaire (Bordeaux 19 déc. 2002, *Sté mutuelle d'assurance des collectivités locales*) ;

– à ne pas avoir prévu une structure médicale appropriée ou à ne pas avoir fait appel à un médecin dans un centre de rétention d'étrangers où l'un d'eux décède (Marseille, 10 déc. 2007, *Slimani*) ;

– à ne pas transposer une directive communautaire en droit interne (Paris 1er juil. 1992, *Sté J. Dangeville*) ;

– à ne pas créer de places en nombre suffisant pour permettre la scolarisation d'enfants handicapés (Paris, 11 juil. 2007, *min. de la Santé et des Solidarités*) ;

– à avoir caché pendant quinze mois à un agent hospitalier sa séropositivité même si ne pesait sur l'employeur aucune obligation d'information à ce sujet (Nancy 16 oct. 2003, *S.*) ;

– à faire preuve de carence en tardant à prendre les mesures qui s'imposaient en vue de réglementer l'usage de l'amiante (Marseille 18 oct. 2001, *min. de l'Emploi c/ Cts Thomas et Cts Xueref*, 2 espèces ; 3 mars 2004, *min. de l'Emploi et de la Solidarité*) ;

– pour une juridiction (ou du fait de l'intervention de différents ordres de juridiction : 5 déc. 2007, *Bernardet*), à ne pas statuer dans un délai raisonnable (Ass. 28 juin 2002, Garde des Sceaux c/ *Magiéra*) ; l'action contentieuse en réparation, dans ce cas, doit être précédée d'une demande préalable d'indemnisation adressée à l'Administration concernée (7 juil. 2006, *Mangot*) ; elle est portée directement devant le Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort. Le caractère excessif de la durée de la procédure constitue une présomption de préjudice sauf preuve contraire qu'il appartient à l'administration de rapporter (19 oct. 2007, *Blin*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Les décisions illégales

92 Une deuxième série de fautes réside, au contraire des cas précédents, non dans des abstentions d'agir mais dans des décisions positives illégales (15 avr. 2011, *Usine du marin et autres*, 322956).

Une décision administrative ne peut entraîner la responsabilité de son auteur pour faute que si elle est illégale au fond (10 avr. 2009, *Alexandre X.*, n° 295774) ; en cas d'illégalité ne touchant qu'à la forme, la responsabilité de l'Administration ne peut être engagée (Sect. 19 juin 1981, *Carliez* ; Marseille, 2 juin 2006, *Sté Le Boléro et autre*) que si cette illégalité est la cause directe du préjudice. Si la décision qui cause un préjudice est légale, c'est la responsabilité sans faute qui est susceptible de jouer ainsi qu'on le verra plus loin (*cf.* § 172).

De plus, l'illégalité d'une décision ou d'une mesure n'est pas suffisante à elle seule pour permettre d'engager la responsabilité de l'auteur de la décision, encore faut-il qu'elle cause un préjudice ; à défaut de préjudice, il n'y aura pas de réparation (8 janv. 1965, *Liesenfelt*). Pareillement, si la décision illégale est identique à la décision légale qu'aurait pu prendre l'administration en se fondant sur un autre motif (30 sept. 2002, *Dupuy*) ou une autre base légale (13 juin 1980, *Haeuw*), il n'y aura pas lieu à réparation. En revanche, dès lors qu'il y a illégalité et préjudice du fait même de cette illégalité, la responsabilité peut être mise en jeu (TA Clermont-Ferrand, 28 déc. 2006, *Michel S.* : responsabilité de l'État pour le préjudice causé à un détenu par une sanction justifiée mais de forme irrégulière) ; il n'y a pas lieu de distinguer entre décision véritable et simple mesure d'ordre intérieur (Sect. 9 juin 1978, *Spire*). Cependant, le refus de prendre une mesure gracieuse (laquelle n'est, pour l'Administration, qu'une simple faculté) n'est pas susceptible d'ouvrir droit à indemnité (27 mars 1987, *Ville de Tarbes c/ Di Constanzo*).

● Renseignements, promesses et recommandations

93 Une troisième série de fautes résulte de renseignements erronés ou refusés, de promesses non tenues ou de certaines recommandations.

La responsabilité de la puissance publique est engagée pour faute :

– par des renseignements incomplets (Marseille, 7 févr. 2006, *min. Emploi et Solidarité*) ou inexacts (Sect. 10 juil. 1964, *min. de la Construction c/ Duffaut* ; Ass. 20 mars 1974, *Spenale et Bourges*, 2 espèces ; 20 janv. 1988, *Aubin*), encore qu'il appartienne à l'administré de vérifier les informations fournies (28 avr. 1971, *min. de l'Éducation nationale c/ Montaud*) ;

– par le refus, préjudiciable, de donner un renseignement (1er févr. 1980, *Frances et autres*) ;

– par des promesses ou engagements, précis, non tenus (Sect. 24 avr. 1964, *Sté des huileries de Chauny*, ou, pour l'abandon d'un projet d'aménagement : 15 nov. 2000, *Cne de Morschwiller-le-Bas* ; 30 mai 2005, *Tordjman*) ;

– par une recommandation émise par un organisme consultatif, du moins à certaines conditions (Sect. 31 mars 2003, *min. de l'Économie et des Finances c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*).

On signalera encore, dans cette catégorie, deux cas particuliers. Le simple fait, pour l'Administration, de donner spontanément et unilatéralement une information inexacte n'engage pas sa responsabilité sauf si cette prétendue information constitue en réalité une manœuvre (8 juin 1966, *Fondation « Les orphelins apprentis d'Auteuil »* ; 7 oct. 1987, *min. de la Culture c/ Genty*). En revanche, il existe des hypothèses d'obligation renforcée d'information, particulièrement en matière médicale, elles engagent la responsabilité de la puissance publique (Sect. 5 janv. 2000, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris et Époux Telle*).

● Les agissements matériels et certaines décisions

94 Une quatrième série de fautes, les plus nombreuses, est constituée par les agissements matériels ainsi que par certaines décisions.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Ils consistent en imprudence, négligence, légèreté, inobservation des règles, maladresse, erreur, défaut de surveillance, malveillance, intention de nuire, etc., tous comportements qui signent, par leur irrépressible incomplétude, la présence d'un être humain, donc marqué d'une indélébile imperfection. Ainsi est fautif le fait pour la ville de Clermont-Ferrand d'intervertir les règles de priorité à un carrefour, du jour au lendemain, avec maintien au sol des bandes blanches indiquant les anciennes priorités (3 oct. 1979, *Ville de Clermont-Ferrand c/ Picquart*) ou le fait de prendre une mesure de police disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi par elle (Paris 25 mai 1999, *Sté La Péniche publicitaire de Paris, GIE Paris-Scène*). En revanche, le lycée qui met à disposition de ses élèves un parc pour y entreposer des bicyclettes sans en assurer la surveillance ne commet aucune faute (Nancy 13 nov. 2003, *min. Éduc. nat. c/ Larrière*).

L'abus de droit peut constituer un cas, résiduel, de responsabilité pour faute de la puissance publique. L'abus de droit est l'utilisation, par une personne (ici publique) de son droit ou de son pouvoir d'une façon manifestement non voulue par l'auteur du texte qui attribue ce droit ou ce pouvoir. Ainsi, la décision de mettre fin à l'exploitation d'une carrière est un abus de droit lorsqu'elle revêt un caractère « brusque » et « inattendu » (Sect. 22 nov. 1929, *Cie des mines de Siguiri*).

Le contenu d'une décision de justice, lorsqu'il cause un dommage, engage désormais la responsabilité pour faute de l'État (Paris, 8 nov. 2006, *Giovanni G.* : renversement, uniquement sur ce point, de Ass. 29 déc. 1978, *Darmont*, p. 542).

2. Les divers degrés de faute

95 Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est fixée dans le sens d'une dichotomie ayant seule effet opératoire, celle entre *faute simple* et *faute lourde*. Même lorsqu'il emploie – d'ailleurs très rarement – d'autres expressions pour qualifier la faute, le juge administratif n'y attache pas d'autres effets que ceux qui résultent des qualifications de « faute simple » et de « faute lourde ».

La jurisprudence ne définit jamais ce qu'elle entend par faute simple. Sont ainsi « simples » les fautes suivantes : inclusion dans un contrat de stipulations irrégulières (Sect. 11 févr. 1972, *OPHLM du Calvados et autre*), maintien en service d'un matériel de parachutisme qui aurait dû être réformé (22 avr. 1970, *Girerd-Martin*), organisation défectueuse d'une fête communale traditionnelle (Sect. 10 févr. 1984, *Launey*), d'un tournoi de volley-ball (25 févr. 1976, *Morvan*) ou du ramassage scolaire (26 mai 1976, *Époux Calabrais*), fourniture, par un centre de transfusion sanguine, d'un sang d'un groupe différent de celui demandé (6 oct. 1976, *Sté « Clinique chirurgicale de la Maison Rose »*).

Quand la responsabilité du service est fondée sur la faute simple, le juge s'abstient de qualifier la faute de « simple », cette qualification étant inutile puisque, en ce cas, toute faute engage la responsabilité. Il se borne à constater qu'en l'espèce il y a faute, celle-ci pouvant être, en fait, dans l'esprit du juge, simple ou lourde. En revanche, lorsque la responsabilité du service ne peut être engagée que pour faute lourde, le juge est obligé de qualifier la faute, soit négativement, pour indiquer qu'elle ne présente pas le degré de gravité requis et qu'elle n'est donc pas susceptible d'engager la responsabilité du service, soit positivement, pour indiquer qu'étant « lourde » la responsabilité du service est, en conséquence, engagée.

3. Le devenir de la faute lourde

96 Deux conceptions de la faute lourde sont possibles : la faute est lourde soit par la gravité de ses conséquences, soit parce qu'elle révèle un grave dysfonctionnement dans le comportement, quelles que soient, par ailleurs, graves ou non, les conséquences de ce dysfonction-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

nement. Dans le premier cas, l'exigence de faute lourde poursuit un souci de réparation car elle est tournée vers la victime du dommage, dans le second cas elle se veut sanction car elle est tournée vers l'auteur du dommage. La jurisprudence, sans prendre véritablement parti pour l'une de ces conceptions, est dominée par deux tendances. D'un côté, sont sanctionnés, dans un souci de moralisation de l'action publique, les comportements anormalement graves même s'ils sont, le cas échéant, peu dommageables. De l'autre côté, seront réparées toutes les conséquences d'une exceptionnelle gravité même si elles ne résultent pas nécessairement de comportements critiquables. Cette dualité d'objectifs explique des oscillations jurisprudentielles pas toujours très compréhensibles par les administrations et par les particuliers. C'est pourquoi le juge, à l'époque récente, a entrepris de « nettoyer » le droit administratif de la responsabilité d'un grand nombre de cas de faute lourde. Dans ces situations, dont le nombre va croissant, une faute simple suffit désormais pour ouvrir droit à réparation. Toutefois, le juge ne va pas jusqu'au bout de sa logique et maintient l'exigence de faute lourde dans un nombre, il est vrai assez restreint, d'hypothèses.

● Le déclin (irrémédiable ?) de la faute lourde

97 On observe une très nette orientation de la jurisprudence pour restreindre les cas de responsabilité fondés sur l'exigence d'une faute lourde. L'illustration la plus spectaculaire a été constituée par l'abandon de cette exigence en matière médicale où elle a été remplacée par la notion de « faute médicale » qui est souvent aussi difficile à établir que l'ancienne faute lourde (Ass. 10 avr. 1992, *Époux V.*, p. 171 concl. H. Legal). Dans la lignée de cette jurisprudence, ne sont plus soumises au régime de la faute lourde les activités suivantes :
– sécurité des spectateurs de feu d'artifice (30 mars 1979, *Moisan et Cne d'Étables-sur-Mer*) ;
– sécurité sur les plages (Sect. 13 mai 1983, *Lefebvre*) ;
– procédures d'établissement et de recouvrement de l'impôt (Section, 21 mars 2011, *K.*, 306225) ;
– transport et secours médical d'urgence (Sect. 20 juin 1997, *Theux*) ;
– secours et sauvetage en mer ainsi que la police du contrôle des navires (Sect. 13 mars 1998, *Améon et autres*) ;
– contrôle de la navigation aérienne (Versailles, 11 sept. 2007, *Consorts Cyrot*) ;
– lutte contre l'incendie (29 avr. 1998, *Cne de Hannappes*) ;
– tutelle sur les centres de transfusion sanguine (Ass. 9 avr. 1993, *G., D. et B.*) ;
– services pénitentiaires (23 mai 2003, *Chabba* ; 9 juil. 2007, *Marie-Claude X.*, 281205, à propos du suicide d'un détenu) ;
– polices des édifices menaçant ruine (27 sept. 2006, *Cne de Baalon*), de l'hospitalisation d'office (14 avr. 1999, *Sté AGF*), du bruit (28 nov. 2003, *Cne de Moissy-Cramayel*), des mines et carrières (11 juin 2003, *min. Équipement c/ SMAC Aciéroïd*), du contrôle technique des véhicules (31 mars 2008, *Sté Capraro et Cie*) ; ou police phytosanitaire (7 août 2008, *min. Agric. et Pêche*) etc.

● Persistance (résiduelle ?) de la faute lourde

98 Il est devenu très difficile désormais de justifier le maintien de l'exigence de faute lourde. C'est pourquoi on a pu se demander si le terme de l'évolution n'était pas la disparition pure et simple de la faute lourde. Pour l'instant du moins, le Conseil d'État ne s'est pas engagé dans cette voie, maintenant, à plusieurs reprises, la nécessité de prouver le caractère « lourd » d'une faute à l'origine d'un dommage. En particulier, conformément à une vieille jurisprudence (Ass. 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle*, p. 100), il maintient cette exigence dans le domaine de la tutelle qu'il s'agisse de celle exercée sur les collectivités territoriales (voir, assez spectaculairement et de façon discutable : 6 oct. 2000, *min. de l'Intérieur c/ Cne de St-Florent et autres*, désavouant la solution contraire – et excellente – retenue dans ce

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

dossier par Marseille 21 janv. 1999 ; 25 juil. 2007, *min. Intérieur et Aménagmt territ.*), ou de la tutelle exercée sur les banques (Ass. 30 nov. 2001, *Kechichian et autres*).

Ainsi, demeurent encore soumises à l'exigence de faute lourde pour voir leur responsabilité susceptible d'être engagée, outre les services de tutelle :

– les services de la justice judiciaire (art. 11 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972) ;

– résiduellement, certaines activités de la police (10 février 1905, *Tomaso Grecco*), (voir plus loin § 115).

Par ailleurs, la responsabilité résultant d'un usage défectueux du principe de précaution, est fondée sur la faute lourde (v. § 365).

4. La preuve de la faute

99 Il appartient à celui qui allègue une faute de l'Administration de la prouver. Le juge peut cependant se satisfaire d'un *commencement de preuve* parce qu'il détient un pouvoir d'instruction très étendu pour rechercher les éléments susceptibles d'étayer sa conviction. En particulier, le juge administratif a créé un certain nombre de présomptions de faute. Il suffit à la victime de les alléguer pour que la charge de la preuve soit renversée et incombe à l'Administration.

Il y a, par exemple, présomption de faute lorsqu'un traitement médical a produit des effets autres que ceux qui lui sont normalement attachés (théorie de « l'effet inattendu » des traitements ou actes médicaux : Ass. 7 mars 1958, *secr. d'État à la Santé c/ Dejous*), lorsqu'un accident est causé par un étalon appartenant à un haras national (26 déc. 1951, *Magniez*) ou en cas de contamination par le virus de l'hépatite C (10 oct. 2003, *T. et autres*). Ce système de présomptions n'a rien d'original. Le droit civil connaît des présomptions de faute dont certaines ont un caractère proprement irréfragable, rendant purement incantatoire le recours à l'idée de faute et aboutissant, de fait, à faire naître une responsabilité sans faute.

B. La responsabilité sans faute à prouver

100 L'expression « sans faute à prouver » ne veut nullement dire qu'il n'y a pas faute mais seulement que la victime n'a pas à rapporter la preuve qu'une faute a permis la réalisation du dommage dont elle se plaint. Cette dispense de preuve peut concerner aussi bien des cas où, en réalité, il y a bien eu faute, que des cas où, effectivement, aucune faute n'est à relever. C'est pourquoi il faut éviter, comme étant trop ambiguë, l'expression habituelle, trop concise, de « responsabilité sans faute ».

Bien qu'elle n'y soit pas de principe, la responsabilité non fondée sur une faute prouvée est très fréquente en droit administratif. Les divers cas de responsabilité non fondés sur la nécessité de la preuve d'une faute connaissent un régime juridique homogène. En revanche il est difficile de leur trouver un fondement explicatif unique malgré les efforts en ce sens d'une partie de la doctrine. Trois traits justifient l'intérêt du recours à ce type de responsabilité.

En premier lieu, le dommage ne sera réparé, en cette hypothèse, qu'à condition d'atteindre un certain seuil de gravité : tout dommage ne sera donc pas automatiquement réparable.

En deuxième lieu, la victime se bornera à établir l'existence d'un lien de cause à effet entre le préjudice qu'elle a subi et une certaine activité administrative. Elle n'a donc pas à prouver, en outre, que le préjudice résulte d'un comportement fautif.

Enfin, les causes d'atténuation ou d'exonération de la responsabilité sont moins nombreuses dans le cas de la responsabilité sans faute à prouver que dans celui de la responsabilité fondée sur la preuve d'une faute.

Il existe des régimes jurisprudentiels et des régimes législatifs de responsabilité sans faute à prouver ; seule une partie des premiers, en raison de la très grande unité de leur régime juridique, sera étudiée ici (1. à 9.), les autres, très disparates, le seront plus loin (§ 168-174, 180-191).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Les dommages causés par les choses ou activités dangereuses

101 Par ces expressions quelque peu lugubres sont désignés des objets, procédés ou opérations mis en œuvre par des services publics et qui font courir des dangers importants à certaines personnes.

L'usage d'armes dangereuses par les services de police constitue la meilleure illustration de cette situation (voir § 120). En dehors de ce cas, la théorie des choses ou activités dangereuses se rencontre dans les hypothèses les plus diverses : installations de gaz et d'électricité, essais en vol d'aéronefs en vue de la délivrance d'un certificat de navigabilité (18 avr. 1980, *SNIAS et Cie d'assurances maritimes, aériennes et terrestres*). En revanche, les tirs de feu d'artifice n'entrent pas dans cette catégorie, il faudra prouver l'existence d'une faute (30 mars 1979, *Moisan et Cne d'Étables-sur-Mer*, préc.).

2. Les dommages causés par les opérations de travaux publics et les ouvrages publics (voir § 121)

102 Les opérations de travaux publics sont entreprises dans l'intérêt général et nécessitent souvent la mise en œuvre d'importants moyens matériels d'où des risques relativement élevés d'accidents. Le juge a donc choisi, en ce cas, de ne pas exiger la preuve qu'une faute est à l'origine du dommage lorsque celui-ci est causé aux personnes qui sont tierces par rapport à ces travaux ou ouvrages.

3. L'application de méthodes pénitentiaires ou psychiatriques « ouvertes »

103 L'évolution des idées et des mœurs a conduit à développer des pratiques libérales d'exécution de certaines peines et de déroulement de certains traitements médicaux. Très favorables aux personnes concernées, car elles visent à préserver au maximum leur liberté et leur dignité, ces méthodes font courir des risques sérieux aux autres membres du corps social; d'où l'institution en ces matières d'une responsabilité non fautive fondée sur l'idée de risque (Sect. 1er févr. 2006, min. Justice c/ MAIF, *RFDA* 2006 p. 602, concl. M. Guyomar).

● Les pratiques pénitentiaires « libérales » contemporaines

104 Les pratiques pénitentiaires contemporaines tendent à favoriser la réinsertion sociale et économique des délinquants condamnés, une fois leur peine accomplie. D'où, notamment, des expériences d'exécution des peines, ou des fins de peines, hors du milieu carcéral. De telles méthodes font courir des risques aux tiers, c'est pourquoi les dommages qu'elles provoquent sont réparés sans faute à prouver. Dans ce cadre, en cas de dommage causé aux membres de la même fratrie que celle à laquelle appartient l'auteur du dommage les victimes sont tiers par rapport à l'institution d'accueil de ce dernier et bénéficient du régime de réparation sans faute (6 déc. 2012, *min. Justice*, 351158).

Cette pratique est courante pour les *mineurs délinquants* (ordonnance du 2 févr. 1945 : Sect. 3 févr. 1956, *min. de la Justice c/ Thouzellier*; 9 mars 1966, *min. de la Justice c/ Trouillet*; Sect. 19 déc. 1969, *Établts Delannoy*) qu'ils soient, ou non, placés – au moment des faits dommageables – dans une institution habilitée à cet effet (Sect. 5 déc. 1997, *min. de la Justice c/ Pelle*). Cette dernière solution étend très sensiblement le champ de la jurisprudence *Thouzellier-Delannoy* et achève une certaine harmonisation entre la position du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation (commencée avec : Sect. 19 oct. 1990, Ingremau, puis Cass. civ. 2e, 19 févr. 1997, *Bertrand c/ Domingues*). Ce régime de responsabilité fondée sur le risque demeure même si la responsabilité de la personne à qui est confié le mineur délinquant peut être engagée (Sect. 1er févr. 2006, *garde des*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Sceaux c/ MAIF, préc. ; 26 juil. 2007, *garde des Sceaux c/ Jaffuer*). Ce régime ne joue pas pour ceux des mineurs délinquants qui ne font pas l'objet de mesures éducatives « ouvertes ».
La même solution jurisprudentielle s'applique au cas d'actes délictueux commis par des détenus bénéficiaires de permissions de sortie – alors même qu'elles sont accordées par un juge judiciaire, le juge chargé de l'application des peines (TC 3 juil. 2000, *garde des Sceaux c/ Cts Primau et Fosset*) –, d'un régime de semi-liberté (Sect. 29 avr. 1987, *garde des Sceaux c/ Banque populaire de la région économique de Strasbourg*), de libération conditionnelle (même décision) ou de libération anticipée (15 févr. 2006, *min. Justice c/ consorts A.*).

● Les méthodes psychiatriques « ouvertes »

105 Des méthodes psychiatriques s'inspirent de la philosophie que l'on vient de décrire et font courir des risques de même ordre à la collectivité au sein de laquelle s'effectuent les sorties « à l'essai » de malades mentaux (Sect. 13 juil. 1967, *Dpt de la Moselle*). Il est fondamental à cet égard de distinguer entre celles de ces sorties qui sont le fruit d'un choix thérapeutique et celles qui ne résultent pas d'un tel choix. Seules les premières relèvent d'un système de responsabilité sans faute à prouver (par exemple, un « placement familial surveillé » : 13 mai 1987, *Piollet et Anson*). Les autres formes de sorties (sortie définitive du malade ; choix, par le malade, de l'hospitalisation en service libre [Douai, 10 avr. 2007, *ACM et autre*], etc.) sont soumises à l'exigence de la preuve d'une faute.

4. Le risque anormal de voisinage

106 Les voisins de certains services publics subissent parfois les inconvénients de leur proximité (bruit, odeur, risque d'explosion, vue, servitudes diverses…). Lorsque ces inconvénients excèdent par leur gravité, leur intensité ou leur durée les troubles normaux qui sont ceux inhérents au voisinage dans une vie sociale organisée, leur réparation sera possible sans que soit alléguée et établie une faute de la part de l'Administration concernée. Cette jurisprudence a été inaugurée à l'occasion de dommages causés par le stockage d'explosifs dans un fort militaire (28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, p. 329). On y lit notamment : *« Ces opérations effectuées dans des conditions d'organisation sommaires, sous l'empire de nécessités militaires, comportaient des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage, et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'État. »*

5. Le risque professionnel

107 L'Administration doit, dans des circonstances diverses, garantir les personnes qu'elle emploie, ou qui collaborent à son action, des dommages qu'elles subissent dans ce cadre et cela alors même qu'elle n'aurait commis aucune faute à leur égard.

● Les ouvriers de l'Administration

Les ouvriers de l'Administration constituent une catégorie juridique. Ce régime de responsabilité est apparu avec une décision (21 juin 1895, *Cames*, p. 509 concl. J. Romieu) qui a précédé de trois années la loi de 1898 sur la réparation des accidents de travail. Cette jurisprudence a connu un développement considérable car elle a été étendue à des cas très divers (Ainsi, celui d'une infirmière ayant contracté une affection en relation avec le service mais ne constituant pas une maladie professionnelle : Nancy 1er juin 1994, *Rolande Sellier*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Les fonctionnaires (voir § 179)

Les fonctionnaires, lorsqu'ils subissent des dommages dans l'exercice de leurs fonctions ou en rapport direct avec celles-ci, sont soumis à un régime de réparation, exclusif de toute idée de faute. C'est un régime légal de responsabilité qui a connu une importante évolution jurisprudentielle.

● Les requis

Les requis n'appartiennent pas à l'Administration mais aident celle-ci, sur sa demande, dans certaines conditions exceptionnelles et pour la réalisation de certaines tâches. Les dommages subis par ces requis engagent, sans faute à prouver, la responsabilité de l'Administration ; ce sont le plus souvent des régimes légaux de réparation.

● Les collaborateurs occasionnels de la puissance publique

108 La catégorie des collaborateurs occasionnels de la puissance publique est une création jurisprudentielle apparue en 1946 (22 nov. 1946, *Cne de Saint-Priest-la-Plaine*, p. 279 : des jeunes gens prêtent leur concours bénévole pour tirer un feu d'artifice lors de la traditionnelle fête communale de la Sainte-Anne et sont blessés, ils sont déclarés « collaborateurs bénévoles » de la commune qui doit les indemniser, sans faute prouvée de sa part ; confirmé par : 31 mars 1999, *Hospices civils de Lyon*, à propos d'une personne qui, membre d'une association de soutien aux handicapés, aide un pensionnaire d'un hôpital à prendre ses repas et se blesse en se rendant aux cuisines de l'établissement ; 5 juin 2009, *Cne d'Avignon*, 312103 : concours prêté lors d'une fête communale pour le Noël des enfants défavorisés de la commune).
En premier lieu, le collaborateur est celui qui prête son concours effectif à une opération publique ; il n'est pas un simple participant (cas de l'élève qui participe à une compétition sportive scolaire : Sect. 2 févr. 1979, *min. de l'Agriculture c/ Gauthier*, ou de celui qui participe à une rencontre de rugby lors d'une fête locale : Sect. 10 févr. 1984, *P. Launey*, ou de celui qui assiste à un feu d'artifice : 30 mars 1979, *Moisan et Cne d'Étables-sur-Mer*). En deuxième lieu, l'opération dont il s'agit doit constituer un service public : la fête n'est pas un service public (13 juil. 1966, *Leygues*) sauf si elle est traditionnelle (22 nov. 1946, *Cne de Saint-Priest-la-Plaine*, préc. ; cas du feu de la Saint-Jean : 24 janv. 2007, *Suva*). Il importe peu, au regard de cette deuxième condition, que l'intéressé collabore auprès d'une personne privée même étrangère dès lors qu'elle assure une mission de service public et que, ce faisant, elle est entièrement sous le contrôle de l'État français (Sect. 13 janv. 1993, *Galtié* ; *a contrario* : Paris 27 juin 2006, Consorts Chevillard, *AJDA* 2006 p. 2019, concl. L. Helmlinger, confirmé par Section, 12 oct. 2009, Mme Chevillard et autres, 297075). En troisième lieu, l'intervention du collaborateur doit être requise par l'autorité publique (Lyon, 27 janv. 2005, *Cne de Choranche*), ou tacitement acceptée par elle (24 oct. 1958, *Cne de Clermont-L'Hérault* ; 24 janv. 2007, *Suva*, préc.) ou commandée par une « urgente nécessité » (Sect. 11 oct. 1957, *Cne de Grigny*). En quatrième lieu, ce collaborateur ne peut réellement en être un que s'il est extérieur à l'Administration à l'action de laquelle il collabore (Ass. 9 juil. 1976, *Gonfond* ; Bordeaux 18 déc. 2003, *CPAM du Béarn et de la Soule* : tel n'est pas le cas d'un urgentiste hospitalier à l'égard du service de secours auquel il collabore mais tel est le cas d'un sapeur-pompier volontaire participant à l'édification d'un bûcher pour la Saint-Jean : 24 janv. 2007, *Suva*, préc. ; v. aussi, pour un cas limite : Section 12 oct. 2009, *Mme Chevillard et autres*, préc.). Enfin, par application d'un principe qui gouverne tout le droit de la responsabilité, la responsabilité de la puissance publique ne doit pas être écartée ou atténuée par une faute de la victime ou par un cas de force majeure (31 mars 1957, *Cne de Bricy*).

● Les auxiliaires de justice

109 Les auxiliaires de justice sont tous ceux qui – en vertu de leur statut professionnel – prêtent leur concours au fonctionnement du service public de la justice, judiciaire ou administrative

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

(26 févr. 1971, *min. de l'Intérieur c/ Aragon*; TA Marseille 28 mars 1991, *Rancillac*). Lorsque dans l'exercice de leurs fonctions, experts, huissiers, administrateurs judiciaires, mandataires de justice, etc. subissent un préjudice à la fois anormal et spécial et d'une certaine gravité, celui-ci doit être réparé par l'État selon le régime de la responsabilité sans faute à prouver.

6. La rupture d'égalité devant les charges publiques

110 L'idée directrice est qu'un particulier qui subit, par suite de l'action ou de l'inaction d'une personne publique, un préjudice excessif dans l'intérêt général a droit à réparation sans avoir à prouver qu'une faute est à l'origine du dommage.

● Refus d'exécuter les décisions de justice

111 La jurisprudence sur ce point s'est d'abord manifestée à l'occasion de refus de prêter le concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision de justice (30 nov. 1923, *Couitéas*, p. 789; 18 juin 2008, *SNT*). Lorsque ce refus n'est pas fondé joue le régime de la responsabilité pour faute prouvée. Ce refus peut-être régulier si les circonstances le justifient au nom de l'intérêt général. Simplement, en ce cas, la collectivité publique doit indemniser, sans faute à prouver, le particulier victime de l'inexécution (voir aussi : 3 juin 1938, *Sté La cartonnerie et imprimerie St-Charles*, p. 521 concl. Dayras) même lorsque le refus est fondé sur un motif tiré de la protection de l'ordre public (25 nov. 2009, *min. Int.*, 323411). Lorsqu'elle est accordée, l'intervention de la force publique doit avoir lieu dans les deux mois du prononcé de la décision de justice (27 sept. 2006, *Causse*).

Toutefois, la responsabilité sans faute ne jouera que si le préjudice causé par l'inexécution est spécial et anormal, à défaut, c'est à la preuve d'une faute que sera subordonnée la réparation. En droit communautaire, cette jurisprudence a été condamnée par la CJUE : Lorsque l'État, par souci du maintien de l'ordre public (par exemple, en n'empêchant pas la destruction par des paysans français de marchandises ou d'animaux en provenance d'autres États de l'Union), se révèle impuissant à assurer, sur son territoire, l'application de ses obligations communautaires, la simple indemnisation des personnes lésées, sur la base de la jurisprudence *Couitéas-Cartonnerie St-Charles*, ne suffit pas. La CJUE estime que le régime français de responsabilité sans faute est insuffisant pour permettre d'exonérer la France du reproche de manquement à ses obligations communautaires (CJCE 9 déc. 1997, *Commission c/ République française*). En effet, ce qui est exigé d'abord par le droit communautaire ce n'est pas la réparation du préjudice subi du fait de l'absence de libre circulation mais la libre circulation elle-même des biens et des choses. Cette exigence – très fondée en droit – a été au surplus confirmée et complétée tant par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décis. n° 98-403 DC du 29 juil. 1998) que par celle de la Cour EDH (19 mars 1997, *Hornsby*).

Toutefois, l'acquéreur d'un bien pour la jouissance duquel le précédent propriétaire avait acquis le concours de la force publique ne bénéficie pas du jugement rendu en faveur de son prédécesseur, le bénéfice d'un tel concours ne se transmettant pas automatiquement (18 déc. 2009, *min. Int.*, 320961) : voilà une solution regrettable.

● Responsabilité du fait des lois et responsabilités assimilées
(voir § 168 à 174)

112 Les régimes de responsabilité du fait des lois, des conventions internationales et des règlements légalement pris sont également fondés sur l'idée de rupture d'égalité : ils seront examinés plus loin.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Décisions spécialement dommageables prises dans l'intérêt général

113 La rupture d'égalité devant les charges publiques est également au fondement de la responsabilité encourue par l'autorité publique du fait de ses décisions prises dans l'intérêt général mais qui causent un préjudice spécial et anormal à un nombre restreint d'individus rompant ainsi à leur détriment l'égalité moyenne qui doit exister entre tous les individus (Ass. 23 mars 1984, *min. du Commerce extérieur c/ Soc. Alivar*). Ainsi, les dommages subis par les biens de certaines personnes du fait de l'incendie volontaire ordonné administrativement par mesure d'hygiène (24 déc. 1926, *Walther*), les pillages dont est victime un fonctionnaire demeuré dans un pays en guerre sur ordre de ses supérieurs (19 oct. 1962, *Perruche*), l'inachèvement d'une procédure d'expropriation et ses effets sur des travaux privés déjà commencés (Sect. 23 déc. 1970, *EDF c/ Farsat*), l'interdiction de circuler faite à certains poids lourds dans l'intérêt général (4 oct. 2010, *Cne de Saint Sylvain-d'Anjou*, 310801), l'affaissement d'une route dont l'impraticabilité cause un préjudice anormal et certain aux usagers (Bordeaux 14 oct. 2003, *Bua*), l'interdiction d'exporter le tableau de Van Gogh, le Jardin à Auvers, car il constitue un « trésor national » (Cass. 1re civ. 20 févr. 1996, *Walter c/ Agent judiciaire du Trésor*), la fermeture d'un camping en raison de risques d'inondation (Sect. 25 juil. 2007, *Leberger et autre*), etc.

● Responsabilité du fait de la garde

114 La garde est la situation dans laquelle un sujet de droit exerce une certaine puissance de direction et de commandement sur une chose (18 avr. 1980, *SNIAS*, p. 190 : garde d'un aéronef ; 5 juil. 2000, *min. Équipement* : garde d'un véhicule) ou sur une personne ; en ce dernier cas, en droit public, ce sera le plus souvent la garde d'un enfant mineur (faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative des art. 375 et suivants du Code civil relatifs aux mineurs en danger). Lorsqu'une personne publique place un tel mineur dans une institution de droit public, elle lui transfère le pouvoir d'organiser, diriger et contrôler la vie de ce mineur mais, parce que cette institution relève de son autorité, la personne publique demeure, de ce chef, responsable, sans faute à prouver, des dommages causés aux tiers par ce mineur (Sect. 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, *AJDA* 2005 p. 663, *Chron.* ; *RDP* 2006 p. 1221, étude D. Meillon), sauf cas de force majeure ou faute de la victime (26 mai 2008, *Dpt des Côtes-d'Armor*). C'est un alignement sur la solution retenue à la fois par la Cour de cassation pour les institutions privées chargées de la garde de tels mineurs (Cass. Plén. 29 mars 1991, *Blieck* ; Cass. crim. 10 oct. 1996, *Assoc. « Le Foyer St Joseph »*) et par le Tribunal des conflits (17 déc. 2001, *Truchet c/ État*, p. 762). Cette jurisprudence est non seulement applicable à toute situation de garde d'une personne (pupilles de l'État, pour lesquels sera abandonnée la jurisprudence Ingremau, malades mentaux sans doute aussi), mais elle est généralisable à toute situation où est en jeu une « garde » d'autrui ou pour autrui, comme en témoigne son extension à la garde d'ouvrages publics (3 mai 2006, *min. Écologie et Cne de Bollène*, 2 espèces, *AJDA* 2006 p. 204, note M. Deguergue : responsabilité sans faute, envers les tiers, du gardien des ouvrages cause du dommage). La responsabilité du fait de la garde repose sur le principe d'égalité devant les charges publiques. Malgré le fait que ce fondement soit à la mode, on ne voit guère la nécessité d'y recourir en droit public.

7. La responsabilité des centres publics de transfusion sanguine à raison des produits fournis

115 Un régime de responsabilité non fautive et exclusive de ces centres (Ass. 26 mai 1995, *Csorts Nguyen, Joan, et Csorts Pavan*) a été institué. La compétence du juge administratif demeure même après la création de l'Établissement français du sang (Avis, 20 oct. 2000, *T.*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

8. La violation du principe de confiance légitime

116 *Le principe de confiance légitime* (issu en particulier de la jurisprudence communautaire : 3 mai 1978, *Töpfler c/ Commission*; 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*) repose sur l'idée de loyauté : l'Administration, par son comportement, ses décisions ou ses affirmations ne doit pas laisser croire en vain à un particulier que ses droits subjectifs actuels vont demeurer intacts du fait du maintien en l'état de la réglementation existante. Par suite, lorsqu'elle s'apprête à modifier substantiellement une réglementation, l'Administration a le devoir d'informer les personnes concernées et/ou de prendre les mesures transitoires pour sauvegarder leurs droits subjectifs. Il n'en va autrement que si un « intérêt public péremptoire » s'oppose à ce que soient édictées des mesures transitoires (CJCE 16 mai 1979, *Tomadini*). Le tribunal administratif de Strasbourg, dans une décision richement motivée (8 déc. 1994, *Entreprise Freymuth c/ min. de l'Environnement*), a, le premier, fait application de ce principe.
Cette jurisprudence est particulièrement développée par la CJUE à propos des actes administratifs retirés (17 avr. 1997, *De Compte c/ Parlement*). Pratiquement, dès que l'acte a « une apparence de légalité » son retrait devient très difficile. Le Conseil d'État s'inspire désormais de cette jurisprudence (Sect. 10 oct. 1997, *Lugan et Sté Strasboug FM*; Ass. 24 oct. 1997, *de Laubier*, *RFDA* 1998 p. 527 concl. V. Pécresse).

9. Régimes législatifs divers (rappel)

117 De multiples lois (certaines déjà signalées) ont créé des régimes de responsabilité sans faute à prouver dans des cas très divers, pour des motifs et dans des buts très disparates dont il serait vain de chercher la cohérence : régime des pensions d'invalidité des fonctionnaires, loi du 8 juillet 1941 (responsabilité du constructeur ou de l'exploitant d'un téléphérique pour les dommages causés aux personnes ou aux biens par le passage de câbles ou de cabines ou par les objets qui s'en détachent), Code de l'aviation civile (responsabilité des exploitants d'aéronefs), lois de 1946 et 1975 (réparation des dommages causés par les vaccinations obligatoires), loi de 1946 (réparation des dommages de guerre), lois de 1965 et 1968 (dommages résultant de l'énergie nucléaire), régime législatif particulier aux dommages causés par les attroupements et les rassemblements, régime de la réparation des dommages causés aux élus locaux et présidents de délégations spéciales, loi de 1970 (réparation des dommages causés par une détention provisoire abusive), etc. Certaines de ces lois seront étudiées plus loin (voir § 175 et s.).

C. Les régimes complexes de responsabilité applicables à certains services publics

118 Certains services publics sont soumis à un régime de responsabilité complexe parce que s'y rencontrent, à la fois, des hypothèses de responsabilité fautive et de responsabilité non fautive. Trois d'entre eux sont présentés ci-après (1. à 3.)

1. Responsabilité médicale

119 Les lois du 4 mars 2002, sur le droit des malades, et du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, apportent d'importantes innovations ou précisions dans le souci, à la fois, de lutter contre certaines dérives, de corriger la distorsion des jurisprudences civile et administrative en divers domaines de la responsabilité médicale et, enfin, d'assurer une indemnisation plus facile et plus rapide des malades. Pour ce faire, elle condamne en particulier les solutions des arrêts *Perruche* (Cass. plén. 17 nov. 2000) et *Époux Quarez* (Sect. 14 févr. 1997).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Cette loi permet d'assurer l'indemnisation du dommage résultant de l'aléa thérapeutique, confirmant la célèbre jurisprudence *Bianchi* (Ass. 9 avr. 1993, p. 127; 17 janv. 2011, *Époux X.*, 317670). Sont réparés, sans faute à prouver, les accidents médicaux, les affections iatrogènes (consécutives aux complications dues aux traitements et médicaments), les affections nosocomiales (contractées en milieu hospitalier et indépendantes du traitement médical auquel le patient est soumis : 13 juil. 2007, *Centre hospitalier intercommunal d'Eaubonne-Montmorency*, 299693; 2 févr. 2011, *Arnaud X.*, 320052), les dommages dus à l'utilisation de produits de santé défectueux (15 juil. 2004, *Dumas*), ce dernier régime ayant soulevé la délicate question de sa compatibilité avec les objectifs d'une directive communautaire du 25 juil. 1985 (13 oct. 2010, *Groupmt hospitalier Sud-Réunion*). La victime de dommages consécutifs à de telles causes doit obligatoirement introduire une procédure d'indemnisation amiable devant *l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)* et elle ne peut saisir la justice que si sa demande d'indemnisation a été laissée sans réponse ou a été rejetée ou a fait l'objet d'une offre jugée insuffisante (26 juil. 2011, *Christophe X.*, 345254). Une procédure accélérée de réparation amiable est instituée quand le taux d'incapacité excède 25 % et qu'il « entraîne des conséquences anormales au regard de l'état de santé du malade comme de l'évolution prévisible de celui-ci », formulation reprise de la décision *Bianchi*. La jurisprudence a d'ailleurs étendu celle-ci aux dons d'organes (TA Lyon 26 sept. 2006, *Astier*).

Enfin, les actions en responsabilité engagées à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins, qu'elles soient fondées sur la preuve d'une faute ou sans faute à prouver, se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation des dommages (abandon de la prescription trentenaire du droit civil et de la prescription quadriennale de droit public).

Une procédure particulière avec une phase, facultative, de conciliation mais dotée d'importants effets de droit, est instituée, parallèlement à l'action en justice, évidemment toujours possible (sur les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, voir l'article de L. Helmlinger, *AJDA* 2005, p. 1875). Sur les modalités très réalistes et très précises de calcul et de versement de rentes aux victimes d'accidents médicaux, on lira : 25 juin 2008, *CPAM de Dunkerque*.

La jurisprudence a tendance à interpréter assez strictement les exigences légales : l'art. 102 de la loi du 4 mars 2002 institue une présomption légale simple (Bordeaux 12 nov. 2003, *Établissement français du sang c/ Cts Bordes et autre*); en cas d'invocation de la contamination par le virus de l'hépatite C à cause d'une transfusion, la victime doit apporter un faisceau d'éléments concordants susceptibles de conférer à l'hypothèse d'un lien de causalité entre la transfusion et le dommage « un degré suffisamment élevé de vraisemblance » (10 oct. 2003, *T. et autres*). Pareillement, elle doit établir l'existence même de la transfusion (20 févr. 2008, *L. et F.*). Dans tous les cas où est exigée une faute, la « faute médicale », celle-ci est en réalité assez peu différente de l'ancienne faute lourde car la difficulté objective d'exercer l'art médical se traduit toujours par une obligation de moyens non par une obligation de résultat sauf pour les actes de chirurgie esthétique.

Par ailleurs, la jurisprudence a institué des hypothèses, fréquentes désormais, d'obligation renforcée d'information (Sect. 5 janv. 2000, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris et Époux Telle*; sur l'étendue de cette obligation d'information : 24 sept. 2012, *Laurie X.*, 339285). Les praticiens doivent informer les patients du risque couru du fait d'une intervention, d'un traitement ou d'une investigation clinique, notamment lorsque ce risque, quoique de réalisation rare, est, à la fois, connu et grave (27 sept. 2002, *Martine N.*), même si l'absence d'intervention ou de traitement présenterait à son tour des risques pour ce patient. La preuve que cette information a réellement été donnée incombe au corps médical. La chirurgie esthétique est un domaine de prédilection pour l'application de cette obligation renforcée d'information (15 mars 1996, *Durand*), pratiquement toujours assortie d'une obligation de résultat.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Enfin, dans le domaine controversé des refus de soins opposé par un malade, pour la jurisprudence, l'acte médical indispensable à la survie du patient, même transfusé contre son gré, ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital public (Sect. 26 oct. 2001, *X.*).

2. Responsabilité des services de police

120 Le régime de responsabilité des *services de police administrative* est original. Ceux-ci, étaient originellement irresponsables. Ils ont ensuite été soumis au régime de la faute lourde (10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*, p. 139 concl. J. Romieu). Cependant, une distinction est souvent faite – pour combien de temps encore ? – entre les activités matérielles de police et les activités juridiques de police.

Les activités matérielles, exercées sur le terrain, dans le feu de l'action, avec peu de recul, étaient normalement soumises à l'exigence de *faute lourde* mais l'érosion du champ d'application de la faute lourde fait sentir ses effets. Entrent encore dans ce cadre :

– les opérations de maintien de l'ordre ou celles de contrôle de la circulation automobile (16 mars 1956, *Ép. Domenech*) ;

– la police de lutte contre les inondations, qui est une police spéciale ; (22 juin 1987, *Ville de Rennes c/ Cie rennaise du linoléum et du caoutchouc*) ; mais ce système peut-il demeurer alors que, on l'a vu (*cf.* § 97), la police de lutte contre les incendies relève du régime de la faute simple ? On peut sérieusement en douter ;

– La police des ports maritimes qui appartient à l'État (15 juin 1987, *Sté navale des chargeurs Delmas-Vieljeux*, à propos de l'inertie de cette police lors du blocage d'un port par des marins-pêcheurs).

Cependant, lorsque la police fait usage d'armes dangereuses, sa responsabilité est engagée sur le fondement de la faute simple à l'égard de ceux contre lesquels ou à cause desquels elle intervient, c'est-à-dire les personnes visées par l'opération (Sect. 27 juil. 1951, *Aubergé et Dumont* ; 5 oct. 1960, *min. de l'Intérieur c/ époux Rigollet* ; la solution est la même pour le juge judiciaire : Cass. crim. 14 juin 2005, D. 2005 p. 2040) et sur celui du risque (responsabilité sans faute à prouver) à l'égard des tiers non visés par l'intervention de police (Ass. 24 juin 1949, *Csorts Lecomte*, p. 308). Le Conseil d'État retient – malheureusement – une conception restrictive de la notion d'« arme dangereuse » : ni les matraques, ni les grenades lacrymogènes ne constituent de telles armes (Sect. 8 juil. 1960, *Petit*).

Les activités juridiques de police, exercées normalement dans les bureaux, avec un certain confort intellectuel, relèvent en principe du régime de la *faute simple*. Toutefois, lorsqu'il y a lieu de prendre des mesures extrêmement urgentes (21 juin 1972, *Foucault*) ou en pleine action (21 févr. 1958, *Cne de Domme*), les activités juridiques sont, en ce cas, comme les activités matérielles, soumises à l'exigence de faute lourde (Ass. 20 oct. 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*) mais le maintien de cette jurisprudence est incertain.

3. Responsabilité du fait des opérations de travaux publics et des ouvrages publics (V. aussi § 102)

121 La jurisprudence établit, en matière de dommages résultant d'une opération de travaux publics ou du fait du fonctionnement d'un ouvrage public, de l'inexistence ou de l'inadaptation d'un tel ouvrage (13 nov. 2009, *Cne des Bordes*, 306992), une distinction selon que la victime est, par rapport à ceux-ci, participant, usager ou tiers : à chacune de ces catégories correspond un régime différent de réparation.

À l'égard du participant à l'opération de travaux publics, la responsabilité de l'Administration est engagée pour faute simple car celui-ci connaît ses risques.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

À l'égard de l'usager de l'ouvrage public, la responsabilité est fondée normalement sur la preuve d'une faute comme au cas précédent, l'usager, en principe, connaissant bien l'ouvrage qu'il utilise régulièrement et dont il retire un avantage, mais la jurisprudence permet à l'usager victime d'invoquer, comme cause du préjudice, un *« défaut d'entretien normal »*. Ceci a pour effet de renverser la charge de la preuve : c'est à l'Administration qu'il incombera de prouver qu'elle entretenait normalement le bien (Sect. 19 mai 1961, *Entr. de travaux publics Daniel*; Sect. 26 nov. 1976, *Dpt de l'Hérault*; 10 juil. 2009, *Revel Languedoc Roussillon et autre*, 317440), encore qu'un certain raidissement jurisprudentiel soit perceptible sur ce point (Bordeaux 12 févr. 2008, *ASF et AGF* : la moindre résistance au choc d'une glissière de sécurité ne révèle pas un tel défaut d'entretien normal). Ce régime original est subordonné à la réunion de deux conditions. 1°) Il doit s'agir d'un véritable ouvrage public, c'est-à-dire en particulier un bien de nature immobilière : tel n'est pas le cas d'une armoire non incorporée à un ouvrage public (Lyon 28 oct. 2008, *Cagne*), du couloir aérien d'un aérodrome (2 déc. 1987, *Cie Air Inter*) ou d'une piste de ski car celle-ci n'est constituée que par de la neige destinée à fondre (Sect. 12 déc. 1986, *Rebora*). En revanche les dispositifs installés aux abords ou sur les pistes de ski sont des ouvrages publics (13 févr. 1987, *Viéville c/ Cne de St-Martin de Belleville et autres* : à propos d'un poteau soutenant un filet de protection). 2°) Il ne doit pas s'agir d'une défectuosité trop minime ou connue de l'usager ou légitimement ignorée des services compétents ou, encore, trop récente pour avoir pu être réparée en temps utile (26 janv. 1977, *Cne de Villeneuve-le-Roi*). La situation de l'usager est ainsi très proche de celle du tiers. Lorsque le dommage résulte à la fois d'une faute de la victime et d'un défaut d'entretien normal il y a partage de responsabilité (20 juin 2007, *Michel X.*, 256974) car la théorie du défaut d'entretien normal n'exclut pas l'existence possible d'une faute de la victime (24 juil. 2009, *CCI de Bastia*, 319536).

On signalera une tentative jurisprudentielle – qui paraissait avoir fait long feu – pour aligner davantage encore l'usager sur le tiers lorsque le dommage de travaux publics résulte d'un « ouvrage exceptionnellement dangereux » (Ass. 6 juil. 1973, *min. de l'Équipement et du Logement c/ Dalleau*) la responsabilité étant engagée en ce cas sans faute à prouver. Cependant la jurisprudence ultérieure n'avait pas donné suite à cette solution (Sect. 11 avr. 1975, *Dpt de la Haute-Savoie*; Sect. 5 juin 1992, *min. de l'Équipement c/ Cala*) du moins jusqu'à une décision d'interprétation délicate (8 août 2008, *Pierre X.*, 290876) désormais confirmée (8 juin 2011, *Caisse de compensation des services sociaux*, 309607).

À l'égard du tiers, la responsabilité est engagée sans faute à prouver (Ass. 28 mai 1971, *Dpt du Var c/ Entr. Bec frères*), celui-ci ne connaissant pas l'ouvrage ou l'opération et n'en étant pas bénéficiaire (TC 21 juin 2004, *GAEC des Hayettes et Cie d'assur. « Les abeilles » c/ France Télécom*). Elle est désormais fondée sur la garde de l'ouvrage public (3 mai 2006, *min. Écologie, Cne de Bollène*, 2 espèces). (*Cf.* § 114).

2 L'imputabilité du dommage

122 La preuve qu'un dommage est survenu du chef d'une faute commise par la puissance publique ou dans un cadre de responsabilité sans faute n'entraîne pas *ipso facto* la responsabilité de celle-ci. Il faut qu'existe un lien de causalité suffisamment net entre une action (ou une inaction) de l'administration et le préjudice invoqué par la victime (A.). De ce lien découlent la détermination de la personne publique responsable du dommage et donc la charge de la réparation (B.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

A. Le lien de causalité

Il n'y aura responsabilité, donc charge de la réparation, que si le lien de cause à effet entre une activité ou une abstention anormale d'agir et un dommage est suffisamment établi (1.) et si n'existent pas des causes d'atténuation ou d'exonération (2.).

1. La notion de lien causal

123 Par « lien causal » entre un événement et un dommage, on entend l'événement qui a un lien assez direct, et donc certain, avec le dommage (10 juil. 2007, *Cne d'Ivry-sur-Seine*, préc. ; sur cette notion : 6 déc. 2012, *min. Écologie*, 343421). L'absence de lien causal, même en présence d'un préjudice certain, exclut toute indemnisation (Nancy, 25 janv. 2007, *Comité de défense des travailleurs frontaliers*). Le lien direct n'est pas nécessairement le *lien principal* ni, non plus, *a fortiori*, le *lien exclusif*. Le fait qu'un événement n'entre que partiellement dans la réalisation d'un dommage ne l'empêche pas d'avoir avec ce dommage une relation causale directe. En ce cas, la réparation ne sera elle-même que partielle. Parfois, le juge n'exigera pas la preuve véritable de l'existence du lien de causalité mais se satisfera, au vu des circonstances, d'un simple commencement de preuve (Sect. 26 nov. 1976, *Dussol*). Enfin, il faut relever que, de façon générale, la longueur du délai séparant l'événement prétendu causal de la date d'apparition du préjudice rend difficile la preuve du lien direct entre eux (25 juil. 2007, *Magalix*, 288052 : délai de 18 mois entre le rappel d'une vaccination et les effets qui lui sont imputés).

● Les théories de la causalité

124 Trois théories principales ont été successivement adoptées pour déterminer la nature éventuellement causale d'un lien, elles témoignent de la difficulté de cet exercice.

Dans un premier temps (jusque vers 1940), a été retenue la *méthode de l'équivalence des conditions*. Le juge procède à deux tris : il élimine d'abord ceux des faits sans lesquels le dommage se serait tout de même produit ; il ne retient ensuite, parmi ceux qui restent, que ceux (celui) des faits qui ont (a) joué le rôle de condition(s), c'est-à-dire sans le(s)quel(s) le dommage ne se serait pas produit. Ainsi, dans le cas d'un véhicule, volé alors qu'il n'était pas fermé à clé, l'accident de la circulation causé par le voleur de ce véhicule sera imputé au propriétaire du véhicule, la cause du dommage étant l'oubli de fermer le véhicule à clé.

Dans un deuxième temps (à partir de 1945-1950), le juge a utilisé plutôt la *méthode de la cause adéquate*. Parmi les événements sans lesquels le dommage ne se serait pas produit, il ne retient que ceux (celui) qui sont (est) la cause adéquate du dommage, c'est-à-dire qui ont (a), avec les caractéristiques du dommage, les liens les plus étroits. Dans l'exemple précédent, ce n'est pas l'oubli de fermer à clé qui est la cause de l'accident mais le vol ou la faute de conduite commise par le voleur.

Dans un troisième temps, a été recherché un critère permettant de déterminer parmi les causes d'un dommage celles qui sont adéquates, c'est la *méthode du pronostic objectif rétrospectif*. Un événement sera dit causal si au moment des faits on pouvait normalement prévoir le dommage précis invoqué par la victime. Le juge se reporte dans le temps (c'est l'aspect « rétrospectif ») pour examiner si, un événement étant donné, le dommage qui s'est effectivement produit devait en résulter nécessairement (c'est le « pronostic objectif »). Ainsi, la cause de l'accident provoqué par le véhicule volé c'est la faute de conduite commise par le voleur.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● L'utilisation de la causalité par le juge administratif

125 Trois observations doivent être faites.

La deuxième et la troisième méthodes sont, en définitive, assez proches l'une de l'autre puisque le *pronostic objectif rétrospectif* cherche, au fond, à déterminer de la façon la plus sûre la cause adéquate. Le juge administratif ne se laisse pas enfermer dans un système *a priori*. Il a une attitude très intuitive : un dommage sera dit causé par un événement s'il paraît en être la conséquence inévitable. Ainsi, la faute administrative que révèle l'évasion d'un détenu n'a pas un lien causal avec les meurtres commis par celui-ci 48 jours après son évasion (10 mai 1985, *Élise Ramade*, préc.) ; pareillement, il n'y a pas de lien causal entre la permission de sortir accordée à un détenu et le meurtre qu'il commet six mois plus tard, à plusieurs centaines de kilomètres de là (27 mars 1985, *min. de la Justice c/ Henry*) ; pas davantage ne se rencontre un lien causal entre l'inexécution de l'arrêté d'expulsion d'un étranger et le préjudice qu'il fait subir à une personne à laquelle il extorque des fonds (20 nov. 1985, *min. de l'Intérieur c/ Ibanez*). C'est en ce sens qu'il faut entendre l'expression « rapport privilégié » utilisée parfois par les rapporteurs publics (voir, en ce sens, concl. Galmot sur Sect. 14 oct. 1966, *Marais*).

Sans trancher nettement, le juge administratif paraît exclure la théorie de l'équivalence des conditions au profit de celle de la causalité adéquate (5 mai 1986, *SA Otic-Fischer et Porter* ; Paris 15 mai 2006, *min. des Solidarités, de la Santé et de la Famille* ; 20 juin 2007, *André X.*, 282574 ; 27 janv. 2011, min. Défense, 300893 ; 16 mai 2012, *Cne de Beautheil*, 338371). Enfin, dans un certain nombre de cas, le juge se contente d'une présomption de lien de causalité, par exemple entre une vaccination contre l'hépatite C et l'apparition d'une sclérose en plaques (9 mars 2007, *S.*, 4 espèces).

● Les présomptions légales de lien de causalité

126 Parfois la loi institue une véritable présomption de lien de causalité entre un fait et un dommage ; en ce cas, le juge est lié par cette présomption. Par exemple, l'art. L. 461-1 du code de la séc. soc. crée une présomption d'imputabilité d'origine professionnelle de certaines maladies figurant dans un tableau de référencement (10 mars 2010, *Assoc. des familles victimes du saturnisme*, 322824) ; pareillement, la loi du 31 déc. 1991 établit une présomption de lien de causalité entre transfusion sanguine et contamination par le virus du sida ; la solution est identique pour l'exposition à l'amiante, etc.

2. Les cas d'atténuation ou d'exonération de la responsabilité

Même si un lien causal est établi entre une activité de la puissance publique et un dommage, la responsabilité de cette dernière peut cependant être atténuée, voire anéantie, dans diverses hypothèses, tantôt communes tantôt spécifique, selon que la responsabilité est fondée sur la faute ou engagée sans faute à prouver.

● Les trois causes communes aux deux catégories de responsabilité

127 Que la responsabilité soit engagée pour faute ou sans faute à prouver, trois causes atténuatoires ou exonératoires de responsabilité se rencontrent.

La faute de la victime – sauf en cas de harcèlement moral, où elle ne peut pas constituer un motif d'atténuation des conséquences dommageables qui en ont résulté pour la victime (Sect. 11 juil. 2011, *Geneviève X.*, 321225) – est toujours exonératoire, totalement (Lyon 8 juin 2004, *Teyssier* ; 26 févr. 2010, *Ludovic X.*, 306031) ou partiellement (20 juin 2007, *Michel X.*, 256974). Ce peut être un comportement ou une abstention, elle est susceptible de revêtir les formes les plus diverses. Ainsi sont des fautes de la victime : le fait de construire une usine (4 févr.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1955, *Sté des Établ. H. Signolle*) ou une « paillotte » sur le domaine public maritime (Marseille, 21 févr. 2005, *Cie Axa France*) sans solliciter les permissions réglementaires, l'imprudence de la victime (Bordeaux 30 mai 2002, *Jean-Philippe Naturel*), le stockage d'un matériel coûteux dans un lieu particulièrement exposé (10 avr. 1974, *Ville de Cannes c/ Sté « Institut d'héliothérapie »*), un excès de vitesse alors que des panneaux indiquent l'existence de travaux (Ass. 9 juin 1972, *Allemand*), la participation à une rébellion de détenus (Ass. 12 févr. 1971, *Rebatel*), l'enlèvement, par un plongeur, du conduit d'évacuation d'eau d'une piscine (3 mars 1971, *Portal*), le fait de plonger dans un fleuve sans s'assurer au préalable que cela est possible (5 mars 1971, *Le Fichant*), le fait d'appuyer une échelle sur une ligne électrique provoquant ainsi une électrocution (Bordeaux 21 mai 2002, *Dominique Salafia*), le comportement de la victime qui administre illégalement des substances à des animaux provoquant ainsi leur saisie, dans des conditions elles-mêmes illégales, par les services vétérinaires (Bordeaux 10 sept. 2002, *Sté Voréal*). En revanche, lorsque le risque pris par la victime est mesuré au regard de la configuration des lieux et des circonstances, il ne saurait atténuer la responsabilité de la puissance publique (9 déc. 2009, *Philippe X.*, 311795).

La force majeure est également exonératoire ou atténuatoire dans les deux systèmes de responsabilité (sur la force majeure dans les contrats, *cf.* § 435, 445). Il y a force majeure lorsque sont réunis les trois caractères suivants : imprévisibilité et irrésistibilité de l'événement, caractère extérieur de celui-ci par rapport à la volonté des personnes concernées. Ces conditions sont cumulatives en ce sens qu'à défaut de l'une d'elles la force majeure ne sera pas reconnue (5 nov. 2009, *Sté Air France*, 312830). Le juge administratif ne suit pas, du moins pour l'instant (29 oct. 2008, *Sté Air France*), l'évolution de la jurisprudence civile qui a supprimé la condition d'extériorité (Cass. plén. 14 avr. 2006, 2 esp., *RJEP* 2007, p. 7, concl. R. de Gouttes ; mais voir cpdt les termes de : 3 mars 2010, *Cne de Garges-les-Gonesse*, 323076). Il se montre assez réticent pour admettre qu'une circonstance est un cas de force majeure. Les solutions sont empreintes d'une grande subjectivité. Ainsi, une tempête d'une puissance exceptionnelle (8 janv. 1959, *min. de l'Éducation nationale c/ Spinelli*) ou un orage d'une rare violence (26 juin 1963, *Calkus*) sont des situations de force majeure, mais pas une pluie diluvienne d'une intensité exceptionnelle (10 avr. 1974, *Ville de Cannes c/ Sté « Institut d'héliothérapie »*, préc.), ni non plus une tempête prévisible (26 juil. 2006, *MAIF*). De même, la crue du Borne le 14 juillet 1987 a été jugée être un cas de force majeure par le tribunal administratif de Grenoble parce que les crues de ce torrent ont normalement une périodicité de 170 ou de 200 ans selon les formes qu'elles revêtent (2 juin 1994, *Reymont et autres*) alors que la cour administrative d'appel de Lyon lui refuse cette qualification en raison, précisément, d'une telle périodicité, assortie au fait qu'une crue au moins s'était produite le 8 juillet 1936 (13 mai 1997, *Balusson, Mutuelles du Mans*). La constatation, par décret, de l'état de catastrophe naturelle, n'implique pas *ipso facto* l'existence d'une situation de force majeure (10 avr. 2009, *Cté d'agglom. Bayonne-Anglet-Biarritz*, 295447).

L'exception de risque accepté (abandonnée définitivement en droit civil : Cass. 2e civ., 4 nov. 2010, n° 09-65-947) se rencontre surtout, en droit administratif, dans le domaine des dommages de travaux publics. Elle consiste à objecter à la victime d'un préjudice le fait que celui-ci est survenu dans des circonstances ou pour des motifs dont elle ne pouvait ignorer l'existence ainsi que la dangerosité potentielle puisqu'elle s'y est sciemment exposée. En bref, la victime a contribué, par son attitude ou son choix, à la réalisation de sa condition de victime (4 avr. 2005, *Bonnafoux*). Ainsi, le fait d'installer un restaurant-discothèque dans une cave troglodytique expose à voir celle-ci fermée par l'autorité de police pour cause d'éboulements (10 juil. 1996, *Meunier* ; v. aussi Marseille, 21 févr. 2005, *Cie Axa*). Cette exception aboutit, naturellement, à restreindre le droit de la victime à réparation. Elle est, en général, plus fréquemment accueillie dans le système de la responsabilité sans faute à prouver que dans celui de la responsabilité pour faute.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● La cause d'exonération en principe propre à la responsabilité pour faute : le fait du tiers

128 Le fait, et pas nécessairement la « faute », du tiers ne peut être invoqué que dans le cas de la responsabilité pour faute : il exonère la puissance publique de sa responsabilité. Ainsi, le fait de plonger dans une piscine sans observer les prescriptions réglementaires constitue le fait d'un tiers exonérant une commune, pour moitié, des conséquences dommageables de l'accident survenu à un autre nageur (9 juil. 1975, *Ville de Cognac*, préc.).
L'exonération de responsabilité tirée de l'existence d'un fait du tiers est normalement irrecevable dans la responsabilité sans faute à prouver, sous la réserve de deux observations. D'une part, l'Administration, condamnée à réparer et qui a effectivement indemnisé la victime, dispose en ce cas d'une action récursoire contre le tiers coupable (5 déc. 1962, *Sté « Les gorges du Pont du Diable »*). D'autre part, le fait du tiers est exonératoire dans le cas d'un dommage de travail public (donc réparable sans faute à prouver) lorsque le maître de l'ouvrage est privé par la loi d'une action en garantie contre ce tiers.

● Observation sur le cas fortuit

129 Souvent présenté comme une cause d'exonération, *le cas fortuit* paraît difficilement pouvoir tenir un tel rôle. La démonstration en a été faite avec pertinence. Le cas fortuit n'est invoqué que quand le dommage a une cause actuellement inconnue (11 déc. 1991, *Sarl niçoise pour l'extension de l'aéroport*), c'est dire que son invocation trahit davantage le désarroi du juge qu'il ne satisfait la logique juridique.
Traditionnellement, à la différence de la force majeure, le cas fortuit ne peut être invoqué que dans la responsabilité pour faute, il est, au contraire, sans influence sur la responsabilité sans faute (19 janv. 1953, *Cie d'assurances « La Paix »*; 28 nov. 1986, *Cnauté urbaine de Lille*). Cette notion, difficile à utiliser, est très peu souvent employée par le juge. Elle manifeste surtout son embarras en matière de détermination des conditions de fait dans lesquelles le dommage s'est produit (Pour un exemple de cette attitude : TA Pau 15 nov. 1972, *Préfet des Hautes-Pyrénées c/ Sieur Raffaele*). Sa principale différence avec la force majeure réside dans l'absence d'extériorité par rapport au défendeur (Ass. 28 mai 1971, *Dpt du Var c/ Entr. Bec frères*) mais l'on peut se demander si l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation (signalée au § 127) n'aura pas une incidence ici.

B. La notion de personne publique responsable

130 Il importe de déterminer à quelle personne publique (ou privée gérant un service public administratif) la victime va demander réparation du préjudice qu'elle a subi. Elle ne peut, en effet, s'adresser qu'à la personne responsable, les diverses personnes publiques, dotées chacune d'un budget propre, ne sont pas interchangeables. Il n'est pas possible de réclamer à l'une ce qui est dû par une autre.
Le principe est que la personne publique débitrice de l'obligation de réparer est celle pour le compte de laquelle était effectuée l'activité cause du dommage. Il peut cependant arriver qu'une même personne agisse pour le compte de deux collectivités publiques. Il convient, alors, de rechercher pour le compte de laquelle elle agissait lors de la survenance du dommage. Ainsi, une expropriation pour cause d'utilité publique ne peut être ordonnée que par l'État mais elle peut être entreprise par une autre personne que l'État (y compris une personne privée), l'« expropriant » : si un dommage est causé au cours ou par suite de cette expropriation, c'est l'expropriant et non l'État qui sera déclaré responsable et donc tenu à la réparation (Sect. 23 déc. 1970, *EDF c/ Farsat*). Pareillement, la réparation du dommage causé à un véhicule du fait de sa mise en fourrière sur décision du préfet incombe non à l'État mais

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

à la ville de Paris car il exerce, ce faisant, une compétence de police municipale (17 oct. 2011, *ville de Paris*, 340291).

Par l'expression « collectivité pour le compte de laquelle opérait l'auteur du dommage » il faut entendre non point celle au profit ou au bénéfice de laquelle il agissait lors de la survenue du dommage mais celle de laquelle il dépendait dans l'accomplissement de sa tâche, celle qui lui donnait des ordres (9 févr. 1966, *Cne de Palavas-les-Flots*). Ce ne sera pas forcément la collectivité rémunératrice (Sect. 14 déc. 1934, *Josselme*).

Cette nécessité de distinguer entre les diverses personnes publiques (et/ou privées) aboutit parfois à de délicates situations. Ainsi, dans le cas d'un centre de vacances organisé par une commune sous la forme d'une association de la loi du 1er juillet 1901, la demande d'indemnisation du dommage survenu à un enfant fréquentant ce centre doit être adressée non à la commune mais à l'association, personne privée (Sect. 21 mars 1980, *Vanderiele*). Pareillement, une région, propriétaire d'un lycée, est tenue de réparer le dommage qui y est survenu même s'il résulte d'une faute commise par un agent de l'État (19 févr. 2007, *Clément*). Lorsqu'un dommage est survenu à l'occasion de l'exercice par une collectivité publique d'une compétence légalement obligatoire pour une autre collectivité publique, cette dernière seule sera responsable (Lyon 1er févr. 1990, *Cne de Revel*). Lorsqu'un dommage se produit dans le cadre d'une intercommunalité, la responsabilité de cette dernière sera seule recherchée quand est en cause une compétence communale qui lui a été transférée (Sect. 14 mars 1986, *Cnauté urb. de Lyon*; 24 nov. 2006, *Cne de Villette-sur-Ain*).

Si plusieurs personnes publiques sont coauteurs d'un dommage, la victime peut réclamer réparation de la totalité de ce dommage à l'un quelconque de ces co-auteurs, solidairement obligés (Sect. 15 oct. 1976, *District urbain de Reims*) alors même que le fondement de l'obligation de réparer ne serait pas le même pour chacun d'eux (Paris 6 sept. 2006, *Chambon* : dans le cas d'un dommage subi par une élève dans un lycée, solidarité reconnue entre le département, responsable sans faute à prouver, et l'État, responsable du fait de la faute commise par le chef d'établissement).

Lorsque la cause du dommage réside dans une activité de service public exercée par une personne privée sur délégation d'une personne publique ou dans l'exploitation par cette personne privée d'un ouvrage public, sa réparation incombe exclusivement à la personne privée (16 mai 1872, *Ville de Meaux*; 11 déc. 2000, *Agofroy*) sauf en cas d'insolvabilité de celle-ci ou quand le dommage est directement imputable à une faute propre de la collectivité publique.

3 Les caractères du préjudice

131 Le préjudice est le dommage en tant qu'il concerne une victime déterminée.

Pour obtenir la réparation il faut qu'il y ait un préjudice (Sect. 26 juil. 1978, *Bonnefond*; Bordeaux 30 nov. 2006, *Henry*), circonstance que le juge doit, au besoin, relever d'office (2 avr. 1971, *min. santé publ. c/ Marchand*), en vertu du principe qu'une personne morale de droit public ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas (Sect. 19 mars 1971, *Mergui*). Ainsi, la naissance d'un enfant normal après l'échec d'un avortement, échec résultant de fautes médicales, ne constitue jamais un préjudice : les frais d'éducation d'un enfant sont de la nature de ceux qui se rencontrent habituellement dans une vie sociale organisée et un être humain normal ne peut être considéré comme un préjudice (TA Strasbourg 21 avr. 1994, *Mannheim c/ Hospices civils de Colmar et Donnard*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Le préjudice, pour être réparable, devra être direct (A.), certain (B.), matériel ou moral (C.), porter atteinte à une situation juridiquement protégée ou non contraire au droit (D.) et, dans quelques cas, spécial (E.).

A. Un préjudice direct

132 Il est nécessaire que le préjudice, pour ouvrir droit à réparation, soit étroitement lié, de manière objective, à une action ou à une inaction de l'Administration (24 juil. 2009, *Centre hospit. de Rioms*, 306578). Le caractère indirect du préjudice par rapport à sa cause alléguée empêche la réparation.

Ainsi, il y a, par exemple, un lien direct : entre l'immobilisation d'un véhicule endommagé par un affaissement de chaussée et les excavations anormales que comporte celle-ci (23 oct. 1970, *Sté Renaudin et Cie*), entre un glissement de terrain et l'absence de réseaux d'évacuation des eaux de pluie (28 oct. 1977, *Cne de Flumet*), entre l'interruption, irrégulièrement ordonnée, de travaux et les détériorations subies par une construction (Sect. 25 juin 1971, *min. de l'Équipement et du logement c/ Bruchet*), entre le décès d'un conjoint au chômage et la perte des revenus qu'il aurait perçus au cas où il aurait retrouvé un emploi (13 oct. 2004, *Vve Y. c/ EDF*) ou entre des barrages routiers et le préjudice concomitant subi par une société (7 févr. 2005, *Sté GEFCO*). En revanche aucun lien direct n'a été aperçu : entre l'action défectueuse de services communaux lors de l'incendie survenu dans un cinéma où une femme se trouvait alors qu'elle était enceinte et les troubles de croissance et caractériels dont son enfant s'est trouvé atteint plusieurs années après les faits (10 juil. 1957, *Ville de Rueil-Malmaison*), entre le décès d'une personne imputable à un service public et les droits de succession dus suite à ce décès (28 mars 1953, *Éven*), entre la faillite d'un commerçant et l'illégalité du permis de construire délivré à l'un de ses concurrents (17 janv. 1975, *Marion*), entre l'absence de versement de salaires, de 1942 à 1945, à un Français astreint au Service du travail obligatoire (STO) en Allemagne et une faute quelconque de l'État français, le non-respect de l'acte dit « loi » du 16 février 1943 n'étant imputable qu'aux autorités allemandes (Paris 27 juin 2006, *Dîme*).

B. Un préjudice certain

133 L'exigence que le préjudice revête un caractère certain exclut l'indemnisation du préjudice simplement éventuel (21 févr. 1951, *Lion*). Le « préjudice certain » n'est pas nécessairement le « préjudice actuel ». D'une part, le préjudice futur peut être indemnisé si sa réalisation est certaine et si son étendue peut être estimée (10 avr. 2009, *Alexandre X.*, 295774, à propos du préjudice à venir pour des nectariniers), au moins en partie ou provisoirement (4 oct. 1968, *Doukakis* : fixation d'une rente jusqu'à ce que le préjudice puisse être définitivement évalué ; 5 déc. 2008, *Caisse de mutualité soc. agric. de l'Aisne*). D'autre part, il peut arriver que le juge remette à plus tard l'évaluation d'un préjudice, même certain et actuel, quand l'étendue de celui-ci n'est pas encore connue avec une suffisante précision ou est susceptible de modifications ultérieures (20 juil. 1949, *Pra* ; 28 juil. 1951, *Lannevère*). La réparation de la souffrance physique d'une personne en état de coma végétatif a d'abord été jugée irréparable, n'ayant pas de caractère certain (Nantes 10 févr. 1994, *Consorts Alix*, confirmé par CE 23 avril 1997, *Consorts Alix* ; Nancy 21 mars 2002, *Francis M.*), elle est désormais réparable (24 nov. 2004, *Francis M.*, *AJDA* 2005 p. 336, concl. conformes T. Olson). Reste que l'évaluation d'un tel préjudice, par nature non perceptible et hypothétique, n'est pas aisée.

La perte d'une chance (d'obtenir gain de cause dans un procès, de réussir un concours, de bénéficier de soins efficaces, etc.) est indemnisable si elle est certaine (5 juil. 2006, *Hudelot*) mais seulement dans la proportion de chance perdue et non pour l'intégralité du préjudice subi (15 mars 2013, *CPAM de Roubaix*, 337496).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C. Un préjudice matériel ou moral : le principe de la réparabilité de tout préjudice

134 Longtemps le Conseil d'État n'a admis que la réparation du seul préjudice matériel et a refusé celle de la douleur morale au motif que « les larmes ne se monnaient point ». D'où le caractère irréparable de la « peine » ou du « chagrin ». En réalité, le clivage n'était point entre préjudice matériel et préjudice moral mais entre les dommages évaluables objectivement en argent et les dommages échappant à toute objectivité dans l'évaluation, dont font partie la douleur morale ou le préjudice d'affection. Le Conseil d'État, en refusant une telle indemnisation, n'était mû ni par une position métaphysique sur la nature de cette douleur ni par une volonté doctrinale d'empêcher l'enrichissement des ayants-droit mais par une constatation technique. Il a d'ailleurs accepté très tôt de réparer certains préjudices moraux entendus restrictivement comme celui causé à un prêtre catholique par l'utilisation des cloches de son église uniquement à des fins civiles et non religieuses (7 mars 1934, *Abbé Belloncle*), l'accusation fausse portée contre une personne d'être l'agent propagateur d'une maladie vénérienne (Sect. 5 juil. 1957, *Dpt de la Sarthe c/ Artus*), le préjudice esthétique (22 déc. 1954, *min. de l'Éducation nationale*, pour une femme; 30 janv. 1957, *Cne de Roumegoux*, pour un homme). Ces cas particuliers ne remettaient cependant point en cause le principe : le refus de réparer, en tant que tel, le préjudice moral.

Devant la fronde des tribunaux administratifs, le Conseil d'État a fini par admettre, de façon généralisée, la réparation de la douleur morale (Ass. 24 nov. 1961, *min. Travaux publics c/ Csorts. Letisserand*). Le juge admet ainsi l'indemnisation du préjudice moral causé à un facteur d'orgues par la réparation abusive du buffet d'orgues dont il était le restaurateur car elle avait été effectuée dans des conditions portant atteinte au droit d'auteur de ce facteur et à son droit au respect de l'intégrité de son œuvre (Nancy 2 mai 1996, *Cne de Sarre-Union c/ Csorts Koenig et Csorts Koenig*, 2 espèces). Il en va de même de l'outrage subi par un policier (17 déc. 2004, *min. Intérieur c/ Barrucq*).

Distincte de la réparation du préjudice moral, subsiste la réparation des troubles qu'un dommage cause aux « conditions d'existence ». À l'époque où la réparation du préjudice moral était très restrictivement accordée et celle de la douleur morale inexistante, le juge réparait « les dommages apportés aux conditions d'existence ». Il y incluait, en particulier, les préjudices effectivement subis mais dont la qualification juridique se révélait incertaine. L'admission de la réparation de la douleur morale n'a pas mis fin à cette jurisprudence (14 juin 1963, *Ép. Hébert*). Cependant, cette dissociation des deux chefs de réparation (douleur morale/troubles apportés aux conditions d'existence) explique en partie la faiblesse des indemnités accordées pour douleur morale alors que, au contraire, le juge judiciaire opère généralement une confusion des deux titres d'indemnisation. Il arrive néanmoins que le juge administratif réunisse les deux chefs de préjudices (Sect. 25 sept. 1970, *Cne de Batz-sur-Mer et Tesson*; 21 déc. 1997, *SADE*).

Ainsi, tout préjudice est réparable s'il revêt les caractères requis.

D. Un préjudice consistant en une atteinte à un intérêt légitime juridiquement protégé ou à une situation non contraire au droit

135 La victime d'un dommage ne peut en obtenir réparation que s'il constitue une atteinte à un intérêt légitime juridiquement protégé ou à une situation non contraire au droit. En revanche, la réparation n'est pas possible lorsque le préjudice n'a été subi que parce que la victime se trouvait dans une situation irrégulière ou non conforme au droit. Cette solution,

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

d'abord retenue par la Cour de cassation (27 juil. 1937), a été reprise par le Conseil d'État (Ass. 14 janv. 1938, *Cie gén. de la grande pêche et Sté d'importation et d'exploitation*). Quelles que soient la réalité et l'ampleur d'un dommage, la victime n'a jamais droit à réparation lorsqu'elle était en situation irrégulière au moment de subir le préjudice et qu'elle n'a subi celui-ci que du fait du caractère irrégulier de sa situation (Bordeaux 21 mars 1994, *Cne de Toulouges c/ James*). Ainsi, il n'y aura pas réparation du préjudice causé par la démolition d'office d'un ouvrage irrégulièrement implanté sur le domaine public (Sect. 20 juin 1980, *Cne d'Ax-les-Thermes et SA « Cie gén. des thermes d'Ax »*) ou du préjudice causé à une exploitation de pisciculture fonctionnant sans autorisation préalable (Nantes 9 déc. 1993, *Sté morlaisienne des eaux*).

Par ailleurs, à l'origine, le juge réservait l'octroi de dommages-intérêts uniquement aux conjoints, ascendants ou descendants directs. Deux décisions ont élargi le cercle des bénéficiaires potentiels (Ass. 28 juil. 1951, *Bérenger*; Sect. 25 janv. 1952, *Simon*). Plus tard, a été admise l'action en réparation du concubin (Ass. 3 mai 1978, *Müesser Vve Lecompte*) du chef des préjudices subis par l'autre concubin. De même, sera réparé le préjudice causé à un jeune enfant par la mort de la femme qui, sans lien de parenté avec lui, l'a recueilli au décès de ses parents (13 juil. 1956, *min. PTT c/ Béroud*).

E. Un préjudice spécial (uniquement en matière de responsabilité sans faute à prouver)

136 L'exigence que le préjudice revête, outre les conditions sus-indiquées, un caractère spécial (sur cette notion : 11 févr. 2011, *Mlle Susilawati*, 325253), ne se trouve qu'en matière de responsabilité non fondée sur la faute. Au contraire, lorsque la responsabilité est engagée pour faute, tout préjudice, même minime, sera réparable. En raison de son caractère profondément équitable, la responsabilité sans faute n'est appliquée qu'aux hypothèses dans lesquelles le dommage présente par sa nature et/ou par ses effets une certaine gravité permettant de dégager ainsi une réelle spécificité de la condition de victime. Par l'expression *« préjudice spécial »*, sont compris, à la fois, un préjudice d'une certaine gravité (1.) et un préjudice qui ne touche qu'un nombre restreint de personnes (2.).

1. Le préjudice spécial, préjudice d'une certaine gravité

137 Le degré de gravité que doit atteindre le préjudice pour être réparé est évidemment variable selon les circonstances de fait et les domaines concernés. Ainsi, le bruit engendré par une centrale nucléaire constitue un préjudice d'une gravité suffisante pour permettre sa réparation mais non les désagréments causés par la vue de la centrale, par ses panaches de vapeur ou par son éclairage permanent (2 oct. 1987, *EDF c/ Spire*). Au contraire, le préjudice subi par les détenteurs de postes récepteurs de télévision lors du passage de la définition de l'image en 441 lignes à la définition en 819 lignes n'a pas été considéré comme étant d'une gravité suffisante (Sect. 27 janv. 1961, *Vannier*, p. 60 concl. J. Kahn).

Une jurisprudence abondante concerne les dommages subis par les riverains des voies publiques du fait, notamment, de travaux réalisés sur celles-ci. En principe, ces riverains doivent supporter les inconvénients résultant de la proximité de ces voies ou en cas de circulation intense. Ce n'est que lorsque de tels dommages excèdent, par leur intensité ou par leur durée, ceux qui découlent normalement de la présence de ces voies qu'ils acquièrent le caractère spécial permettant leur réparation (Sect. 16 nov. 1962, *EDF c/ Faivre et autres*).

Par ailleurs, une jurisprudence traditionnelle exclut la réparation du préjudice que pourrait causer le détournement d'un courant de circulation, ceci étant un aléa normal, inhérent au système des communications; quelles qu'en soient la spécialité et la gravité, il ne saurait

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

ouvrir droit à réparation (13 févr. 1924, Cie PLM; Sect. 2 juin 1972, *Sté des bateaux de la Côte d'émeraude, dite « Les vedettes blanches »*), sauf si ce préjudice excède les sujétions qui doivent être supportées sans indemnité (16 juin 2008, *M. et Mme Patrick X.*, 293857). Il n'en va autrement que dans le cas où l'opération, sous l'apparence d'un détournement de la circulation, ne constitue pas une véritable « modification à la circulation générale » (27 nov. 1974, *Amouzegh*).

2. Le préjudice spécial, préjudice touchant un nombre restreint de personnes

138 La spécialité du préjudice est également en rapport avec le nombre de personnes concernées (Sect. 29 oct. 1976, *min. Aff. étr. c/ Burgat, Letourneur et Loiseau*). Les dommages subis par un propriétaire riverain d'un cours d'eau, du fait de travaux entrepris pour lutter contre ses inondations, ne sont pas réparables parce qu'ils ne se distinguent pas de ceux que tout riverain de ce cours d'eau est normalement astreint à supporter (14 nov. 1962, *Pons*). Cette exigence de la spécialité entendue comme préjudice restreint à un petit nombre de personnes est la conséquence de l'élément « rupture de l'égalité devant les charges publiques » qui est l'un des fondements de la responsabilité non fautive des personnes publiques.
Enfin, il faut noter que le juge se montre assez libéral pour admettre la réparation, à ce titre, des dommages corporels alors même que la responsabilité en cause n'est pas fondée sur l'exigence de la preuve d'une faute.

4 Le mécanisme de la réparation

139 La réparation du dommage peut tout d'abord s'effectuer amiablement, lorsque les parties tombent d'accord sur le principe de la responsabilité et sur le quantum de la réparation. Ceci ne soulève, en principe, pas de problèmes spécifiques. La réparation peut aussi donner lieu, en cas de désaccord, à une procédure contentieuse (A.). Les modalités de réparation sont particulières au droit public (B.).

A. L'action contentieuse en réparation

Cette action ne peut avoir lieu que faute d'accord amiable sur l'indemnisation. Il faut déterminer comment pourra être intentée l'action en réparation (1.), qui sera déclaré débiteur de l'indemnité de réparation (2.), quel juge sera compétent pour connaître de cette action (3.), le délai dans lequel la victime (ou ses ayants-droit) devra agir (4.) et les exigences liées au ministère d'avocat (5.).

1. La règle de la décision préalable (voir chap. 11, § 517 et s.)

140 Pour pouvoir saisir le juge administratif d'une demande de réparation, la victime doit disposer d'une décision préalable émanée de l'Administration et lui refusant – en tout ou en partie – cette réparation. Cette règle, générale dans le contentieux administratif, n'est pas propre au droit de la responsabilité. Cela signifie que la personne qui se prétend victime d'un préjudice qu'elle impute à une administration doit impérativement demander d'abord à cette administration la réparation de ce préjudice, c'est ce que l'on appelle « la demande préalable ». C'est le refus opposé à cette demande, refus appelé « décision préalable » qui sera attaqué devant le juge.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

On dit que la demande préalable a pour effet de « lier le contentieux », c'est-à-dire, que, tout à la fois, elle est seule susceptible de faire exister le procès et elle en trace les limites. En effet, il ne pourra être sollicité du juge que ce que contenait la demande préalable adressée à l'Administration et qui n'a pas été obtenu. La rédaction de la demande préalable revêt donc une grande importance pratique s'il y a, par la suite, un procès. Toutefois, une jurisprudence très compréhensive admet la possibilité de demander réparation d'un dommage survenu en cours d'instance lorsqu'il relève du même fait générateur et de la même cause juridique que ceux sur lesquels repose la demande préalable d'indemnisation qui, ainsi, a valablement lié le contentieux pour l'ensemble de la demande de réparation (5 mars 2008, *Sté d'aménagement du bois de Bouis*).

Il n'y a dispense de demande préalable, en matière de responsabilité, que pour les actions en justice relatives à la réparation des dommages de travaux publics (loi de pluviôse an VIII). En cette matière, le montant de la réparation sollicitée du juge peut être supérieur à celui figurant dans la réclamation formée devant l'Administration, cette dernière ne pouvant pas lier le contentieux (TA Rennes 10 févr. 2005, *Alves*).

2. Le débiteur de l'indemnité (§ 130)

Ainsi que cela a été indiqué plus haut, la réparation incombe à la collectivité pour le compte de laquelle était accomplie l'action qui a été la cause du dommage.

3. La juridiction compétente

La compétence pour connaître des actions en réparation du fait de dommages causés par la puissance publique revient en principe à la juridiction administrative.

● Compétence de principe du juge administratif

141 La juridiction compétente en matière de litiges relatifs à la responsabilité administrative est la juridiction administrative. Des dérogations à cette compétence de principe ont cependant été instituées tant par la loi que par la jurisprudence. Des *lois* dérogent parfois à la compétence du juge administratif ; la loi du 31 décembre 1957 confie au juge judiciaire les litiges relatifs aux dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque (ainsi du dommage causé par un hélicoptère : TC 21 mars 2005, *Sté française de prévention*) ; la loi du 12 octobre 1946 pour la responsabilité des services de sécurité sociale ou celle du 6 juillet 1987 concernant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence font de même. La *jurisprudence* également déroge parfois au principe de compétence du juge administratif : conséquences d'une voie de fait, ou d'une emprise irrégulière, responsabilité des services publics à caractère industriel ou commercial, faute personnelle des fonctionnaires, ou encore action en responsabilité quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant d'un marché de travaux publics (TC 18 juin 2007, *Synd. copropriétaires de l'ensemble immobilier sis place de la gare à la Varenne-St Hilaire*, confirmant TC 15 janv. 1973, Sté Quillery-Goumy), etc. relèvent du juge judiciaire.

● Détermination de la juridiction administrative compétente

142 La compétence *territoriale* en premier ressort pour connaître d'une action en responsabilité appartient au tribunal administratif ainsi déterminé :

– si le dommage résulte d'une décision administrative illégale qui a fait ou aurait pu faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant un tribunal administratif, c'est ce tribunal qui est également compétent pour connaître de l'action en responsabilité ;

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– si le dommage résulte d'un fait ou d'un comportement administratif ou d'une opération de travail public, le tribunal compétent sera celui dans le ressort duquel s'est produit le fait générateur du dommage ;
– si l'on se trouve dans tout autre cas, sera compétent le tribunal dans le ressort duquel le demandeur en justice a son domicile.
La compétence *matérielle* en premier ressort dépend du montant des indemnités réclamées dans la requête introductive d'instance, y incluses les sommes figurant dans toute demande accessoire,… en indemnité. Si celui-ci est inférieur à 10 000 euros, le tribunal administratif statue en premier et dernier ressort sous réserve de pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Ce plafond ne comprend pas les divers intérêts. Si ce montant est dépassé, le tribunal statue sous réserve d'appel devant la cour administrative d'appel ; un pourvoi en cassation est possible contre l'arrêt d'appel. Lorsque ces indemnités sont demandées dans une même requête par plusieurs demandeurs ou contre plusieurs défendeurs, la compétence juridictionnelle est déterminée par la plus élevée d'entre elles.

4. Le délai d'action contentieuse. La règle de la déchéance quadriennale

143 La victime d'un dommage doit agir dans un certain délai afin que sa créance contre la puissance publique ne soit pas prescrite. Normalement, c'est la prescription de droit commun qui s'applique, soit trente ans, sauf texte contraire exprès instituant une prescription plus courte. Cependant, lorsqu'est réclamée une somme d'argent, ce qui est pratiquement toujours le cas en matière de responsabilité, doivent être appliquées les dispositions spéciales aux finances publiques contenues notamment à l'art. 1er de la loi du 31 décembre 1968 qui fixent à quatre années environ, d'où le nom de prescription « quadriennale », à partir du moment où s'est produit le fait générateur de la créance, le délai d'extinction des dettes des différentes personnes publiques ; sur le mode de calcul et les effets de cette prescription (27 avr. 2009, *Annie X. c/ Ctre hospitalier gériatrique du Mont d'Or*, 300345). Ce délai court à nouveau à chaque aggravation successive du dommage mais alors seulement pour la part d'aggravation (Sect. 24 juin 1977, *Cne de Férel*). Assouplissant son exigence, la jurisprudence admet aujourd'hui que la demande d'indemnisation, d'une part, puisse être chiffrée tant que le juge n'a pas statué et donc même après expiration du délai de recours (12 janv. 2011, *Jaouad X.*, 329776), d'autre part, puisse être précisée en appel quant aux chefs de préjudice qui la fondent si elle demeure dans la limite du montant total de la demande chiffrée en première instance (31 mai 2007, *Jean-Paul X.*, 278905). Par ailleurs, le cours de ce délai peut être interrompu par toutes sortes d'actes ou d'événements tendant à la mise en cause de la personne publique considérée comme débitrice (Douai 6 avr. 2000, *Lefèvre c/ Cne de Vénizel*), tels une réclamation contentieuse, la décision administrative de faire procéder à une expertise, la saisine d'un juge même incompétent, le dépôt d'une plainte pénale (Sect. 27 oct. 2006, *Dpt du Morbihan et autres* ; 28 sept. 2007, *Centre hospitalier Sud-Réunion*, 291935 : plainte contre X avec constitution de partie civile ; v. aussi 11 avr. 2008, *Chatelin et autres*), etc. Le mensonge de l'Administration sur la cause réelle d'un dommage empêche de faire courir le délai de prescription de l'action en réparation tant que cette cause réelle n'est pas connue de la victime (27 juin 2005, *Csrts X.*, 261574). En principe, le jugement de l'exception de prescription quadriennale est de la compétence de la juridiction (judiciaire ou administrative) saisie du principal ; il en va autrement de la faculté de relèvement de la prescription prévue par l'art. 6 de la loi du 31 déc. 1968 : le refus ou l'octroi du relèvement ressortit à la compétence exclusive du juge administratif en vertu du principe fondamental reconnu par les lois de la république selon lequel le juge administratif est seul

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

compétent pour annuler ou réformer des décisions administratives (20 juil. 2007, *Philippe X.*, 290598).

Le délai de prescription quadriennale s'applique sauf disposition spécifique expresse, propre à un domaine déterminé, fixant un autre délai (plus long ou plus court) (7 juil. 2010, *min. Budget c/ Doucet*, 328388). Ainsi, en matière de responsabilité médicale, comme on l'a indiqué plus haut (*cf.* § 114), la loi du 4 mars 2002, qui ne distingue pas, en cette matière, entre la responsabilité civile et la responsabilité administrative, a porté le délai de prescription à dix ans ce qui constitue donc une exception à la règle de la déchéance quadriennale.

La forclusion d'une action en responsabilité non fondée sur la preuve d'une faute n'entraîne pas *ipso facto* la prescription de la même action fondée, elle, sur la faute (10 août 2005, *Maigret*).

La prescription quadriennale, qui n'est pas d'ordre public (17 juil. 2009, *min. Défense*, 279231), peut être invoquée jusqu'au jugement de première instance, donc même après l'audience (par voie de note en délibéré) et ce malgré l'existence d'une clôture de l'instruction (30 mai 2007, *Cne de Saint Denis*). En revanche, cette prescription ne peut plus être opposée après le jugement de première instance (17 juil. 2009, *min. Défense*, préc.).

Lorsque le dommage résulte d'un comportement constituant une infraction pénale jugée prescrite par le juge répressif, il ne peut donner lieu à réparation en vertu du principe (26 juil. 2011, *Bayou*, 349020) que *« le criminel tient le civil en état »*.

5. Le ministère d'avocat

144 Étant un recours de « plein contentieux », le recours en réparation d'un préjudice n'est, en principe, jamais dispensé du ministère d'avocat sauf en matière de travaux publics en vertu d'une exception posée par la loi de pluviôse an VIII (4 janv. 1964, *Assoc. syndicale de reconstruction de Pont-L'Évêque*). Le défaut de ministère d'avocat rend irrecevable l'action en justice mais cette irrecevabilité peut être régularisée spontanément par le demandeur à tout moment en cours d'instance et elle ne peut être opposée par le juge qu'après qu'il a invité, en vain, le demandeur à régulariser.

B. Les modalités de la réparation

145 La principale – et pendant longtemps, presque unique – forme de réparation connue en droit administratif est l'indemnisation en argent. Le juge admet désormais (dans le cas singulier des victimes de déportations antisémites) que la réparation puisse prendre la forme, symbolique et non financière, d'une reconnaissance solennelle par la nation de la douleur subie collectivement par les victimes et leurs descendants (Ass., Avis, 16 février 2009, *Hoffman-Glemane*). Le principe est que cette réparation est intégrale (*restitutio in integrum*), par suite, elle ne peut ni être inférieure ni être supérieure au préjudice effectivement subi. Deux questions doivent d'abord être examinées : celle de l'évaluation du préjudice (1.) et celle des conditions de l'indemnisation (2.). Seront ensuite formulées quatre observations terminales (3.).

1. La détermination du préjudice indemnisable

146 La réparation doit être aussi égale que possible au préjudice réellement subi. Il faut donc déterminer très précisément ce préjudice. Pour parvenir à ce résultat, le juge dispose des plus larges pouvoirs, il peut s'appuyer sur tout élément susceptible de l'éclairer en matière de chiffrage.

On doit signaler une importante limite souvent ignorée. Le Code général des impôts prévoit que les déclarations fiscales faites par les contribuables concernant leurs revenus ou la valeur de leurs biens leur sont opposables lorsqu'ils sollicitent une indemnisation à raison des

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

atteintes subies, du fait de la puissance publique, par ces biens ou par ces revenus (Sect. 5 mars 1971, *Ville de Toulouse c/ Roumengou*).

Deux éléments permettent de déterminer le préjudice indemnisable : la date à laquelle il convient de se placer pour l'établir et le calcul précis de son étendue.

● La date d'évaluation du préjudice

147 Après une importante évolution, la jurisprudence s'est fixée, dans deux décisions célèbres (Ass. 21 mars 1947, *Cie gén. des eaux et Veuve Aubry*, 2 espèces), dans le sens d'une distinction entre les dommages subis par les personnes et ceux concernant les biens.

Pour les dommages subis par les personnes, le principe est que le préjudice s'apprécie au jour où le juge statue. L'indemnisation doit représenter la réparation de l'entier dommage mais seulement du dommage réel à cette date. En particulier, le juge apprécie si la victime a tardé, sans motif sérieux, pour intenter son action ; il décidera, le cas échéant, s'il y a lieu de lui faire supporter les conséquences de ce retard (29 nov. 1961, *min. Int. c/ Herbin*). Cette technique est destinée à faire échec à l'usage de moyens dilatoires par la victime.

Pour les dommages causés aux biens, le principe retenu en 1947 est celui de l'ancienne jurisprudence assorti d'un correctif important. Le dommage est normalement évalué à la date de sa survenue et à laquelle il a été connu dans toute son ampleur. Toutefois, si les travaux de remise en état ou de reconstruction ne pouvaient pas, à cette date, être entrepris par la victime, cela pour des motifs légitimes (par ex. pour impécuniosité), le juge estimera le montant de l'indemnité de réparation d'après la valeur actuelle des travaux à entreprendre (8 janv. 1958, *Csorts de Batz de Tranquelléon*). Il n'en va autrement que dans le cas où la non-réalisation immédiate des travaux résulte d'un choix personnel de la victime, en ce cas le montant sera estimé au jour où ces travaux étaient réalisables (2 mai 1962, *Caucheteux et Desmonts*, préc.).

● Le calcul précis de l'étendue du préjudice

148 Si la victime a droit à réparation de l'entier préjudice subi, elle n'a droit qu'à cela ; il lui est impossible de s'enrichir en obtenant une indemnisation supérieure à l'étendue du préjudice. Ainsi, le préjudice causé à l'épouse d'un fonctionnaire par le décès de celui-ci est calculé déduction faite de toutes les sommes qu'elle a perçues du fait de ce décès : pension de retraite (Ass. 21 juil. 1949, *Bizon*), rente pour accident de travail (28 juin 1950, *Lelièvre*), primes d'assurances (Sect. 25 sept. 1970, *Cne de Batz-sur-Mer et Tesson*, préc.), etc. Ces sommes ne sont déduites que si leur bénéfice a réellement existé pour la victime et non si ce bénéfice a été simplement théorique (Sect. 25 juin 1971, *min. de l'Équipt et du Logt c/ Bruchet*).

Dans le cas où le préjudice réside dans la perte d'« une chance sérieuse », par exemple d'obtenir un emploi, d'être retenu dans un marché public, de réussir un concours (ici non : 29 juin 2012, *Patricia X.*, 334255), etc., il est réparable et se calcule par retranchement, du salaire qui aurait été perçu ou du bénéfice qui aurait été réalisé, du montant des indemnités éventuellement perçues (27 mai 1987, *Legoff*). Dans le cas de la perte d'une chance de ne pas subir un dommage physique, l'indemnisation ne doit pas correspondre à ce dommage mais à une fraction de celui-ci déterminée par le rapport entre l'ampleur de la chance perdue et ce dommage corporel (Sect. 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*).

En cas de révocation illégale d'un fonctionnaire, le juge ne lui accordera pas une réparation intégrale strictement égale au total théorique des traitements non perçus. Il déduira de ce total théorique les salaires que ce fonctionnaire a perçus dans l'emploi de remplacement qu'il a dû occuper par suite de cette révocation. Inversement, il ajoutera à ce total théorique le montant des conséquences pécuniaires d'avancements possibles qui ont été perdus du fait

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

de l'illégale révocation. De plus, le juge tiendra le plus grand compte des efforts faits par l'Administration pour offrir à la victime ou à ses ayants-droit, un emploi permettant de compenser le préjudice subi ; en ce cas, les revenus procurés par cet emploi viendront en déduction de ce qui est théoriquement dû (Sect. 27 avr. 1951, *Boulay*).

S'agissant de la réparation des dommages survenus à des biens, le juge estime que les indemnités doivent couvrir l'entier préjudice et notamment la totalité des sommes nécessaires à la remise du bien en état. Cependant, le montant de la réparation ne peut pas excéder la valeur vénale antérieure du bien (6 mars 1964, *Brunet*). Lorsque les travaux de remise en état ont procuré au bien une certaine plus-value celle-ci viendra en déduction de l'indemnité octroyée (22 janv. 1969, *Ville de Libourne c/ Magne*). La solution est la même pour le calcul de l'indemnité d'expropriation ou, en vertu de l'art. 14 de la loi du 29 déc. 1892 (relative à l'occupation temporaire), pour la déduction de la plus-value résultant des travaux consécutifs à une occupation temporaire (Sect. 17 mars 1978, *SA « Entr. Renaudin »*). Dans le cas de la réparation des accidents médicaux, le juge opère un chiffrage très précis, détaillé poste par poste, de la rente et/ou des indemnités allouées (25 juin 2007, *CPAM de Dunkerque*).

2. Le régime de l'indemnisation

L'indemnité est versée à la victime ou à ses ayants-droits. Elle est, en général, définitive, intégrale et en argent. En pratique, elle s'accompagne d'intérêts représentatifs de l'immobilisation du capital consécutive à l'écoulement du temps nécessaire au déroulement de l'instance.

● Le bénéficiaire de l'indemnisation

149 L'indemnité est versée à la victime du dommage corporel ou matériel. Lorsqu'il y a plusieurs victimes, chacune d'elles reçoit une indemnité proportionnelle à sa part dans le dommage subi. En cas de décès de la victime au cours du procès, ses héritiers doivent reprendre le procès pour pouvoir obtenir, éventuellement, réparation. Les chefs de réparation du préjudice ne sont pas nécessairement tous transmissibles, cependant lorsque la victime décède après le jugement qui lui a alloué réparation, celle-ci entre *ipso facto* dans son patrimoine et se transmet à ses héritiers. Enfin, lorsqu'il s'agit d'un dommage matériel subi par un bien qui fait l'objet, par la suite, d'une cession, le droit à réparation ne se transmet pas automatiquement ; il faut qu'existe une clause expresse en ce sens dans l'acte de cession (Paris 6 sept. 2006, *SCI du terrain d'aviation*).

● L'indemnité proprement dite

150 Cette indemnité prend la forme d'un capital. Si, à l'origine c'était plutôt le système de la rente qui avait les faveurs du juge, les déboires monétaires permanents du franc à partir de 1924 ont conduit le juge à ne plus recourir à des rentes, d'évolution généralement désastreuse pour les victimes. De plus, une ordonnance du 30 décembre 1958 (relative au « nouveau » franc), avait interdit l'indexation des rentes sur la valeur du franc et sur ses variations. Cependant, la Cour de cassation ayant passé outre à cette prohibition (Cass. mixte 6 nov. 1974), le Conseil d'État lui a emboîté le pas et a accepté à son tour que le juge administratif octroie des rentes indexées (Sect. 12 juin 1981, *Centre hospitalier de Lisieux*, p. 262).

Si, en principe, cette indemnité est définitive, cela n'exclut pas certains aménagements. Trois seront signalés. Tout d'abord, le juge peut ne fixer qu'une indemnité provisionnelle laquelle viendra en déduction du montant de l'indemnité définitive qui sera accordée (par le juge ou par l'administration : Sect. 9 oct. 1970, *Gaillard* ; 11 mai 2007, *M. et Mme B. et autre*, 281702 ; 24 juil. 2009, *M. et Mme X.*, 281702). Ensuite, la victime peut, tant que le juge n'a pas statué, modifier le montant de l'indemnité réclamée : en première instance elle peut le faire jusqu'à la clôture

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

de l'instruction ; en appel elle ne peut le faire que si elle établit une aggravation du dommage depuis la décision des premiers juges (Sect. 8 nov. 1968, *Entr. Poroli*). Enfin, il est toujours possible à la victime, même après que le jugement ou arrêt est devenu définitif, de demander au juge la révision des indemnités accordées lorsqu'une aggravation s'est produite depuis cette décision, à condition que cette aggravation ait la même cause que le dommage primitivement réparé (Sect. 29 mars 1957, *Sté Solétanche*).

● Les intérêts

151 Les intérêts sont le prix du temps qui a passé. Les intérêts moratoires sont, proprement, le « loyer » de l'indemnité accordée par le juge. Ils ont la même nature juridique que la créance principale à laquelle ils se rapportent (Sect. 4 déc. 1992, *Brossard*).

Les intérêts moratoires sont calculés au taux de l'intérêt légal tel qu'il résulte de l'art. 1153-1 du Code civil (0,04 % en 2013 ; 23 mai 2012, *Maison de retraite publ. de la vallée des Baux*, 351157). Ils sont dus de plein droit, même en cas de bonne foi (3 nov. 2006, *OPAC de Meurthe-et-Moselle*, solution adoptée dans le cadre de la responsabilité contractuelle mais transposable en responsabilité extracontractuelle) par l'effet de la condamnation au paiement du principal et à compter du jour de celle-ci (Sect. 16 janv. 1987, *Ribot*). Ils ne sont pas assujettis au paiement de la TVA, en vertu d'une directive communautaire (TA Versailles 26 juin 1997, *Sté Comptoir européen de distribution c/ CHG de Provins*). Le juge a le pouvoir de réduire le taux de cette majoration forfaitaire compte tenu de la situation financière du débiteur public et de ses efforts pour s'acquitter de sa dette.

Les intérêts compensatoires ou *dommages-intérêts* (17 nov. 2008, *Entr. Aubelec et autre*) sont dus, en sus des intérêts moratoires, en cas de retard excessif à condition que le demandeur établisse la réalité et l'étendue du préjudice causé par ce caractère excessif. En cas de non-paiement dans le délai de deux mois de la notification de la décision de justice, l'intérêt légal est automatiquement majoré de cinq points (loi du 11 juil. 1975, art. 3, devenue art. L. 313-3 c. monétaire et financier : 16 déc. 2009, *Cne Saint Paul-en-Pareds*, 309774 ; 8 juin 2011, *Sté SEG Fayat*, 344394).

La capitalisation des intérêts est constituée des intérêts qu'au bout d'une année, et chaque année, produisent les intérêts : ce sont les anatocismes ou, comme s'obstine à les appeler le juge administratif, les « intérêts des intérêts ». Cette capitalisation doit être demandée expressément par l'intéressé et elle ne peut lui être refusée dès lors qu'est due au moins une année d'intérêts (4 mai 2007, *Sté Sapibat Guyane*) ; à défaut de réunir ces deux conditions, la demande de capitalisation ne peut aboutir (Sect. 6 mai 1983, *Sté d'exploitation des établissements Roger Revellin*). Il est désormais jugé que la capitalisation peut être demandée même après le paiement du principal de la dette si ces intérêts n'ont pas eux-mêmes été versés et s'ils sont dus pour une année au moins (4 mai 2007, *Sté Sapibat Guyane*, préc., solution adoptée en droit contractuel et transposable à la responsabilité extracontractuelle).

3. Sur quatre observations terminales

152 Le *paiement* de l'indemnité se fait normalement en espèces ; il est rare qu'il ait lieu en nature (V. cependant, pour la réparation des dommages écologiques § 191).

Le paiement par compensation entre des dettes et des créances de la puissance publique est possible, mais uniquement sur initiative de cette dernière, le paiement par compensation ne pouvant jamais être imposé à l'autorité administrative par un particulier (23 mai 2012, *Sté SPIE SCGPM*, 346352) sauf dans le droit des marchés publics et selon des modalités tout à fait spécifiques. On peut douter du caractère équitable de ce non parallélisme.

La *transaction* est toujours possible, avec l'accord des parties, puisque la transaction est un contrat. Toutefois, l'Administration ne peut accepter de transaction qui porterait atteinte à

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

ses prérogatives d'ordre public, qui l'amènerait à reconnaître une dette qu'elle ne doit pas ou à renoncer à une créance qui lui est due par la victime (10 nov. 2004, *Entr. Paul Millet*).
Le *règlement amiable des dommages* avait été prévu à titre expérimental dans le cadre de *comités consultatifs de règlement des dommages engageant la responsabilité de l'État et des établissements publics de l'État n'ayant pas un caractère industriel ou commercial*, institués par le décret n° 80-974 du 4 décembre 1980. Ces comités avaient un pouvoir consultatif et pouvaient être saisis, dans le délai du recours contentieux, soit par la victime à laquelle a été refusée l'indemnisation soit par l'administration auprès de laquelle a été formé le recours administratif préalable. Ils donnaient un avis dans les trois mois de la saisine. Cet avis ne liait pas l'administration, il ne faisait obstacle ni à un recours gracieux ni à un recours contentieux. Le caractère quasi-confidentiel de leur existence a nui à leur activité comme à leur développement et a conduit à leur suppression alors qu'il s'agissait d'une tentative très judicieuse.
Dans tous les cas où la puissance publique a engagé des frais par suite de dommages résultant du comportement de particuliers (par ex. un incendie, volontaire ou non), elle ne peut leur en réclamer le remboursement lorsqu'ils se rattachent à une mission obligatoire de service public (lutte contre l'incendie…) : Cass. civ. 2e, 22 nov. 2007.

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954, 1957.
J.-F. Couzinet, « La notion de faute lourde administrative », *RDP* 1977 p. 283.
C. Guettier, *La responsabilité administrative*, LGDJ, Systèmes, 1996.
C. Lavialle, « Le dommage causé au participant à l'opération de travail public », *AJDA* 1975 p. 540.
F. Llorens-Fraysse, « L'utilisation de la présomption de faute par le juge administratif français », *Petites Affiches*, 20 février 1985, p. 4.
J. Moreau, *L'Influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, LGDJ, 1957.
C. Paillard-Cormier, *Le préjudice en droit administratif français*, Thèse Paris-II, 2000.

POUR ALLER PLUS LOIN

R. Chapus, « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », *Mélanges M. Waline*, 1974, p. 307 : présentation du complexe régime de la responsabilité pour dommages de travaux publics avec des aperçus originaux.
G. Chavrier, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA* 2003, p. 1026 : le point sur une notion peut-être moins moribonde qu'on ne l'a dit.
David, *Conclusions sur TC 8 février 1873*, Blanco, *Rec.* Dalloz 1873.III.17 ; Sirey 1873. II.153 : des conclusions fondamentales sur une décision fondatrice.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

4

La responsabilité administrative extracontractuelle, questions particulières

Dans le cadre général que l'on a retracé au chapitre précédent, d'importantes situations particulières se rencontrent. On en retiendra deux : la première concerne les règles de partage et de cumul des responsabilités au sein de l'Administration (1.), la seconde concerne les régimes spéciaux de responsabilité qui s'éloignent du droit commun que l'on a présenté précédemment (2.).

1 Partage et cumul des responsabilités au sein de l'Administration

153 La question des relations entre l'Administration et ses agents en matière de responsabilité ne se pose que dans les cas où la responsabilité est fondée sur la faute. Il faut, en effet, déterminer si la faute, cause du dommage et fondement de l'obligation de réparation, a été commise par le fait du seul fonctionnaire (la faute sera alors dite « personnelle ») ou si elle a été commise par le service public en tant que tel (la faute sera alors dite « de service »). Cette distinction, propre aux services publics, a sa parallèle en droit civil avec la théorie des rapports de préposé à commettant.
Parce que les régimes de la faute personnelle et de la faute de service diffèrent profondément, il importe d'en bien faire la distinction (A.) avant d'examiner les hypothèses de cumul de responsabilités (B.) puis les relations qui en découlent entre l'Administration et ses agents (C.).

A. Faute de service et faute personnelle

154 Il est indispensable de déterminer si la faute qui est à l'origine d'un dommage causé dans le cadre d'un service public est une faute personnelle (1. et 2.) à un agent déterminé ou une faute imputable au service pris globalement. Si la faute est « personnelle », le régime de droit

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

qui sera applicable sera le droit civil (art. 1382 et suivants du code civil) et la compétence juridictionnelle pour connaître des litiges en découlant appartiendra aux juges judiciaires. Si la faute est une faute « de service », le régime de droit qui sera applicable sera le droit administratif et la compétence juridictionnelle pour connaître des litiges en découlant appartiendra aux juridictions de l'ordre administratif. En ce deuxième cas seulement – qui est tout de même, et de loin, le plus fréquent – joueront les règles exposées au chapitre précédent.
Le principe est que, par présomption, le dommage causé dans le cadre du service public résulte d'une faute de service, par exception il peut être la conséquence d'une faute personnelle (3.). Ce deuxième cas étant l'exception, c'est par son étude qu'il faut commencer puisque, à défaut, il s'agira nécessairement d'une faute de service.

1. La notion de faute personnelle

155 Dans une formule célèbre, de facture toute racinienne, Laferrière (qui va, plus tard, présider le Conseil d'État) notait (dans ses conclusions sur TC 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, p. 437) que la faute personnelle est celle qui « révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences ». Cette définition repose sur une conception subjective de la faute. Ce qui importerait serait l'intention de l'agent, ce qui se passe dans sa tête au moment de la production du dommage. La faute personnelle serait ainsi la faute intentionnelle. À cette première conception, subjective s'oppose celle d'une faute personnelle considérée objectivement. La faute personnelle serait soit la faute lourde soit la faute sans rapport avec le but de la fonction exercée, quelle que soit d'ailleurs, en ce second cas, la gravité intrinsèque de cette faute.
La jurisprudence n'a pris parti ni pour l'une ni pour l'autre thèse. Elle semble surtout soucieuse d'apprécier chaque cas concrètement en dehors de tout esprit de système pour déterminer si la faute, cause du dommage, est détachable, ou non, du service public. Il est cependant possible de dégager quelques tendances.

2. Les rapports de la faute personnelle avec d'autres notions

156 Pour établir une certaine cohérence entre ses décisions, la jurisprudence se livre à un effort, relatif, de systématisation. Elle définit négativement la faute personnelle en indiquant ce qu'elle n'est pas.
Parce qu'il y a dans la faute personnelle un certain élément volontaire ou intentionnel on a pu croire que toute voie de fait ou toute faute pénale commise dans ses fonctions par un agent public constitue une faute personnelle. Il n'en est rien.
Toute voie de fait commise par un agent public n'est pas forcément une faute personnelle. Inversement, d'ailleurs, toute faute personnelle n'est pas constitutive *ipso facto* d'une voie de fait. Ainsi le Tribunal des conflits juge qu'une voie de fait commise par le préfet de police en ordonnant la saisie, à Paris et dans tout le département de la Seine, le 7 février 1934, du journal de Charles Maurras, *L'Action française*, n'était pas pour autant une faute personnelle de cet agent (8 avr. 1935, *Action française*, p. 1226 concl. P.-L. Josse). De même, le fait pour le maire d'une commune de communiquer à des tiers un courrier privé ainsi que l'adresse personnelle d'un individu constitue une faute non détachable de ses fonctions (TC 23 févr. 2004, *X., maire du Bourget*).
Toute infraction pénale commise par un agent public n'est pas forcément une faute personnelle. On a longtemps jugé que toute faute pénale, correctionnelle ou criminelle, commise par un agent public révélait un aspect intentionnel et, de ce fait, revêtait le caractère d'une faute personnelle en raison de l'élément moral caractérisant une telle infraction. Le Tribunal des conflits a renversé cette jurisprudence : l'accident causé par un militaire et correctionnellement réprimé ne constitue pas pour autant une faute personnelle (14 janv. 1935, *Thépaz*). En ce cas

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

la faute, bien que de nature pénale, constituera une faute de service car elle n'est pas détachable du service et le juge administratif sera seul à connaître de l'action consécutive en réparation (Cass. Crim. 30 sept. 1998, *Cts Antunes*; Cass. Crim. 2 déc. 2003; TC 21 juin 2004, *X. c/ Cour d'appel de Fort-de-France*; Cass. crim. 17 oct. 2007, délit de favoritisme; Cass. crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.447). Cependant, – et plus raisonnablement – constituent une faute personnelle complètement détachable de la fonction, des faits organisés et répétés imputables à un agent chargé de responsabilité dans la hiérarchie militaire (23 déc. 2009, *Alain X.*, 308160).

3. Les rapports de la faute personnelle avec le service public

Une distinction doit être opérée selon que la faute personnelle est commise dans le service, elle sera, alors, le plus souvent « absorbée » par la faute de service, ou en dehors du service, elle pourra, plus aisément, ne demeurer qu'une faute personnelle.

● La faute personnelle dans le service

157 Le juge estime, en principe, que la faute commise dans le service est une faute de service non une faute personnelle; ainsi du maire qui refuse, à tort, de célébrer le mariage d'un étranger (Cass. 1re civ., 6 févr. 2007, *Panafieu*). Toutefois, il considère qu'en certaines circonstances graves il peut y avoir faute personnelle bien que le dommage soit causé pendant le service ou à propos de l'accomplissement du service ou, même, sur les lieux du service. Tel est le cas du gardien de prison qui organise des vols, la nuit, avec les détenus dont il a la garde (11 mai 1953, *Oumar Samba Niang Harane*), de l'officier de police qui, en principe chargé de veiller au bon ordre dans un bal mais ivre, tire sur les personnes qui tentent de le ramener à la raison (Sect. 1er octobre 1954, *Bernard*), du fonctionnaire du CNRS qui utilise ses fonctions et du papier officiel du CNRS pour donner des indications erronées (22 janv. 1964, *Quenza*), du préposé des PTT qui porte des coups à un usager au cours de sa tournée de distribution du courrier (TC 21 déc. 1987, *Kessler c/ Thézenas*) et, de façon plus générale, lorsque cette faute revêt une « particulière gravité » (Cass. crim. 14 juin 2005) telle la diffamation par un fonctionnaire de son supérieur (26 oct. 2007, *M.*).

● La faute personnelle en dehors du service

158 Lorsque la jurisprudence retient l'existence d'une faute personnelle, il s'agira de la faute commise complètement en dehors du temps et/ou du lieu de service ainsi que la faute sans aucun lien ou rapport avec celui-ci. On verra cependant qu'il y a, là aussi, des exceptions.

159 En conclusion, on peut dire que, dans tous les cas, le juge apprécie souverainement le caractère détachable ou non de la faute par rapport au service. Pour appuyer sa conviction, il retiendra aussi bien le degré de gravité du comportement fautif que l'intention subjective de son auteur. Ce deuxième élément est, en général, plus déterminant que le premier, ce qui colore ainsi dans un sens assez nettement disciplinaire la constatation de l'existence d'une faute personnelle.

C'est également ainsi que s'oriente la Cour de cassation lorsqu'elle juge, par exemple, que commet une faute personnelle détachable du service public le médecin qui n'applique pas immédiatement la thérapeutique nécessaire en cas d'hémorragie survenue à une femme en état de « grossesse à risques » (Cass. Crim. 2 avr. 1992).

B. La théorie des cumuls

La situation est évidemment inverse de celle que l'on vient de rencontrer quand est retenue une faute de service. En ce cas, c'est la juridiction administrative qui sera compétente et elle

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

fera application du droit administratif. Le cas le plus complexe est celui dans lequel se rencontrent, comme cause d'un même dommage, à la fois deux fautes, une faute personnelle et une faute de service, ou une seule faute, mais susceptible d'une double qualification (1.). Ceci engendre l'apparition de situations, nombreuses, de cumul des responsabilités (2.).

1. Les cas de cumul

160 Les hypothèses de cumul sont relativement fréquentes pour deux raisons. D'abord parce qu'en pratique il est difficile de dissocier la part de ce qui est imputable au service public et la part de ce qui est imputable à l'agent. Souvent une faute personnelle n'a été rendue possible que parce qu'il y a eu, auparavant, une faute de service. Ensuite, le juge a multiplié les cas de cumul pour des raisons d'équité. Le cumul permet à la victime de poursuivre, à son choix, l'un ou l'autre auteur. Dans ce choix elle sera principalement guidée par des préoccupations de solvabilité. L'Administration, réputée être toujours solvable, fournit une cible de choix pour les plaignants. La large admission du cumul des responsabilités a ainsi pour principal motif la volonté d'assurer aux victimes une réparation effective et complète des préjudices subis.
Il y a cumul des responsabilités soit par cumul de fautes, soit en cas de faute unique susceptible d'une double qualification.

● Cumul de responsabilités par cumul de fautes

161 Deux responsabilités se trouvent engagées parce que deux fautes ont été commises, une faute de service et une faute personnelle. Ces deux fautes concourent à la production d'un même dommage. La célèbre décision *Anguet* (3 févr. 1911, p. 146) fournit une remarquable illustration de cette hypothèse. Anguet fut expulsé avec brutalité d'un bureau de poste, par un agent, au motif (inexact) que l'heure de fermeture du bureau était passée. En l'espèce, se rencontraient deux fautes : une faute du service car celui-ci ne devait pas s'interrompre avant l'expiration de l'heure légale de fermeture et une faute personnelle de l'agent public qui brutalisa Anguet.

● Cumul de responsabilités et faute unique doublement qualifiable

162 L'idée qui domine cette situation est que toute faute personnelle commise par un agent public soit pendant le temps du service, soit en dehors du service mais non dépourvue de tout lien avec celui-ci, implique, comme une sorte de présomption, l'existence préalable nécessaire d'une faute de service (*cf.* § 157). Cette faute consisterait le plus souvent en un défaut de surveillance, un manque de discernement ou, positivement, en la fourniture des moyens de causer le dommage.
La jurisprudence repose, ici, sur une fiction équitable. Le lien avec le service est parfois des plus lointains et la présomption ne fait que manifester la volonté de fournir à la victime un « auteur » de dommage solvable. C'est en ce sens que ce qui n'est qu'une fiction est cependant équitable.

163 Deux liens sont susceptibles d'être rencontrés entre la faute et le service : un lien temporel et un lien instrumental. En revanche, l'existence d'un lien spatial, parfois évoquée, ne semble pas devoir être retenue.
Le lien temporel concerne la faute commise pendant le temps du service. La règle ne souffre que de peu d'exceptions : toute faute personnelle commise pendant le temps du service sera « recouverte » en quelque sorte par la faute de service qu'elle présuppose au moins fictivement. Cette règle a été posée par une décision de principe *Époux Lemonnier* (26 juil. 1918, p. 761

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

concl. L. Blum). Ainsi, la faute commise par un gardien du Muséum d'histoire naturelle en laissant s'échapper des chimpanzés dont l'un mord un passant (Sect. 11 mars 1938, *Corbière*) n'est pas détachable du service et révèle une faute de service tout comme la gifle donnée par un enseignant à un élève (TC 13 févr. 1984, *Bousmaha*).

Le lien instrumental concerne le cas où la faute a été commise en dehors du service mais où celui-ci a été le moyen, l'instrument de la faute. Longtemps le juge a décidé que la faute commise en dehors du service ne pouvait pas engager la responsabilité du service public. Le défaut de surveillance ne paraissait pas pouvoir, en ce cas, être présumé. À partir de 1949, il juge que la faute commise en dehors du service engage normalement la responsabilité du service public *sauf si elle est dépourvue de tout lien avec le service*. Ainsi, le fait pour un agent public de causer un accident avec un véhicule affecté à l'usage exclusif du service public, en s'écartant du trajet normal pour des raisons purement personnelles, tout en constituant une faute personnelle, engage la responsabilité de l'État parce que cet accident ne saurait « être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service » (Ass. 18 nov. 1949, *Defaux, Bethelsemer et Mimeur*, pp. 492 à 494, 3 espèces ; TC 21 juin 2004, *Quitman c/ Cour d'appel de Fort-de-France*).

La jurisprudence ultérieure a donné une extension considérable à la notion « de faute non dépourvue de tout lien avec le service ». Tel est le cas de l'accident causé par le fils d'un garde des eaux et forêts se servant de l'arme de service de son père en utilisant les cartouches en mauvais état fournies par le service (19 déc. 1969, *Houdayer*), de l'accident causé par un gardien de la paix à son compagnon de chambre, en dehors du service, en nettoyant son arme de service, que le règlement de la Ville de Paris fait obligation à cet agent de conserver même en dehors du service (Ass. 26 oct. 1973, *Sadoudi* ; solution comparable : Ass. 23 déc. 1987, *Époux Bachelier*), de la faute personnelle commise par un policier chargé de la répression du banditisme, en organisant le cambriolage d'une bijouterie (Paris 17 déc. 2002, *min. Int. c/ Bonouvrier*). Dans son dernier état, la jurisprudence réduit la notion de « comportement non détachable du service » à une simple clause de style. En effet, lorsque le dommage trouve sa source *exclusive* dans une faute grave et personnelle de l'agent, détachable du service, la victime peut, si le comportement de ce dernier n'est pas dépourvu de tout lien avec le service, demander à l'Administration de réparer intégralement ce préjudice, quand bien même n'existerait aucune faute du service. En ce cas, l'Administration pourra engager une action récursoire à l'encontre de son agent (2 mars 2007, *Banque franç. commerciale de l'Océan indien*). Une solution aussi caricaturale est-elle bien raisonnable ? Il faut croire que tel est le cas pour le Conseil d'État qui persiste et signe (24 juil. 2009, *SCI Laubis*, 308596).

Le lien spatial entre la faute et le service est parfois évoqué : serait une faute de service, la faute commise sur les lieux du service. Cette conception ne peut être retenue car elle est sans effet utile dans la mesure où elle est absorbée par chacun des deux cas précédents. Ou bien la faute commise sur les lieux du service l'est pendant le temps du service et l'on se trouve renvoyé au lien temporel, ou bien elle est commise en dehors du temps du service et l'on se trouve renvoyé au lien instrumental.

2. Les conséquences du cumul

164 L'existence d'une situation de cumul offre à la victime un choix entre l'ouverture d'une action en réparation contre l'agent, auteur d'une faute personnelle, portée devant le juge judiciaire, ou l'introduction d'un recours devant le juge administratif pour faute du service public. Dans le premier cas s'appliqueront les règles du droit privé, dans le second celles du droit administratif. La victime réclamera à la partie poursuivie la réparation de l'intégralité du préjudice subi. La personne condamnée pour le tout (agent ou service public) est subro-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

gée dans les droits de la victime contre l'autre responsable, c'est-à-dire qu'elle pourra lui réclamer le remboursement de la part de réparation qu'elle estime avoir versée à sa place.
La victime peut aussi choisir de poursuivre à la fois l'un et l'autre responsables, respectivement devant chacun des deux ordres de juridiction, en exigeant de chaque auteur la réparation en fonction de sa part propre de responsabilité. Le risque d'un tel choix est que les deux juridictions n'aient pas la même appréciation que la victime des parts respectives de responsabilité et que la victime n'obtienne pas une réparation intégrale. En aucun cas, il ne lui sera possible d'obtenir des deux juridictions un cumul d'indemnités excédant le préjudice total.
Lorsque c'est une caisse de Sécurité sociale qui a indemnisé, ce qui est pratiquement toujours le cas quand il y a dommage corporel, celle-ci dispose, en vertu de la loi, d'une action récursoire contre l'auteur du dommage. Cette action récursoire soulève fréquemment des questions d'une grande complexité (15 févr. 1975, *Cts Vimart*).

C. Les relations entre l'Administration et ses agents

Ces relations ont connu une profonde évolution sans que, pour autant, la situation actuelle soit pleinement satisfaisante (1. et 2.).

1. Le principe originel d'irresponsabilité de l'agent public

165 Jusqu'en 1951, le principe – fondé sur une interprétation discutable de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII – était celui de l'irresponsabilité de l'agent à l'égard de son Administration (TC 30 juil. 1873, *Pelletier*, 1er supplémt, p. 117 concl. David). Il en allait ainsi aussi bien au cas où l'agent avait causé lui-même un dommage à l'Administration qu'au cas où, par suite d'un cumul de responsabilités, l'Administration avait été condamnée pour le tout. Dans ce dernier cas, elle n'avait pas la possibilité de se retourner contre l'agent responsable pour obtenir le remboursement total ou partiel des sommes versées par elle (28 mars 1924, *Poursines*, p. 357). La généralisation, décrite ci-dessus, du cumul de responsabilités y compris dans les cas où la faute personnelle est en réalité prédominante, a mis en lumière les insuffisances du système : systématiquement mise en cause par les plaideurs, pour les raisons de solvabilité que l'on sait, l'Administration ne pouvait pas réclamer auprès du fonctionnaire coupable. C'est pourquoi la jurisprudence a fixé de nouvelles règles, abandonnant la solution de l'arrêt *Pelletier*.

2. Les arrêts *Laruelle* et *Delville* et leur postérité

166 Par deux décisions de principe (Ass. 28 juil. 1951, *Laruelle et Delville*, p. 464), complétées par une abondante jurisprudence ultérieure, le Conseil d'État a posé les règles suivantes.
En cas de cumul de fautes ou de faute unique susceptible d'une double qualification, la victime dispose, comme on l'a dit, d'un droit d'option, ce droit ne concerne que la *contribution provisoire*, celle qui règle définitivement (malgré le mot « provisoire ») les rapports de la victime avec la personne qu'elle a choisie de poursuivre.
Entre l'Administration et son agent, il est procédé, après fixation de la contribution provisoire, au règlement de la *contribution finale*. Celle-ci répartit la charge de la réparation entre eux compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées indépendamment de ce qui a été jugé ou décidé au stade de la contribution provisoire.
Les agents publics sont pécuniairement responsables envers leurs Administrations des fautes qu'ils ont commises et qui sont détachables du service, pour lesquelles elles ont été condamnées à payer pour le tout, même si ce paiement résulte d'une transaction (6 août 2008, *Mazière*). Ce droit des Administrations à remboursement est une action récursoire (Paris, 26 juin

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2006, *min. Défense c/ M.*, *AJDA* 2006, p. 1794). Cette action récursoire, lorsqu'elle est exercée par l'Administration contre l'agent responsable, n'emporte pas subrogation aux droits de la victime. Que l'action récursoire soit intentée par l'agent contre l'Administration ou par cette dernière contre son agent, la compétence juridictionnelle pour en connaître appartient exclusivement au juge administratif (TC 26 mai 1954, Moritz; 22 mars 1957, *Jeannier*). Cette règle est logique puisqu'il ne s'agit plus alors que de traiter une question purement interne au service public. Lorsque le dommage a été causé au moyen d'un véhicule, la contribution provisoire relèvera du juge judiciaire (en vertu de la loi du 31 décembre 1957 qui lui réserve les litiges relatifs aux dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque) et la contribution finale relèvera du juge administratif.

La distinction faute personnelle-faute de service n'a pas la même signification à l'intérieur de l'univers administratif que celle qu'elle a dans le cadre des relations victime-agent. Dans la plupart des cas, la faute de service, lors du règlement de la contribution provisoire, ne pourra être que l'organisation défectueuse du service public. La détermination de la contribution finale (ou une partie de celle-ci) à la réparation du dommage lorsqu'il y a faute personnelle commise dans le service ou non dépourvue de tout lien avec le service aboutit à mettre tout ou partie de cette contribution à la charge de l'agent, et non de l'Administration. L'affirmation de l'existence d'une faute personnelle a un aspect plus disciplinaire que patrimonial. C'est ainsi qu'un accident causé par un véhicule de service que des militaires empruntent, à des fins personnelles, provoquera la mise à la charge de ces derniers de tout ou partie de la contribution finale parce que pour le juge administratif il y a non seulement une faute de conduite qui a abouti au dommage, il y a également une faute personnelle de chacun des militaires pour avoir utilisé *« un véhicule de l'armée à des fins étrangères au service »*. Ce qui est d'abord réprimé c'est bien le manquement à la discipline et non le dommage causé à la victime de l'accident (*Jeannier*, préc.) ou la faute de conduite. Cela est si vrai que tous pourront être poursuivis par l'Administration alors que s'il y a faute de conduite, elle ne peut être le fait que du seul chauffeur. Au contraire, le juge civil, en pareille occurrence, ne retient que la faute de conduite.

Il n'y a pas solidarité entre les agents publics coauteurs d'un dommage en ce qui concerne l'action récursoire dont dispose l'Administration à leur égard. La contribution finale de chacun d'eux est proportionnelle à sa part propre de responsabilité. Ceci atteste encore que ce qui est en jeu ce n'est pas d'abord la réparation du dommage ou la garantie de la puissance publique contre l'insolvabilité éventuelle des agents responsables, mais le respect de la discipline du service. Dans tous les cas, la décision de l'Administration de se retourner ou de ne pas se retourner contre le(s) coupable(s) ou seulement certains d'entre eux, est purement discrétionnaire et, de ce fait, elle autorise toutes les dérives, ce que l'on doit regretter.

2 Les régimes spéciaux de responsabilité

167 Les règles étudiées au chapitre précédent s'appliquent dans la plupart des cas de responsabilité d'un service public; ce régime seul y trouvera application. Il existe cependant, à côté de ce droit commun, des services ou des situations soumis à des règles spéciales de responsabilité qui dérogent au droit commun. En effet, les régimes législatifs spéciaux de responsabilité administrative dérogent *ipso facto* au régime général qui se trouve, en ce cas, toujours écarté (19 déc. 1984, *Sté des Ciments Lafarge-France*). Les motifs de ces particularismes sont nombreux. Après avoir étudié le régime de responsabilité des services publics régaliens que sont

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

la législation et la justice (A.), seront examinés quelques autres services publics relevant de régimes dérogatoires (B.).

A. La responsabilité de l'État au titre des services publics régaliens

Parties d'une même idée, celle de l'irresponsabilité de l'État, la fonction législative (1.) et la fonction juridictionnelle (2.) vont évoluer, la première sous la pression du juge, la seconde sous la pression du législateur, vers la reconnaissance d'un droit à réparation des préjudices causés par ces activités régaliennes.

1. La responsabilité de l'État législateur et ses extensions

168 Parce que la loi est un acte de souveraineté et qu'elle incarne au plus haut degré l'intérêt général, il est apparu longtemps impossible de réparer le dommage qu'elle peut causer. Puis, l'idée d'équité ayant fait son chemin, la jurisprudence, dans une importante décision (Ass. 14 janv. 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*, p. 25), mit fin au régime d'irresponsabilité. Elle observe – à propos du préjudice créé à une société fabriquant des produits laitiers, par une loi du 29 juin 1934 réglementant l'usage du mot « crème » dans l'alimentation – 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 »*.

Le régime juridique de la responsabilité du fait des lois a été profondément modifié par la jurisprudence postérieure (Ass. 8 févr. 2007, *Gardedieu*). Désormais, il convient de distinguer selon que cette responsabilité est fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques (§ 166) ou sur une responsabilité objective, pour ne pas dire « fautive » (§ 170). Le contentieux de la responsabilité du fait des lois relève de la compétence exclusive du juge administratif (TC 31 mars 2008, *Sté Boiron*). Le régime de la responsabilité du fait des lois a été étendu à des domaines comparables. Par ailleurs, le juge communautaire a institué un régime particulier de responsabilité de l'État législateur pour violation du droit communautaire.

● Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État législateur fondée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques

169 Étant une responsabilité sans faute, seul un lien de causalité entre une loi et un dommage devra être établi sous la condition que la loi n'ait pas exclu la réparation de ce préjudice.

La volonté du législateur est une condition indispensable. En général, lorsque la loi est fortement marquée d'intérêt général, la réparation du dommage qu'elle peut causer est exclue (Sect. 14 mars 1975, *SCI de la vallée de Chevreuse*).

Comme il l'indiquait dès 1938 dans sa décision *La Fleurette*, le juge se place à trois niveaux d'examen pour apprécier la volonté du législateur qui est rarement explicite. Soit l'exclusion de la réparation est énoncée dans les *« termes mêmes de la loi »* (7 juin 1940, *Synd. du commerce des blés*) ou résulte de *« l'objet de la loi »* (21 janv. 1998, *min. de l'Environnement c/ Plan*), en ce cas le juge en reste là : il n'y aura pas de réparation. Soit la loi est muette et le juge a recours aux *« travaux préparatoires »* de la loi (22 avr. 1970, *Sté des établists L. Rémusat*; Bordeaux 24 juin 2004, *Sté Probal*, à propos de la loi interdisant les appareils distributeurs de bonbons dans les débits de boissons). S'ils sont dans le sens du refus de réparation, celle-ci sera exclue. En cas de silence des travaux préparatoires sur cette question, le juge recourra à *« l'ensemble des circonstances de l'affaire »*, c'est-à-dire au climat comme à la philosophie entourant l'adoption de cette loi (Sect. 25 sept.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1970, *Cne de Batz-sur-Mer et Veuve Tesson*; Ass. 3 déc. 1948, *Sté aéromaritime de l'Atlantique*). Il accordera, ou non, la réparation selon les résultats de cet examen.

Après avoir d'abord jugé (*La Fleurette*, préc.) que le silence de la loi faisait présumer la possibilité de réparer, la jurisprudence s'est ensuite durcie, voyant dans ce silence, au contraire, une impossibilité de réparer, puis elle est revenue à la solution initiale (Sect. 30 juil. 2003, A*ssoc. pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*; 2 nov. 2005, *Sté Coopérative Ax'ion*; 27 juil. 2009, *min. Écologie*, 300040; 1er févr. 2012, *François X. et autres*, 347205). On peut douter de la pertinence de maintenir une condition qui contrevient tant à une exigence constitutionnelle (CC 82-144 DC, 22 oct. 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, considérants 3 à 11) qu'à celle, conventionnelle, du droit au juge (art. 13 Convention EDH).

Le préjudice doit revêtir certains caractères car il s'agit d'une responsabilité sans faute à prouver. Comme l'indique l'arrêt *La Fleurette* le préjudice doit être *« d'une gravité suffisante »* et présenter *« un caractère spécial »*.

Ainsi, a été jugé suffisamment « spécial » le préjudice causé aux bénéficiaires d'une décision de justice par la validation législative postérieure de ce qui avait été condamné par cette décision.

Enfin, le lien entre la loi et le préjudice doit être direct, ainsi en va-t-il quand la loi qui cause le dommage organise elle-même le système de réparation (22 oct. 2003, *Paquet*) ; ce lien ne doit pas être atténué par l'aléa caractérisant l'activité au titre de laquelle la victime sollicite la réparation (1er févr. 2012, *Bizouerne*, 347205, *RFDA* 2012 p. 333, concl. C. Roger-Lacan).

● Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État législateur du fait de la violation de conventions internationales

170 Dans sa décision précitée (Ass. 8 févr. 2007, *Gardedieu*) le Conseil d'État a enrichi le régime de la responsabilité de l'État législateur d'un second volet, lorsque cette responsabilité résulte du préjudice causé du fait du non-respect d'une convention internationale. En l'espèce, il s'agissait de l'atteinte portée par une loi rétroactive validant un acte administratif annulé par le juge, au droit à un procès équitable reconnu par l'art. 6 § 1 de la Convention EDH. Ce n'est pas une responsabilité pour faute (*contra* TA Bordeaux 5 nov. 2008, *Saïd Bouamine*, *AJDA* 2009 p. 1110) mais une « responsabilité objective » ou « de plein droit » (Paris, 4 avril 2007, *Abolivier*). En revanche, la *réparation*, qui n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice de caractères anormal et spécial, couvre l'entier préjudice.

● L'extension de la responsabilité de l'État législateur aux domaines voisins

Le mécanisme de la responsabilité du fait des lois a été transposé *mutatis mutandis* aux conventions internationales et aux règlements administratifs. Il semble aussi susceptible d'extension à la Constitution.

171 *La responsabilité du fait des conventions internationales* a longtemps fait difficulté, notamment en raison de la nature d'actes de gouvernement qui est la leur. Le Conseil d'État a cependant franchi le pas (Ass. 30 mars 1966, *Cie gén. d'énergie radioélectrique*, p. 257). Le préjudice causé par une convention internationale introduite dans le droit interne français est réparable à deux conditions : 1°) sa réparation ne doit avoir été exclue ni par la convention elle-même ni par la loi qui en a autorisé la ratification ; 2°) le préjudice qu'elle cause doit revêtir le même caractère de gravité et de spécialité que ceux requis pour la responsabilité de l'État législateur (§ 168 et s.). Deux limites importantes étaient posées par le juge. La première de ces exigences demeure : le préjudice doit résulter du fait de l'*« incorporation »* de la convention dans l'ordre interne français et non directement de la convention elle-même (Sect. 29 oct.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1976, *min. Aff. Étr. c/ Burgat, Letourneur et Loiseau*, préc.). En revanche, le sort de la seconde exigence est plus incertain. Le droit à réparation a été d'abord subordonné au caractère « régulier » de l'incorporation de la convention internationale en droit interne français (Sect., 13 juil. 1979, *SA COPAREX*), puis cette condition a été abandonnée (29 déc. 2004, *Almayrac et autres*), avant d'être à nouveau exigée (11 févr. 2011, *Mlle Susilawati*, 325253).

Cette jurisprudence a été récemment étendue aux dommages résultant de l'application, par la France – tant en vertu des préambules constitutionnels de 1946 et de 1958 que de la loi du 9 juil. 1991 dispensant d'exécution forcée les bénéficiaires d'immunités –, d'une règle coutumière internationale, celle de l'immunité d'exécution accordée aux actes accomplis en France par un État étranger ou ses représentants diplomatiques (Sect. 14 oct. 2011, *Om Hashem Saleh et autres*, 329788, *RFDA* 2012 p. 46, concl. C. Roger-Lacan).

172 *La responsabilité du fait des règlements légalement pris* a été calquée sur celle du fait des lois. Elle ne concerne que les règlements réguliers ; lorsqu'ils sont irréguliers, c'est le régime de la responsabilité pour faute qui joue (*cf.* § 92).

Deux conditions doivent être remplies pour que soit réparé le préjudice résultant d'un tel règlement. La première condition est négative : le règlement ne doit pas avoir été pris dans un but d'ordre public (Sect. 14 oct. 1955, *Sté Piscine Lutetia*). La seconde condition est positive et bien connue : le préjudice doit être spécial et anormal (Sect. 22 févr. 1963, *Cne de Gavarnie*, p. 113).

Une différence notable sépare la responsabilité du fait des lois et celle du fait des règlements : alors que le législateur peut s'exonérer de toute responsabilité du moins lorsque celle-ci ne résulte pas de la violation d'une convention internationale, le pouvoir réglementaire ne le peut pas.

173 *La responsabilité du fait de la Constitution* a été admise dans son principe, même si elle a été écartée en l'espèce (Paris 8 oct. 2003, *Demaret*).

● La responsabilité de l'État législateur et le droit communautaire

174 La responsabilité de l'État ne peut pas être engagée du fait de l'application du droit communautaire car celle-ci revêt une automaticité qui place l'État en situation de compétence liée (Sect. 12 mai 2004, *Sté Gillot*). La jurisprudence de la CJUE est également en ce sens (voir ci-dessous).

En revanche, s'agissant de la violation du droit communautaire même lorsque celle-ci est imputable au législateur, la CJUE a jugé, dans une série de décisions capitales (5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur, et Factortame III* ; 26 mars 1996, *British Telecom* ; 23 mai 1996, *Hedley Lomas*), que l'État doit indemniser les victimes des préjudices en résultant.

Le droit à réparation est reconnu par la CJUE *« dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que sa violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées »* (§ 52).

Pour cela il faut qu'il y ait eu violation directe d'une disposition du droit communautaire ou d'un principe caractéristique de l'ordre communautaire.

Il faut encore que l'État ait disposé d'une importante marge d'appréciation lors de l'adoption de la loi. En cas de compétence liée, le législateur national, qui n'a fait qu'appliquer mécaniquement le droit communautaire, ne saurait voir sa responsabilité engagée.

Il faut également qu'il y ait eu « violation caractérisée » du droit communautaire, ce qui semble induire une responsabilité pour faute de l'État à raison de l'exercice de sa fonction législative : s'il en était bien ainsi, ce serait un bouleversement considérable, d'où un important débat doctrinal et jurisprudentiel ouvert sur cette question. Il faut reconnaître que le système actuel de responsabilité sans faute impose des conditions draconiennes qui rendent très rares les condamnations de l'État législateur à raison des préjudices qu'il cause de ce

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

chef. Or cette rareté des condamnations ne satisfait évidemment pas aux exigences communautaires. Une évolution (révolution ?) est devenue inévitable, surtout depuis la décision d'Assemblée *Gardedieu*, du 8 févr. 2007, précité.

Ce système de responsabilité est également applicable dans l'hypothèse où la violation du droit communautaire découle d'une décision rendue par une juridiction statuant en dernier ressort (CJCE 30 sept. 2003, *Köbler*). Il faut, pour que cette violation ouvre droit à réparation, que soient réunies les conditions indiquées ci-dessus.

2. Le système de la responsabilité pour faute de l'État-juge

175 Le principe originel d'irresponsabilité de l'État à raison de la fonction juridictionnelle était fondé sur la force de vérité légale qui s'attache aux décisions de justice puisqu'elles doivent être tenues pour la vérité : *« res judicata pro veritate habetur »*. Une certaine évolution s'est fait jour, notamment à partir de la loi du 17 juillet 1970 qui institue une indemnisation au profit des personnes détenues provisoirement et à l'égard desquelles la procédure pénale s'est conclue définitivement par un non-lieu, une relaxe ou un acquittement pur et simple. C'est la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 qui a mis fin, dans son article 11 (devenu L 781-1 du Code de l'organisation judiciaire), au régime d'irresponsabilité. Elle a été complétée par la loi organique n° 79-43 du 18 janvier 1979 en ce qui concerne la responsabilité des magistrats pour faute personnelle. Selon le premier de ces textes : *« L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice. »*

Répondant à l'objection tirée de ce que l'existence d'un régime de responsabilité propre au service de la justice, parce que fondé sur l'obligation de la preuve d'une faute lourde, priverait le justiciable d'accès au juge, la Cour de cassation observe, avec une certaine sécheresse, qu'il n'en est rien, les exigences d'un procès équitable au sens de l'art. 6 § 1 de la Convention EDH étant, selon elle, satisfaites (Cass. Plén. 23 févr. 2001, *Cts Bolle-Laroche*).

● Portée de la responsabilité de l'État-juge

176 La justice étant « rendue de façon indivisible au nom de l'État » quelle que soit la juridiction qui a pris la décision, il en résulte que son fonctionnement défectueux ne peut engager que la responsabilité de l'État (Sect. 27 févr. 2004, *Popin*, concernant les juridictions universitaires).

L'art. 11 de la loi de 1972 s'applique non seulement aux actes proprement juridictionnels mais également à tous les actes matériels préparant ou exécutant des décisions de justice. Il vaut pour toutes les juridictions de l'ordre judiciaire mais pas pour les juridictions administratives. Pour ces dernières, la jurisprudence du Conseil d'État a institué un régime spécifique d'abord limité aux seuls dommages résultant des conditions dans lesquelles le juge administratif a statué (Ass. 29 déc. 1978, *P. Darmont*) puis étendu à la réparation des dommages causés par le contenu même de la décision de justice quand il y a « violation manifeste du droit communautaire » et, semble-t-il, seulement en ce cas (18 juin 2008, *Gestas*). De plus, cette loi ne s'applique pas aux situations régies par des textes particuliers comme la loi précitée de 1970.

● Conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'État-juge

177 La responsabilité de l'État peut, tout d'abord, être engagée pour *déni de justice*. Il faut entendre par là les cas dans lesquels *« les juges refusent de répondre aux requêtes en négligeant les affaires en état et en tour d'être jugées »* (ancien art. 506 C. proc. pén.). Cette responsabilité peut, ensuite, être engagée pour faute lourde. La Cour de cassation, dans le dernier état de sa jurisprudence, donne une interprétation très large de la notion de faute lourde, entendant

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

par là *« toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »* (Cass. Plén. 23 févr. 2001, *Cts Bolle-Laroche*, préc.).

L'alinéa 3 précise que l'État garantit les victimes des dommages causés par les fautes personnelles des juges sous réserve de son droit d'action récursoire contre eux. La faute personnelle d'un juge ou d'un magistrat de l'ordre judiciaire peut donc engager la responsabilité de l'État. D'une part, les mots « juges » et « magistrats » ne doivent pas être pris trop strictement, ils concernent aussi les divers collaborateurs du service public de la justice. D'autre part, l'expression « faute personnelle » doit être entendue dans un sens plus large que celui qu'elle a ordinairement en droit administratif.

La juridiction compétente pour connaître de cette action est la juridiction judiciaire. Lorsque l'État exerce son action récursoire contre un magistrat pour faute personnelle, la juridiction compétente est l'une des chambres civiles de la Cour de cassation.

B. Les systèmes législatifs spéciaux de responsabilité de l'État au titre des autres services publics

Ce sont des régimes de responsabilité divers et disparates, établis par des textes aux motivations multiples. Tantôt ce sont des régimes d'atténuation de la responsabilité administrative (1.), tantôt ce sont des régimes d'aggravation du droit commun de la responsabilité (2.), tantôt ce sont des régimes de substitution automatique de la responsabilité de l'État à celle de ses agents (3.).

1. Les régimes d'atténuation de la responsabilité administrative

● Dommages de guerre

178 *Les dommages de guerre par nature* ne donnent pas lieu en principe à réparation sauf loi expresse (23 juil. 2010, *Sté Touax et autre*, 328757, à propos de bombardements français sur la Yougoslavie dans le cadre de l'OTAN, en 1999). Or un tel texte intervient en réalité toujours après un conflit (lois du 17 avr. 1919 pour la Première Guerre mondiale et du 28 oct. 1946 pour la Seconde Guerre mondiale). Les dommages de guerre relèvent d'un régime de réparation exclusif de toute idée de faute. Étant un régime de solidarité nationale, il exclut toujours les étrangers de son bénéfice, sauf s'agissant des étrangers ayant servi dans des formations militaires françaises. *Les dommages de guerre par assimilation*, qui ne résultent donc pas directement de faits de guerre, sont soumis au droit commun de la réparation des dommages causés par les services publics.

2. Les régimes d'aggravation du droit commun de la responsabilité administrative

On se bornera à quelques exemples.

● Pensions et rentes d'invalidité des fonctionnaires

179 Traditionnellement, le fonctionnaire victime, pendant l'accomplissement de son service (4 juil. 2007, *Caisse des Dépôts et Consignations*, 276600 : est un accident de service tout accident qui se produit pendant que l'agent effectue son service), d'un dommage corporel imputable au service dont il relève avait droit à une réparation forfaitaire excluant toute indemnisation supplémentaire (Sect. 16 oct. 1981, *Guillaume et Germanaud*).

Cette règle, d'abord atténuée en 2000, a été abandonnée (Ass. 4 juil. 2003, *Moya-Caville*). Le fonctionnaire victime d'un accident de service a droit à la réparation de l'intégralité des

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

dommages et donc, le cas échéant, à une action en complément d'indemnisation au-delà du forfait de pension, si celui-ci se révèle insuffisant. Ce principe joue aussi bien quand la responsabilité est fondée sur la preuve de l'existence d'une faute que lorsqu'elle est déclenchée en l'absence de faute ; il a été étendu aux allocations temporaires d'invalidité comme aux rentes d'invalidité (25 juin 2008, *Baron*).

Le forfait de pension est écarté et le droit commun reprend son empire : lorsque le dommage corporel est imputé à une personne publique autre que celle qui a la charge de la pension (19 mai 1922, *Treyssat*) ; lorsqu'est causé un dommage matériel ; lorsque les ayants-droit n'entrent pas dans le champ d'application du forfait de pension ou lorsque la victime n'est qu'un auxiliaire du service public.

L'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 institue des règles particulières lorsque le dommage subi par un agent public et indemnisé par l'État ou certaines autres personnes publiques est le fait d'un tiers (art.1er, droit de subrogation au bénéfice de l'État) ou lorsque la victime engage une action contre le tiers auteur du dommage (art. 3, obligation d'appeler l'État dans l'instance ; v. aussi : 6 nov. 2009, *Philippe X.*, 311892).

● Accidents imputables aux vaccinations obligatoires

180 Depuis la loi du 26 mai 1975 (aujourd'hui loi du 9 août 1984 et art. L. 3111-9 c. santé publ.) les dommages causés par une vaccination légalement obligatoire engageaient, sans faute à prouver, la responsabilité de la puissance publique ; désormais cette réparation incombe à l'*ONIAM* au titre de la solidarité nationale (art. L. 3111-9 c. santé publ. et 1er juin 2011, *ONIAM*, 340096). Lorsqu'une vaccination, jusque-là obligatoire, cesse de l'être, ce régime de responsabilité ne joue plus. La prescription quadriennale est seule applicable ici, non la prescription décennale instituée par la loi du 4 mars 2002 en matière de responsabilité médicale (13 juil. 2011, *ONIAM*, 345756).

La loi fait obligation au médecin de déclarer les vaccinations auxquelles il procède.

Ces solutions s'appliquent aussi bien aux vaccinations obligatoires pour l'ensemble de la population qu'à celles qui ne le sont que pour certaines catégories de personnes.

● Indemnisations des victimes des essais nucléaires français

181 La loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 crée « un droit à réparation intégrale des préjudices subis par les personnes souffrant d'une maladie radio-induite résultant des essais nucléaires français ». Il s'agit d'un régime fondé, assez libéralement, sur une présomption de causalité mais qui repose sur une définition très restrictive des personnes susceptibles d'en être bénéficiaires.

● Dommages provenant de l'énergie nucléaire

182 La gravité des dommages susceptibles de survenir du fait de la production, du stockage, du transport et de l'exploitation de l'énergie nucléaire (centrales, navires) a imposé des solutions particulières en matière de responsabilité, en application de diverses conventions internationales (Paris 1960 et 1982, Bruxelles 1963, 1971, Vienne 1963, 1997, Convention sur la réparation complémentaire, 1997) modifiées ainsi que des lois du 12 novembre 1965, du 30 octobre 1968, du 29 novembre 1968, du 16 juin 1990 et des 13 juin et 5 juil. 2006.

L'exploitant d'installations nucléaires (lois du 30 oct. 1968, du 16 juin 1990 et du 5 juil. 2006, sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire) est soumis à un régime de responsabilité sans faute aggravée puisqu'il ne peut invoquer aucune cause d'exonération de responsabilité. Sa responsabilité est fixée à un maximum de 700 millions d'euros, dit « 1re tranche ». Au-delà, l'indemnisation est assurée par chaque État partie aux conventions précitées jusqu'à un plafond de 1,2 milliard d'euros (dit « 2e tranche ») qui, en France, est à la charge

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

de la Caisse centrale de réassurance. Enfin, la 3e tranche, jusqu'à un plafond de 1,5 milliard d'euros, est couverte par un fonds inter-étatique alimenté par les contributions des États membres selon des clés de répartition fixées par les conventions internationales. L'action en responsabilité relève de la compétence exclusive du tribunal de grande instance de Paris. Elle se prescrit par trois ans.

L'exploitant d'un navire nucléaire ainsi que tout transporteur nucléaire (lois du 12 nov. 1965, du 29 nov. 1968 et du 13 juin 2006, sur la transparence et la sûreté nucléaires) est responsable sans faute à prouver jusqu'à un plafond de 80 millions d'euros pouvant être porté, à certaines conditions, à 1,2 milliard d'euros. Si l'État où s'est produit le sinistre n'a pas retenu ce plafond, la responsabilité est illimitée. Le juge judiciaire est compétent pour connaître de ce contentieux.

● Dommages subis par les élus locaux et les présidents de délégations spéciales dans l'exercice de leurs fonctions

183 Les collectivités territoriales sont responsables, en dehors de toute idée de faute, des dommages subis par les élus locaux qui les dirigent. Lorsque les organes habituels de la collectivité ne sont pas en état de fonctionner, il appartient à l'État et à ses représentants locaux de désigner des administrateurs provisoires, composant des *délégations spéciales* : les dommages subis par leurs présidents dans l'exercice de ces fonctions provisoires relèvent du régime ci-dessus. La loi fixe, pour chaque catégorie de collectivités territoriales, les règles de cette responsabilité (Ass. 6 juin 1969, *Cne de Sains*). Normalement, sont réparés à ce titre aussi bien les dommages corporels que les dommages matériels.

● Dommages causés par les attroupements et les rassemblements

184 La loi a prévu que l'État est *« civilement responsable des dégâts et des dommages résultant de crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés soit contre les personnes, soit contre les biens »* (art. L. 2216-3 CGCT).

Ce régime s'applique à un attentat contre un pylône d'EDF, préparé et exécuté par plusieurs personnes (4 nov. 1985, *COREP de l'Aude*), à des barrages routiers (Ass., Avis, 20 févr. 1988, *Sté Études et constructions de sièges pour automobiles et autres*) ou à des violences urbaines (Sect. 29 déc. 2000, *AGF*), y compris lorsqu'elles sont habituelles (par ex. après des matches de football : Marseille 20 oct. 2003, *min. Int. c/ Sté Borgo Voyages*). Dans tous les cas, il doit s'agir de rassemblements ou d'attroupements précisément identifiés (27 mai 2009, *Zurich Insurance Ltd et autres*, 305232).

Le bénéfice de la réparation est ouvert aux tiers mais aussi aux manifestants ; il joue également lorsque les dommages ne sont pas le fait des manifestants eux-mêmes mais des forces de police chargées de rétablir l'ordre (TC 2 déc. 1941, *Ép. Cuvillier*). Lorsque des personnes publiques sont victimes de tels dommages, elles bénéficient également de ce régime.

Pour obtenir réparation, il faut mais il suffit de prouver l'existence d'un lien direct et certain de causalité entre les violences de la manifestation et les dommages subis (27 mai 2009, *Zurich Insurance Ltd et autres*, préc.) car il s'agit d'un régime de responsabilité sans faute à prouver (30 juin 1999, *Foucher* ; 25 juil. 2007, *SNC LOGIDIS*), mais la faute de la victime constitue une cause d'exonération, partielle ou totale, de la responsabilité. En revanche, la victime d'un attroupement ou d'un rassemblement n'a pas à prouver la spécialité ou l'anormalité du préjudice (Nantes 3 mai 1995, *min. de l'Int. et de l'Aménagmt du territoire*).

Ce régime s'applique quel que soit le mode sous lequel fonctionne la police municipale, étatisé ou non (voir § 274). Il a pour effet de substituer la responsabilité de l'État à celle de la commune, sous réserve d'une action récursoire éventuelle de l'État contre la commune. C'est donc, à la fois, un régime d'aggravation et un régime de substitution de responsabilité.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

La compétence contentieuse appartient exclusivement aux juridictions administratives (TC 19 déc. 1988, *Santacroce*).

● Dommages causés par les aéronefs

185 Ce régime n'est pas propre aux aéronefs qui sont la propriété d'une personne publique, il concerne tous les aéronefs (Sect. 8 mars 1957, *Caisse primaire centrale de sécurité sociale de la région parisienne*). Les dommages causés à la surface du sol par les aéronefs engagent, sans faute à prouver, la responsabilité de leurs propriétaires (loi du 31 mai 1924). Il n'existe qu'une seule cause d'exonération, la faute de la victime. La réparation doit couvrir aussi bien les dommages matériels que les dommages corporels.

● Dommages militaires en temps de paix

186 En temps de paix, des dommages peuvent survenir, aux biens comme aux personnes, du fait de manœuvres militaires, exercices de tirs, déplacements de troupes et d'engins militaires, stationnement de troupes, logement et cantonnement de celles-ci. De nombreux textes (lois du 3 juillet 1877 modifiée, du 17 avril 1901, du 20 juillet 1918, ordonnance du 6 janvier 1959, etc.), spécifiques à chaque type d'activité militaire, sont intervenus pour fixer le régime juridique de la réparation des dommages qu'ils causent. Ils instituent tous des cas de responsabilité sans faute, la faute de la victime ou la force majeure étant des hypothèses d'exonération de cette responsabilité.

On rappelle ici le principe de répartition des compétences juridictionnelles bien que celui-ci ne soit pas toujours respecté par ces textes : la compétence pour connaître des litiges relatifs aux dommages causés aux biens matériels appartient au juge judiciaire, celle concernant les dommages aux biens incorporels et aux personnes relève du juge administratif.

● Dommages corporels résultant d'une infraction

187 La loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 modifiée (codifiée aux art. 706-3 à 706-14 C. proc. pén.) permet aux victimes d'accidents corporels (ou à leurs ayants-droit), résultant de faits, volontaires ou non, ayant le caractère matériel d'infractions, d'obtenir une indemnisation de la part du fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions dans les conditions qu'elle précise. Ce droit est également ouvert à l'assureur en tant qu'il est subrogé dans les droits de l'assuré (art. L. 121-12 C. assur.). Celui-ci peut se retourner contre l'État même dans le cas où aucune faute des services de l'État n'aurait contribué à la réalisation du dommage (Sect., Avis, 16 févr. 1990, *GAN*).

Cet accident doit revêtir plusieurs caractères : 1°) il faut qu'il ait entraîné la mort ou une incapacité physique permanente, ou une incapacité totale de travail personnel supérieure à un mois ; 2°) il faut qu'il ait provoqué une perte ou une diminution de revenus ou un accroissement de charges tel que la victime se trouve, en conséquence, dans une situation matérielle grave ; 3°) l'auteur de l'infraction ne doit pas avoir été retrouvé, ou la réparation, à un titre quelconque, doit s'avérer impossible. Sont réparés à ce titre, outre les dommages corporels ou matériels, les préjudices commerciaux (Ass., Avis (deux), 6 avr. 1990, *SNCF et COFIROUTE*). Il s'agit d'une responsabilité sans faute. Le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, lorsqu'il l'a indemnisée, est subrogé aux droits de la victime, d'où l'obligation pour le juge administratif, à peine d'irrégularité de son jugement, de mettre en cause le fonds de garantie dans l'instance dont il est saisi afin, d'une part, de permettre à celui-ci d'exercer son droit de subrogation et, d'autre part, de s'assurer qu'il ne procédera pas, s'il donne suite à la demande de condamnation, à une double indemnisation des mêmes préjudices (7 avr. 2010, *Hichame A. et autres*, 333407). La loi du 1er juil. 2008 crée de

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

nouveaux droits pour les personnes physiques victimes d'une infraction non visées aux articles précités du code de procédure pénale.
Ce régime est exclu lorsque la victime relève, en même temps, du régime des accidents de service dont aucun tiers n'est responsable (Cass. 2e civ., 30 juin 2005).

● Dommages subis par les victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions

188 La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 modifiée institue en ce domaine un régime de responsabilité sans faute. La réparation des dommages corporels est effectuée par un fonds de garantie qui dispose d'un droit de subrogation contre l'employeur de l'agent public qu'il a indemnisé (Bordeaux 2 oct. 2007, *Fonds de garantie des victimes…*). La réparation des dommages aux biens est prévue par les contrats d'assurances de biens. Ceux-ci ne peuvent exclure la garantie du contrat pour ces dommages dès lors qu'ils sont commis sur le territoire français : une telle exclusion serait contraire à l'ordre public. Ce système couvre toutes les personnes, françaises ou étrangères, victimes de tels actes sur le territoire français, ainsi que tous les Français victimes de ces actes à l'étranger.

● Indemnisation des victimes contaminées par le virus du sida lors d'une transfusion sanguine ou par l'usage de l'amiante

189 La loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 institue une responsabilité sans faute de l'État envers les personnes ayant contracté un sida post-transfusionnel. Celles-ci n'ont même pas à établir un lien de causalité entre la transfusion et la maladie. Il leur suffit de justifier qu'à la fois elles sont atteintes de ce syndrome et elles ont été transfusées au moyen de produits sanguins ou dérivés du sang. La loi établit ainsi une sorte de *présomption de lien de causalité*.
L'indemnisation est assurée par un fonds de garantie alimenté à la fois par les deniers publics et par un prélèvement sur les ressources des compagnies d'assurance, c'est-à-dire les cotisations des assurés. La réparation est intégrale car elle doit couvrir tous les chefs de préjudice. Les décisions rendues par le fonds sont susceptibles de recours devant la cour (judiciaire) d'appel de Paris.
Une solution comparable a été adoptée pour les victimes de l'exposition à l'amiante, par le moyen du *Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante* (FIVA). L'inertie prolongée de l'État ayant été considérée comme fautive dans la contamination par l'amiante, le FIVA s'est vu reconnaître par la jurisprudence le bénéfice d'une action subrogatoire contre l'État (Versailles 13 mars 2007, *Comité anti-amiante de Jussieu et autre*).

● Dommages résultant des opérations spatiales

190 La loi n° 2008-518, du 3 juin 2008, relative aux opérations spatiales, institue deux régimes de responsabilités du fait de celles-ci. D'une part, les dommages causés au sol ou dans l'espace aérien engagent de plein droit (sauf faute de la victime) la responsabilité de leur auteur. D'autre part, pour les autres dommages, la responsabilité ne peut être engagée que pour faute prouvée.

● Responsabilité environnementale

191 La directive du 21 avril 2004 et la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale ont prévu qu'en matière de dommage écologique la réparation doit revêtir exclusivement la forme d'une réparation en nature : la remise en état. Cette obligation ne concerne que les ressources naturelles, les dommages à l'eau, au sol et aux espèces et habitats naturels. De plus, pour relever de ce régime de réparation en nature le dommage

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

doit être « grave ». Par ailleurs, certaines activités dommageables sont exclues de cette obligation de réparation (pollution par hydrocarbures, risque nucléaire). Cette responsabilité sans faute connaît deux causes d'atténuation : la force majeure et l'autorisation administrative qui joue le rôle d'un fait justificatif. La charge de la réparation incombe normalement à l'exploitant de l'activité polluante et, à défaut, à la personne publique titulaire du pouvoir de police administrative sur les activités visées par ces textes.

3. Les régimes de substitution de la responsabilité de la puissance publique à celle de ses agents

Dans ces régimes, la victime doit demander réparation du préjudice subi non à l'auteur de celui-ci mais à l'État ainsi substitué à lui. C'est une responsabilité pour faute.

● Véhicules administratifs

192 La loi du 31 décembre 1957, qui attribue compétence exclusive aux tribunaux de l'ordre judiciaire pour statuer sur les actions en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque, a, en même temps, institué un régime de substitution de la responsabilité de l'État à celle de ses agents.
À l'égard des tiers, la responsabilité de la puissance publique pour le compte de laquelle travaillait l'agent auteur du dommage au moment où celui-ci est survenu, est substituée à celle de cet agent. Ce régime s'applique même aux véhicules utilisés pour la réalisation de travaux publics ; en revanche, lorsque le véhicule administratif n'a joué qu'un rôle partiel dans la réalisation du dommage, le régime légal dérogatoire ne s'applique que dans cette proportion (16 nov. 1992, *SA Entr. Razel Frères c/ Girard et autres*).
Toutes les règles régissant les véhicules s'appliquent de plein droit aux véhicules administratifs, ainsi la loi du 5 juillet 1985 sur l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et l'accélération des indemnisations.
Dans tous les cas, le véhicule administratif doit avoir été la *cause déterminante* du dommage ; à défaut, la compétence appartient au juge administratif (TC 12 déc. 2005, *GDF et France Télécom*, 2 arrêts).

● Dommages causés aux élèves ou par les élèves de l'enseignement (public ou privé sous contrat)

193 La loi du 5 avril 1937 (art. 2), modifiant celle du 20 juillet 1889, codifiée à l'art. L. 911-4 du Code de l'éducation, dispose : *« Dans tous les cas où la responsabilité des membres de l'enseignement public est engagée à la suite ou à l'occasion d'un fait dommageable commis, soit par des enfants ou jeunes gens, et qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions, soit à ces enfants ou jeunes gens dans les mêmes conditions, la responsabilité de l'État sera substituée à celle desdits membres de l'enseignement qui ne pourront jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants. »* Ces règles ont été étendues, comme cela est logique, aux établissements d'enseignement privés ayant conclu avec l'État un contrat d'association à l'enseignement public (décret n° 60-389 du 22 avr. 1960, art. 10 : Cass. civ. 2e, 16 mars 1994). Ce régime s'applique à tout dommage subi par les usagers de l'Éducation nationale même quand ce service public relève d'autres personnes publiques (Lyon, 12 déc. 2006, *Consorts T.*).
Cette loi n'établit qu'une substitution de responsabilité, non une responsabilité sans faute ou, comme on l'a parfois – à tort – soutenu, une présomption de faute (Sect. 27 mai 1983, *CPAM des Ardennes c/ Soulard*). Cette substitution joue même quand une infraction pénale est à l'origine du dommage (Cass. crim. 20 sept. 2006). Il appartient à la victime de rapporter la preuve d'une faute.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

L'action contre l'État se prescrit par trois ans mais, étant une prescription ordinaire, elle ne court pas contre les mineurs. L'État dispose d'une action récursoire contre l'auteur réel du dommage même si celui-ci a commis une faute personnelle (*cf.* Cass. Civ. 2e, 2 mars 1994), le juge administratif étant seul compétent pour en connaître (13 juil. 2007, *min. Éduc. nat., enseignemt sup. et recherche*, 297390) sauf s'il s'agit d'un enseignant de l'enseignement privé.
Les tribunaux judiciaires ont plénitude de juridiction quelle que soit la nature juridique de la faute commise (TC 31 mars 1950, *Gavillet*), faute personnelle ou faute de service (TC 4 mai 1987, *Legendre c/ Fabricius*), faute civile ou faute pénale (Cass. crim. 20 sept. 2006). Les juridictions administratives retrouvent leur compétence : 1°) quand la faute est imputable à des agents publics n'ayant pas la qualité de « membres de l'enseignement » (éducation surveillée : Sect. 3 févr. 1956; *min. Justice c/ Thouzellier*; agents des établ. hospitaliers : TC 13 févr. 1984, *Bousmaha*) ou ne participant pas à une activité d'encadrement à des fins éducatives (tels les agents communaux des cantines scolaires : TC 30 juin 2008, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Groupama*); 2°) quand l'accident résulte d'un dommage de travail public; 3°) quand est en cause l'organisation défectueuse du service public de l'enseignement (3 nov. 1978, *CPAM de Béziers-St Pons*).

● Dommages causés par les services des assemblées parlementaires

194 L'art. 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 dispose : *« L'État est responsable des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires. »*
Dans ce système, qui n'est que de substitution de responsabilité, la victime doit apporter la preuve d'une faute.
Par « assemblées parlementaires » il faut entendre l'Assemblée nationale, le Sénat et le Congrès mais pas le Conseil économique, social et environnemental. Par « services » de ces assemblées il faut comprendre l'ensemble des personnes qui, sous l'autorité du président et des questeurs de chacune d'elles et sans avoir la qualité de parlementaires, assurent le fonctionnement matériel de chaque assemblée (huissiers, appariteurs, secrétaires, sténodactylographes, etc.) et les personnes ayant la qualité de parlementaires, lorsqu'elles n'agissent que comme organes administratifs des assemblées.
La compétence juridictionnelle appartient exclusivement au juge administratif y compris en cas d'action en responsabilité formée par un organe parlementaire (3 juin 1987, *Assemblée nationale*, à propos d'une action en garantie décennale).

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

M. Becet, « L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'Administration », *Mélanges M. Stassinopoulos*, 1974, p. 165.
P. Girod, *La réparation du dommage écologique*, LGDJ, 1974.
O. Gohin, « La responsabilité de l'État en tant que législateur », *Rev. Int. Dr. Comp.* 1998, p. 595.
S. Kouatly, *La responsabilité de la puissance publique du fait des règlements*, Thèse Paris, 1954.
R. Letteron, « Le juge administratif et la responsabilité du fait des attroupements », *RDP* 1990, p. 489.
F. Sarda, *Les responsabilités des juridictions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999.
D. Simon, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire », *AJDA* 1996, p. 489.
G. Wiederkher, « La responsabilité de l'État et des magistrats du fait de la justice », *Justices* 1997 n° 5, p. 13.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

POUR ALLER PLUS LOIN

M. BERNARD, « Conclusions sur Ass. 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radio-électrique* », *RDP* 1966, p. 778 : des conclusions essentielles pour convaincre le Conseil d'État d'admettre la responsabilité du fait de certains actes de gouvernement, les conventions internationales incorporées dans l'ordre interne français.

S. BOISSARD, « Faute personnelle et faute de service : le partage de responsabilité entre l'État français et ses agents pour la déportation des Juifs sous l'Occupation », *Conclusions sur Ass. 12 avril 2002, Papon*, *RFDA* 2002, p. 582 : un cas particulièrement illustratif de la règle du partage des responsabilités entre l'Administration et ses agents.

A. COURRÈGES, « Conclusions conformes sur 31 décembre 2008, *Société foncière Ariane* », *RFDA* 2009 p. 311 : sur la distinction, très claire ici, entre action récursoire et action subrogatoire.

M. WALINE, « *Note sous Ass. 28 juillet 1951, Laruelle et Delville*, 2 arrêts », *RDP* 1951, p. 1087 : la fin de l'anormale irresponsabilité des fonctionnaires envers l'État condamné à leur place. Cette note est à relier aux conclusions ci-dessus de S. Boissard.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

5

Le service public

195 L'action de l'Administration se rattache à la fonction exécutive, elle consiste en la satisfaction de l'intérêt général des administrés. Il est plusieurs manières de satisfaire les besoins des administrés. Cela peut prendre la forme d'aides (aide financière ou juridique, prêt de locaux ou de matériel, autorisations diverses, mises d'agents à disposition, etc.) apportées à des activités privées qui concernent l'intérêt général (Secours catholique, Restos du cœur ou Chiffonniers d'Emmaüs de l'abbé Pierre, etc.); dans ce cas l'activité demeure purement privée. La puissance publique peut également décider de confier une activité à une personne, normalement privée, ou de la prendre directement en charge elle-même : celle-ci se trouve, de ce fait, érigée en un *service public*. À cet égard il est fondamental de rappeler ici que *« les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service qui leur incombent par leurs propres moyens ; qu'il leur appartient en conséquence de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur sont confiées appelle le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci ; que ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter des activités privées de même nature »* (Ass. 26 oct. 2011, *Assoc. pour la promotion de l'image et autres*, 317827). La création, la gestion et le fonctionnement de services publics incarnent, au plus haut point, cet intérêt général.

L'expression « service public » désigne à la fois ce que fait l'Administration et l'organisme qui le fait, d'où l'ambiguïté essentielle de cette notion par l'étude de laquelle il faut commencer (1.) avant de décrire les modes de gestion des services publics (2.) et leur statut juridique (3.).

1 La notion de service public

196 La notion de service public est, en même temps, l'une des plus complexes du droit administratif, l'une des plus utilisées par lui et, probablement, la plus importante (A. à C.). Auparavant, il convient de faire état d'un courant doctrinal qui prône l'abandon de l'expression « service public » au profit de celle de « service d'intérêt général », la seule qui soit connue en droit communautaire (v. en particulier, Didier Truchet, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 1re éd., 2008, p. 320-321). En effet, ce dernier droit, dans le souci d'une libre circulation des personnes et des biens dans l'Union européenne et d'un ajustement aussi libre que

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

possible de l'offre et de la demande, dans l'intérêt du consommateur européen, est fondé sur les idées d'égalité, de transparence et de libre concurrence. Dans cette conception, le « service public », sous l'appellation de « service d'intérêt général » (*cf.* notamment l'art. 90 § 2, du Traité de 1957) est une exception : il n'est possible de déroger aux règles qui fondent le marché unique intracommunautaire que lorsqu'il est démontré que l'on ne peut pas faire autrement, cette exception c'est, proprement, le « service d'intérêt général » (ou « SIG » qui peut être économique [S.E.I.G.], social [S.S.I.G.]...). Aujourd'hui, les choses ont un peu évolué et, de façon générale, il est admis de voir dans le « S.I.G. » plus et mieux qu'une simple exception ou dérogation aux exigences du droit communautaire : il est, à certaines conditions, une forme légitime d'action pour autant que soit démontrée, en chaque cas concret, la pertinence du recours à cette modalité juridique d'action et d'organisation (v. § 202 : « le service universel » communautaire). D'où l'abandon prôné par certains de l'expression « service public ». Celle-ci a joué un rôle immense dans la construction et dans le développement du droit administratif français ; malgré sa grande complexité contemporaine, elle n'a pourtant pas démérité. Elle est sans doute à la source des notions communautaires susrappelées et c'est la force persuasive de la vision sur laquelle elle repose qui a pesé d'un poids déterminant dans l'évolution de l'attitude du juge communautaire à son égard. Parce que, en définitive, la querelle semble plutôt d'ordre sémantique que substantielle, nous conserverons encore, pour l'instant, l'appellation de « service public ».

A. L'évolution de la notion de service public

L'appellation et, en partie, la chose « service public », datent, au sens moderne de l'expression, du XIX^e^ siècle (1.) ; l'histoire du service public est bicentenaire, suivant ainsi les mutations politiques, économiques et philosophiques qui ont caractérisé, depuis, l'État et l'évolution de son droit (2.).

1. La gloire du service public (jusqu'en 1921)

C'est la période ultraclassique de l'État libéral. Le « laissez-faire, laissez-passer » domine. L'action de l'État sur la société ne se conçoit que de façon limitée. Il y a peu de services publics mais tout ce que fait l'État est service public, et il n'y a pas de service public en dehors de l'action d'une personne publique.

● Doctrine

197 À la doctrine de droit public, l'État va apparaître comme un ensemble de services publics. Duguit (« chef » de l'école de Bordeaux qui exercera une influence considérable en son temps) – qui a trop lu Proudhon, sur ce point –, l'« anarchiste » Duguit, contempteur de l'État, ne voit dans celui-ci qu'une fédération de services publics. Étroitement inspirée des doctrines solidaristes d'un Alfred Fouillée, d'un Ernest Renouvier, l'école du service public va développer une « doctrine » du service public qui ne va pas tarder à devenir une mystique du service public. C'est l'époque où l'on peut établir sous une forme circulaire l'identité remarquable suivante dont tous les éléments sont réversibles : État = service public = application du droit administratif = compétence du juge administratif. Tout ce que fait l'État entre dans la catégorie des services publics, est soumis au régime juridique du droit administratif et à la compétence contentieuse des juridictions de l'ordre administratif.
Dès cette époque, va surgir une question, qui deviendra bientôt lancinante : à quoi reconnaît-on un service public ? Quel est le critère du service public ? La portée de la question était considérable puisqu'en y répondant étaient résolues en réalité trois questions : détermina-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

tion de la présence, ou non, d'un service public ; délimitation du champ d'application du droit administratif (puisque c'est alors le seul droit applicable aux services publics) ; fixation de l'étendue de la compétence du juge administratif. Cela découle de l'identité établie plus haut car tout s'enchaîne.

Tel était le résultat remarquable de la systématisation doctrinale que, à la suite de Léon Duguit, Gaston Jèze (fondateur, notamment, de la *Revue du droit public*) avait menée à son terme. Cela n'empêchait pas le commissaire du gouvernement Louis Corneille (dans ses concl. sur l'arrêt *Astruc* du 7 avr. 1916) d'observer l'absence de critère précis permettant d'identifier le service public.

Du moins deux choses étaient-elles certaines : 1°) le service public ressortissait intégralement du régime juridique et du régime contentieux de droit public ; il était inassimilable à une activité privée, ne pouvant être le fait que d'une personne publique ; 2°) le service public était, à la fois et de façon indissociable, un *organe* (ou un ensemble d'organes) et une *activité matérielle*. Le service public était l'organe qui agit dans l'intérêt général : l'État est un ensemble de services publics ; c'était aussi le fait de satisfaire cet intérêt général, c'est-à-dire l'accomplissement de l'activité matérielle, ou immatérielle, de satisfaction de cet intérêt. Ainsi, la Défense ou l'Éducation nationale sont, chacune, un *service public-organe* (avec un ministre, des agents, des structures, une hiérarchie, une organisation territoriale, etc.) et elles gèrent, chacune, un *service public-activité* (enseignement, examens, pour l'un, ou déploiement des forces, définition d'une stratégie, choix d'armements, pour l'autre).

Cette amphibologie de la notion qui était utilisée pour désigner en même temps deux réalités, allait être à l'origine de difficultés doctrinales et jurisprudentielles.

● Jurisprudence

198 Le Tribunal des conflits, dès une décision *Rothschild* (6 déc. 1855), avait semblé adopter la théorie du service public mais c'est en 1873 (8 février 1873, *Blanco*, préc.) que va pleinement apparaître l'idée que le service public, œuvre de la personne publique, satisfait l'intérêt général. Voilà pourquoi le droit qui le régit, le droit administratif, repose sur des rapports de droit inégalitaires ; d'un côté il y a l'intérêt singulier d'une personne, de l'autre l'intérêt de la collectivité ; dans la balance ces deux intérêts ne peuvent peser d'un même poids. Le Code civil est tout entier fondé sur le principe, contraire, de l'égalité civile, conséquence de l'idéologie de 1789 ; les règles contenues dans le Code civil ne sont donc pas adaptées aux rapports de service public. Une succession de décisions va systématiser la « doctrine » Blanco qui fonde l'autonomie du droit administratif sur le fait qu'il est le droit du service public (13 déc. 1889, *Cadot*, p. 1148 concl. Jagerschmidt ; TC 29 févr. 1908, *Feutry*, p. 208 concl. G. Teissier ; TC 11 avr. 1908, *de Fonscolombe* ; 4 mars 1910, *Thérond*, p. 193 concl. Pichat). Au moment même où l'école du service public voit ainsi le triomphe de ses conceptions, la crise était déjà là.

Dès 1903, dans de prophétiques conclusions (sur 6 février 1903, *Terrier*, p. 94 ; ou « arrêt du chasseur de vipères »), Jean Romieu avait montré que, certes, le droit administratif est le droit « naturel » du service public mais qu'il fallait réserver les cas où, pour satisfaire l'intérêt général par le moyen du service public, l'Administration n'a pas besoin de recourir à un droit et à des règles exorbitants. Dans ce cas, l'usage du droit administratif ne s'impose pas car lorsque l'Administration se comporte comme tout le monde, elle doit être soumise au droit de tout le monde. C'était annoncer qu'un jour le juge dirait qu'à « service public » ne correspondent pas toujours « droit » et « juge » administratifs.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. Les vicissitudes du service public (depuis 1921)

Vicissitudes en effet que cet imbroglio qui voit le droit privé faire irruption dans le régime des services publics et les personnes privées faire irruption dans la gestion des services publics. L'apparition de services publics à base constitutionnelle et la notion communautaire de « service universel » ajoutent à cette complexité.

● L'irruption du droit privé dans le régime des services publics

199 Le juge va, conformément aux prévisions de J. Romieu, admettre, dans quelques décisions, l'applicabilité du droit privé à certaines activités de service public (24 mars 1905, *Cne de St Géréon*; TC 4 juin 1910, *Cie d'assurances « Le Soleil »*). Allant plus loin, dans une importante décision, il va même dire que l'Administration peut conclure pour la réalisation ou la gestion d'un service public, des contrats de droit privé (31 juil 1912, *Sté des granits porphyroïdes des Vosges*, p. 909 concl. L. Blum). Ce n'étaient là, cependant, que des exceptions limitées qui ne remettaient pas en cause l'identité décrite plus haut.

Infiniment plus grave allait être une décision du Tribunal des conflits rendue le 22 janvier 1921 (*Sté commerciale de l'Ouest africain*, p. 91, connue sous le nom d'*« arrêt du Bac d'Éloka »*). La colonie de Côte d'Ivoire, personne publique, exploite, à Éloka, un bac qui fait franchir le bras de la lagune d'Ébrié aux passagers comme aux marchandises. Au cours d'une de ces navettes, un véhicule de la Société commerciale de l'Ouest africain coule au fond de la lagune. Un procès capital s'ensuit : le Tribunal des conflits va créer à cette occasion la catégorie des services publics à caractère industriel ou commercial (SPIC). Estimant anormal qu'une personne publique exerce une activité qui est en réalité de même nature que celles assurées par des personnes privées, le haut Tribunal va juger qu'en ce cas la personne publique relève non du droit public mais du droit privé. Une catégorie entière de services publics, ceux comparables à des activités privées existantes, va échapper, pour l'essentiel, au droit administratif.

La belle et remarquable identité d'origine se formule désormais de deux façons différentes :

– *service public administratif* (SPA) = droit administratif = juge administratif;

– *service public industriel ou commercial* (SPIC) = droit privé = juge judiciaire.

Le schéma d'origine est certes modifié mais il demeure pour l'essentiel car : 1°) seule une personne publique peut assurer une tâche de service public; 2°) les services publics à caractère industriel ou commercial ne constituent qu'une exception : ils sont beaucoup moins nombreux que les services publics administratifs. Ces deux garde-fous vont sauter à leur tour.

● L'irruption des personnes privées dans la gestion des services publics

200 Il va apparaître bientôt l'idée que, de même qu'une personne publique peut se « mettre en civil » en agissant comme une personne privée par le moyen de services publics à caractère industriel ou commercial, de même, à son tour, une personne privée peut, à l'instar d'une personne publique, agir dans l'intérêt général au moyen d'un service public (administratif ou industriel et commercial). Timide en 1935 (20 déc. 1935, *Sté des Établts. Vézia*, p. 212), très affirmée en 1938 (13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, p. 417 : les caisses d'assurances sociales, personnes de droit privé, gèrent un service public administratif), la tentative va se développer jusqu'à devenir un élément important du champ d'application du droit administratif. Dans cette catégorie, devenue proliférante, entrent en effet de nombreuses personnes privées : les groupements forestiers, les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), les groupements de défense contre les ennemis des cultures, les fédérations départementales de chasseurs, les centres régionaux de lutte contre le cancer, la Société des

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

comédiens-Français, la Fédération française de football, etc. (voir, par exemple : TC 23 sept. 2002, *SOTRAM et METALFORM c/ GIE SESAM/Vitale*).

Désormais, le schéma ci-dessus devient celui-ci :

– SPA (géré par une personne publique ou privée [23 déc. 2010, *Cons. nat. ordre médecins*, 337396]) = droit administratif = juge administratif ;

– SPIC (géré par une personne publique ou privée) = droit privé = juge judiciaire

On voit par là que la nature juridique (privée ou publique) du gestionnaire du service ne paraît avoir aucune incidence ni sur la nature du service public (SPA ou SPIC) ni, par suite, sur son régime juridique et contentieux. Il semble que l'on puisse réécrire ainsi la double identité :

– SPA = droit administratif = juge administratif ;

– SPIC = droit privé = juge judiciaire.

Le service public semble être désormais réduit au seul aspect matériel (l'activité exercée par le service) et le point de vue organique (nature juridique de la personne gestionnaire) paraît devoir être évacué.

D'où la question : qu'est-ce que le droit administratif ? Tout le droit applicable à l'Administration, donc aux services publics, y compris les services publics à caractère industriel ou commercial ? Seulement le droit applicable aux services publics administratifs ? Dans la première hypothèse, le droit privé fait partie du droit administratif, solution étrange. Dans la seconde, des personnes privées deviennent, dans certains cas, des sujets du droit administratif : est-ce bien raisonnable ?

● L'apparition de services publics à base constitutionnelle

201 Le Conseil constitutionnel a édifié cette catégorie à partir de trois décisions fondatrices (n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, pour les services publics découlant *« de principes ou règles à valeur constitutionnelle »* ; n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, pour les services publics ayant leur *« fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle »* ; n° 87-232 DC du 7 janv. 1988, pour les services publics exigés *« par la Constitution »*).

L'État ne peut pas ne pas organiser de tels services ni ne pas les maintenir en état de fonctionner correctement. Leur suppression, leur absence ou leur mauvais fonctionnement constitueraient des violations de la Constitution ou de ses exigences.

Il existe donc, de ce point de vue, deux catégories de services publics en droit français : ceux à base constitutionnelle qui s'imposent au législateur et ceux sans base constitutionnelle. Les services publics à base constitutionnelle sont en particulier la justice, l'armée, la police, l'enseignement public, la fonction législative, l'exercice du pouvoir exécutif, etc. On voit ainsi que certains d'entre eux fonctionnement sous un régime de monopole, d'autres souffrent la concurrence. Ce sont tous, selon la terminologie du Conseil d'État, des services publics administratifs. En revanche, ne sont pas, par exemple, des services publics à base constitutionnelle : le service du crédit (n° 86-207 préc.) ou celui de la télévision hertzienne (n° 86-217 préc.).

En outre, cette distinction doit se combiner avec les dispositions du 9e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir propriété de la collectivité ». Il faut entendre par là seulement les activités menées à l'échelon national. Ce n'est pas le cas, par exemple, des sociétés d'autoroutes qui peuvent donc être privatisées (Sect. 27 sept. 2006, *Bayrou et autres*). De plus, même lorsqu'elle remplit les conditions posées par la Constitution, une activité peut tout de même être privatisée si elle n'a pas le caractère d'un service public constitutionnel. Le Conseil constitutionnel confirme

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

cette jurisprudence en jugeant qu'une loi peut privatiser GDF, qui n'est pas un service public constitutionnel, et par là même lui faire perdre sa qualité de service public national (CC 2006-543 DC, 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*).

Enfin, cette conception de services publics à base constitutionnelle ne tient que pour autant qu'elle ne contrevient pas, aux yeux de la CJUE, au droit communautaire. À défaut, en cas de conflit, la Constitution devrait s'incliner devant le droit communautaire, ce dernier ignorant – et c'est bien normal – la hiérarchie des normes propre à chacun des États-membres de l'Union européenne.

● Le « service universel » en droit communautaire

202 Cette notion repose sur l'art. 90 § 2 du traité de Rome (ancienne numérotation) qui est relatif aux entreprises chargées d'une mission d'intérêt général à caractère économique. Normalement, ces entreprises sont soumises aux règles de concurrence *« tant qu'il n'est pas démontré que l'application de ces règles est incompatible avec l'exercice de leur mission particulière »* et la CJUE veille au respect de cette exigence (18 juin 1991, *ERT*; 13 déc. 1991, *RTT*; 19 mai 1993, *P. Corbeau*; 27 avr. 1994, *Cne d'Almelo*). On a reproché à cette conception de faire du service public une exception qui doit, pour chacune de ses interventions, justifier son caractère dérogatoire aux principes quasi absolus d'égalité, de concurrence et de transparence qui caractérisent le droit communautaire. C'est pourquoi il a été proposé d'organiser le marché commun sur ces deux bases (intérêt général et concurrence) qui auraient part égale dans la construction communautaire : on est encore loin du compte. La notion de « service universel » repose sur l'idée de garantir et d'assurer obligatoirement à tous les ressortissants de l'Union européenne, dans le respect du principe d'égalité, un minimum de prestations de qualité fournies à la demande des intéressés à un prix sans rapport avec le coût réel, cela en raison de leur finalité sociale et de leur extension à tout le territoire communautaire. C'est là le *minimum minimorum* que les États sont libres d'étendre au-delà. Le service se veut à la fois un réseau et une prestation minimale garantie (v. par ex., la définition du service universel postal dans l'art. R. 1 du code des postes et des communications électroniques). La CJUE (23 avr. 2009, *TNT Post UK*, C-357/07) voit dans le service public à la fois une notion en partie organique (l'opérateur d'un service public universel), une prestation d'une certaine nature et d'une certaine qualité ainsi que la soumission à des règles fondamentales (dont le principe d'égalité).

B. La conception contemporaine du service public

Actuellement le service public peut se définir comme une activité d'intérêt général dépendant de l'Administration et souvent soumise au droit administratif. Cette définition n'en est pas moins marquée par la contingence (1.), son identification est complexe (2.) et la détermination de ses critères n'est pas toujours aisée (3.).

1. Une conception contingente

La contingence de la conception que l'on peut avoir du service public vient de ce qu'elle est subjective et équivoque.

● Une conception subjective

203 Aucune définition de cette notion n'a jamais été réellement donnée en droit positif. Elle évolue au gré des modes ou, ce qui revient au même, des politiques ; elle ne fait que traduire les désirs des autorités compétentes.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Si les textes qui emploient l'expression « service public », qui créent ou organisent ou réforment des services publics, qui prévoient le statut de leurs agents ou le régime de leurs actes sont nombreux, aucun ne définit positivement ladite notion. Elle apparaît comme « l'Arlésienne » du droit administratif. De plus, les textes ne tranchent jamais entre le service public-organe et le service public-activité matérielle.

Le caractère évolutif de la notion est également très marqué : ce n'est pas une activité que seules des personnes publiques peuvent mener, ce n'est pas non plus une activité qui serait *naturellement* un service public. Certaines activités cessent d'être des services publics (ainsi le culte depuis la loi du 9 déc. 1905, ou le téléphone à partir de la réforme de 1990, ou encore les loteries qui, d'abord qualifiées de service public [17 déc. 1948, *Angrand*, p. 485], se voient, depuis, dénier cette qualité [Sect. 27 oct. 1999, *Rolin*, p. 329]), d'autres se voient refuser cette qualité puis, plus tard, se la voient reconnaître, ainsi du théâtre entre 1916 et 1923 (7 avr. 1916, *Astruc* : refus ; 27 juil. 1923, *Gheuzi* : acceptation) ou encore des casinos, auxquels la nature de service public, d'abord contestée (12 mai 1922, *Ville de St Malo*, p. 413 ; 21 nov. 1947, *Sté fermière du Palais de la Méditerranée*, p. 430) a été ensuite accordée (25 mars 1966, *Ville de Royan*, p. 237 ; 3 oct. 2003, *Cne de Ramatuelle*, BJCP 2003 n° 32 p. 50) puis, à nouveau, refusée (19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, 341562), ou, entre 1941 et 1970, de la consultation juridique gratuite organisée par des personnes publiques (5 déc. 1941, *Guillou* : refus ; Sect. 23 déc. 1970, *Préfet du Val d'Oise c/ Cne de Montmagny* : acceptation).

Enfin, la notion est empreinte de subjectivité car elle ne fait que traduire la volonté discrétionnaire des gouvernants : est service public ce que les dirigeants qualifient ainsi, l'intention du créateur suffit et aucune cohérence n'est à rechercher. C'est ce que professe Gaston Jèze (*« L'intention des gouvernants est seule à considérer » in Principes généraux du droit administratif*, II, 16). Bien que dénoncée – à juste titre – par le doyen Maurice Hauriou (*cf.* sa note sous l'arrêt *Astruc* au Sir. 1916.III.41), cette conception est aujourd'hui celle de la jurisprudence (*Thérond*, préc. ; 31 juil. 1942, *Montpeurt*, p. 239 ; Sect. 20 juil. 1971, *Cts Bolusset* ; Sect. 22 nov. 1974, *Féd. des industries françaises de sport*).

● Un caractère équivoque

204 Ce caractère n'est que la conséquence du sens donné à la notion. Tantôt le service public est une forme, une enveloppe : l'organisation administrative en tant qu'appareil. Tantôt le service public désigne le contenu, indépendamment de toute considération pour l'enveloppe. À l'origine, le service public comprend les deux choses à la fois, en même temps et sous le même rapport, et cette conception unitaire était la seule possible pour l'école du service public. Cette notion a, historiquement, éclaté, accentuant par là son caractère équivoque. Toutefois dans cette tension continue entre conception organique et conception matérielle, le juge paraît avoir opté pour une définition matérielle : le service public serait d'abord une activité ; on verra plus loin que ce n'est qu'une apparence.

2. Une identification complexe

205 L'accord se fait sur un point au moins : le service public est une activité de satisfaction de l'intérêt général. Deux éléments interviennent donc : le sens, matériel ou fonctionnel, du service public qui semble, en définitive, seul retenu ; le fait qu'il n'y aurait pas de service public sans intérêt général satisfait.

Simple à énoncer, cette définition est en réalité très imprécise.

● Sur l'intérêt général

206 Tenter de définir l'intérêt général est un piège intellectuel. Dira-t-on que l'intérêt général est la somme des intérêts privés ? Sans doute pas puisque les intérêts privés sont contradictoires

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

et que leur somme risque d'être nulle, d'où l'édification thomiste d'une théorie du *« bien commun »*. Est-ce alors que l'intérêt est général parce qu'il concerne tous les membres de la communauté nationale ? C'est une situation très rare. Ou bien l'intérêt général est-il celui qui, dans une opinion publique moyenne, est considéré « généralement » comme devant être satisfait ? Il est difficile de répondre à ces questions. Ainsi, il est jugé que le développement d'une entreprise privée peut participer de l'intérêt général local (28 nov. 2011, *Cne de Chatuzange-le-Goubet*, 350108 ; v. aussi, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, préc.).

La difficulté croît exponentiellement si l'on ajoute à cela une autre question, d'importance : si tout service public satisfait l'intérêt général s'ensuit-il que tout intérêt général doit être érigé en service public ? La réponse est évidemment négative : il est d'intérêt général de se vêtir (sous la plupart des climats du moins) ou de se nourrir. Pourtant ni l'alimentation ni l'habillement ne sont des services publics.

Le résultat n'est guère encourageant : il peut y avoir intérêt général satisfait sans présence d'un service public et de toutes façons nous ignorons ce qu'est l'intérêt général. Dès lors, l'intérêt général ne paraît pas pouvoir constituer un critère du service public. Il peut paraître tentant de renverser la proposition et de dire qu'une activité est d'intérêt général puisqu'elle constitue un service public : ceci est probablement exact mais suppose la question résolue puisqu'alors on sait déjà qu'il existe en l'espèce un service public. Or la question posée est précisément de déterminer comment savoir si l'on est en présence d'un service public : toute activité d'intérêt général n'est pas automatiquement, de ce seul fait, un service public (Sect. 3 déc. 2010, *Ville de Paris*, 338272).

● Sur le gestionnaire du service

207 Si la question est reprise à zéro, il se constate que la recherche de la présence ou non d'un service public est destinée à savoir quel droit régira telle activité et donc quel juge statuera sur les difficultés qu'elle soulève, etc. Le raisonnement à conduire ne part jamais de rien, il y a toujours un élément : un acte juridique, une situation de fait, un comportement, un dommage, etc. C'est sur cela qu'il convient de s'appuyer : cet élément, quel qu'il soit, est le fait d'une personne, publique ou privée : on se trouve ainsi renvoyé à l'examen de la nature du gestionnaire du service.

Si l'activité – sur la nature de laquelle on s'interroge – est le fait d'une personne publique, sa nature de service public se présume fortement même si ce n'est pas une présomption irréfragable. En effet, les personnes publiques sont censées toujours satisfaire l'intérêt général et, hormis quelques rares exceptions (Régie nationale des usines Renault, Française des Jeux, PMU ou Charbonnages de France, etc.), les personnes publiques gèrent effectivement toujours un service public. La présomption de service public est sûre à presque cent pour cent.

Si l'activité – sur la nature de laquelle on s'interroge – est le fait d'une personne privée, il faut déterminer si cette personne privée est placée, à raison de cette activité, dans une situation de dépendance (contrôle, aide, surveillance…) par rapport à une personne publique. Si la réponse à cette première question est positive, il conviendra, ensuite, de rechercher si l'activité ainsi menée par elle satisfait assez l'intérêt général pour être qualifiée de service public. En ce cas, on le voit, comme dans le cas précédent, ce n'est pas l'intérêt général qui fonde le régime de droit. C'est la nature juridique de la personne du gestionnaire qui, en définitive, fonde par sa présence, directe dans le premier cas, éventuellement indirecte dans le second cas, le recours à un régime de droit public. Certes, le service public est bien une activité et l'on peut parler d'une notion « matérielle » du service public mais cette notion, à son tour, repose sur un élément organique : la nature publique (directe ou indirecte) de la personne gestionnaire du service. C'est ce second élément – et lui seul – qui, en dernière analyse,

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

permet de déceler l'existence d'un service public et de le distinguer de toutes les activités sociales menées authentiquement dans un souci d'intérêt général mais qui ne revêtent jamais la nature de service public (Fondation Abbé Pierre, Médecins sans Frontières, Secours catholique, Restos du Cœur, etc.) car y fait défaut la sanction de l'élément organique.

Cette conception est attestée par deux séries de jurisprudences.

– Tout d'abord lorsqu'est en cause un service public à caractère industriel ou commercial, c'est le droit privé qui s'applique pour l'essentiel, précisément en vertu du critère organique. Le juge s'attache non à l'apparence juridique (un SPIC peut fort bien être géré par une personne publique) mais à la réalité juridique. De ce dernier point de vue, il est exact que le gestionnaire d'un SPIC, quelle que soit sa nature juridique, se comporte, en gros, comme le ferait un opérateur privé. Ainsi donc, bien que le SPIC soit un « service public », il relèvera principalement du droit privé même lorsqu'il est géré par une personne publique. Le critère organique s'attache à la nature juridique réelle de la personne et non à la seule apparence juridique. Mais il n'est pas douteux que l'activité demeure bien un service public et qu'elle en connaît l'entier régime de base. Ce qui a obscurci la question est la confusion entre deux aspects juridiques qu'il convient de soigneusement distinguer dans l'analyse : une chose est de dire qu'une activité est un service public, une autre est de dire de quel droit et de quel juge elle relève. La circonstance qu'une activité se voit appliquer le droit commercial ou le droit du travail et qu'à ce titre son contentieux ressortit aux juridictions judiciaires n'ôte rien à sa qualité de service public. À ce titre, elle se voit d'ailleurs appliquer l'ensemble des principes du service public.

– Ensuite, il convient de relever le rôle troublant que la jurisprudence fait jouer aux prérogatives de puissance publique pour déterminer la présence ou l'absence de caractère de service public d'une activité. En effet, négativement, le juge refuse, dans nombre de cas, d'apercevoir un service public car la personne privée qui en est gestionnaire ne possède pas de telles prérogatives (par exemple : Sect. 13 oct. 1978, *ADASEA du Rhône*; TC 6 nov. 1978, *Bernardi*; TC 28 avr. 1980, *Girinon*; TC 25 juil. 1982, *Cailloux*; 4 mars 1983, *Ass. Familiale rurale de Meslay-sur-Maine*; 23 mars 1983, *Bureau Véritas c/ min. Transports*; CAA Paris 26 sept. 1991, *Bernard*; 17 févr. 1992, *Sté Textron*; TC 29 déc. 2004, *Blanckeman*, etc.). Positivement cependant, le juge, dans des décisions contemporaines de celles qui viennent d'être citées (Sect. 22 févr. 2007, APREI; TC 26 avr. 2004, *Cons. sup. consultatif des comités mixtes à la production, Féd. nationale des mines et de l'énergie-CGT, Mme X.*), qualifie de services publics des activités gérées par des personnes privées alors que celles-ci ne détiennent pas, pour ce faire, des prérogatives de puissance publique. En somme, la présence de ces prérogatives entre les mains d'une personne privée gestionnaire d'une activité, fait presque (*cf.* 23 déc. 2011, *Synd. nat. des dépositaires de presse*, 338389) toujours qualifier cette activité de « service public » ; en revanche, l'absence de telles prérogatives peut tantôt empêcher tantôt ne pas empêcher la qualification de l'activité en cause comme étant un service public.

Sous les réserves et conditions que l'on vient d'énoncer, on peut retenir la définition suivante : *le service public est l'activité de satisfaction de l'intérêt général menée directement par une personne publique ou par une personne privée grâce à l'étroit concours, direct ou indirect, d'une personne publique*.

3. La recherche des critères du service public

208 Ces critères diffèrent selon que le service est géré par une personne publique (§ 209) ou par une personne privée (§ 210-215) étant observé que la détermination de la nature publique ou privée d'une personne morale n'est pas toujours aisée (par ex., absence de nature publique du *Conseil supérieur des messageries de presse* : 23 déc. 2011, *Synd. nat. des dépositaires de presse*, préc.). Trois

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

cas peuvent se présenter dans lesquels il y aura lieu à application du droit administratif (Section 6 avr. 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, *AJDA* 2007 p. 1020, chron. F. Lénica et J. Boucher) : 1) gestion par voie de régie directe ou de régie avec personnalité juridique ; 2) gestion au moyen d'un organisme dont l'objet exclusif est de gérer ce service public, et placé, pour ce motif, sous l'étroit contrôle de la personne publique ; 3) gestion par une personne privée, même sans contrat préalable de délégation de service public, à condition que cette activité soit d'intérêt général, que la puissance publique ait un droit de regard sur son organisation et que cette personne privée dispose d'éventuels financements publics à raison de l'importance attachée à son activité.

● Service public géré par une personne publique

209 Lorsque l'activité dont on se demande si elle est un service public est gérée par une personne publique, le juge voit dans la présence de cette personne publique une présomption forte de service public. Rares, en effet, sont les activités de personnes publiques dépourvues du caractère de service public. Par ailleurs, il est à peu près certain qu'une personne publique possède toujours, du fait même de sa nature juridique, des prérogatives de puissance publique. Ces services publics, le plus souvent services publics administratifs, sont normalement soumis au droit et au juge administratifs.

● Service public géré par une personne privée

210 Lorsque l'activité en cause est gérée par une personne privée, elle l'est normalement sous la forme d'une délégation de service public, elle peut l'être aussi par le moyen d'un marché public ou d'un acte unilatéral. La démarche du juge est alors assez complexe et repose sur deux séries de critères combinées entre elles. En premier lieu, le juge recherche la présence d'une mission d'intérêt général : l'absence d'une telle mission empêche toujours que l'activité puisse être qualifiée de service public et qu'elle puisse relever du juge administratif (TC 3 mars 1969, *Sté Interlait* ; 26 février 1988, *Sence et Weltzer*, 2 espèces ; TC 15 février 1999, *GAEC des Trémières*). En second lieu, le juge décèle un service public dans l'une des trois situations suivantes : existence d'une qualification légale (§ 205), réunion des critères de l'arrêt *Narcy* (§ 212-214) (Sect. 28 juin 1963, *RDP* 1963 p. 1186, note M. Waline), à défaut, satisfaction de l'alternative proposée par l'arrêt *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (*APREI*, Sect. 22 février 2007) (§ 215).

– Service public géré par une personne privée et détermination légale

211 Le législateur qualifie parfois lui-même – mais rarement – une activité menée par une personne privée de « service public » : en ce cas le juge n'éprouve aucune difficulté pour identifier la présence d'un tel service ; il en va de même, mais à l'inverse, lorsque l'activité reçoit du législateur une qualification qui l'empêche d'être un service public.

– Service public géré par une personne privée et critères de l'arrêt *Narcy* (1963)

Cette importante décision subordonne à la réunion cumulative de trois conditions la reconnaissance de la qualité de service public à une activité gérée par une personne privée.

212 *Une mission d'intérêt général*. Ce critère sert à distinguer le service public d'autres activités purement privées. Toutefois, on le sait, tout intérêt général ne revêt pas nécessairement toujours la forme d'un service public. Par ailleurs, on a montré plus haut (*cf.* § 206) la difficulté d'identifier ce qu'est l'intérêt général. Cela étant, c'est l'existence d'un tel intérêt qui permet la création d'un service public alors même qu'il n'y aurait pas carence, en une matière donnée, de l'initiative privée (18 mai 2005, *Territoire de Polynésie française*). Inversement,

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

l'absence de caractère d'intérêt général suffit à empêcher la qualification comme service public. Ainsi – qui pouvait en douter ? – la «Française des jeux» ne gère pas un service public (Sect. 27 oct. 1999, *Rolin*).

213 *Une certaine dépendance par rapport à l'administration*. La personne privée, dont on se demande si l'activité qu'elle gère est un service public, doit satisfaire un deuxième critère : elle doit être placée sous la dépendance d'une personne publique à l'occasion de l'organisation et de l'accomplissement de cette activité. Faute de remplir cette deuxième condition il n'y a pas de service public (23 mai 2011, *Cne de Six-Fours-les-Plages*, 342520). Cette « dépendance » peut revêtir des formes très diverses : « droit de regard », « tutelle », « contrôle administratif » sont quelques-unes des expressions habituellement utilisées pour définir cette dépendance; elles doivent être tenues ici pour synonymes. En réalité, cela signifie que la personne privée fera l'objet d'un certain contrôle de la part d'une personne publique à raison de l'activité en cause, qu'elle sera soumise à une réglementation édictée par cette dernière en vue, précisément, de cette activité particulière, etc. Ce critère tend à occuper une place privilégiée pour permettre d'établir si une activité d'intérêt général constitue bien, également, un service public (Sect. 21 janv. 1944, *Léoni*, p. 26; 5 oct. 2007, *Sté UGC-Ciné-Cité*, *AJDA* 2007 p. 2260, note J.-D. *Dreyfus*; 23 mai 2011, *Cne de Six-Fours*, préc.).

214 La détention de prérogatives de puissance publique. Ce caractère exorbitant du régime juridique sous lequel sont menées ces activités de service public, lorsqu'elles sont gérées par des personnes privées, a été longtemps tenu pour un trait majeur de la définition du service public. Puis, au moins en doctrine, ce trait a paru connaître un certain déclin que la jurisprudence récente semble démentir au moins implicitement, on le verra ci-après (*cf.* § 215). C'est ainsi que le Tribunal des conflits a tout d'abord refusé que soient soumises au contrôle du Conseil de la concurrence celles des activités menées par une personne privée détentrice, à cet effet, de prérogatives de puissance publique, seul le juge administratif, juge naturel de l'exorbitance appliquée au service public, pouvant en connaître (18 oct. 1999, *Aéroports de Paris et Air France*). Des hésitations ont été permises dans la mesure où l'on peut se demander si l'exorbitance est une condition d'existence du service public ou si elle en est, au contraire, une conséquence (v. en ce sens les concl. de C. Vérot sur Sect., 22 févr. 2007, *APREI*, JCP « A » 2007 n° 2066). Il arrive, en effet, au juge tantôt de décider qu'une activité, parce que c'est un service public, doit bénéficier de prérogatives de puissance publique, tantôt de relever que c'est parce que cette activité comporte l'usage de telles prérogatives qu'elle est un service public. Par ailleurs, le Conseil d'État voit dans les SPIC, souvent dépourvus de prérogatives de puissance publique, d'authentiques services publics (15 février 1935, *Sté franç. de constructions mécaniques*; 1er décembre 1950, *EDF*). Pourtant, le même Conseil d'État n'a, par ailleurs, jamais cessé, en réalité, de se référer aux critères dégagés par l'arrêt *Narcy* (26 févr. 2003, *Sté protectrice des animaux*; 18 juin 2008, *X.*, 298857, la Sté centrale canine chargée de tenir le livre généalogique des chiens de race, gère un S.P.A.) pour constater l'existence éventuelle d'un service public. Aujourd'hui, l'on peut dire que, d'une part, la possession de prérogatives de puissance publique est une condition normale d'existence du service public (5 oct. 2007, *Sté UGC-Ciné-Cité*) sauf l'exception ci-après (*cf.* § 215), d'autre part, l'absence de telles prérogatives, selon les cas, empêche ou n'empêche pas d'apercevoir la présence d'un service public (*cf.* § 207 *in fine*). Du reste, ajoutant à la complexité d'une matière qui n'avait pas besoin de cela, il faut encore relever que le juge reconnaît à une personne privée qui ne gère pas un service public la possibilité de détenir cependant des prérogatives de puissance publique (*Synd. nat. dépositaires de presse*, préc.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– Service public géré par une personne privée et critères de l'arrêt *A.P.R.E.I.* (2007)

215 L'arrêt *APREI* (Section 22 févr. 2007) confirme et complète l'arrêt *Narcy*. Comme lui, il identifie le service public au moyen de la réunion de trois critères, les deux premiers étant les mêmes que ceux énoncés dans la décision *Narcy* : mission d'intérêt général et contrôle de l'administration. Il ne concerne donc, en propre, que l'hypothèse où fait défaut en apparence, la troisième condition : la détention de prérogatives de puissance publique. En ce cas, selon le juge : *« même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit [...] être regardée [...] comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission »* (v. aussi : 5 oct. 2007, *Sté UGC-Ciné-Cité* préc.; 25 juil. 2008, *CEA*).

À défaut de prérogatives de puissance publique, le juge soumet donc l'existence d'un service public à une batterie de trois critères additionnels [1°) conditions de création, d'organisation ou de fonctionnement, 2°) obligations imposées, 3°) vérification des objectifs atteints]. On relèvera, d'une part, que ne sera sans doute pas exigée la satisfaction de tous ces critères complémentaires, d'autre part, que certains de ces critères additionnels semblent redondants avec les deux critères principaux. Par exemple, quelle(s) différence(s) y a-t-il entre le contrôle exercé par l'administration sur l'activité privée (deuxième critère principal de l'arrêt *Narcy* comme de l'arrêt *APREI*) et, d'une part, *« les obligations qui lui sont imposées »* par l'administration, d'autre part, les *« mesures prises »* par elle *« pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints »* (nouveau critère de l'arrêt *APREI*) ?

C. Le contenu de la notion de service public

Sous l'appellation générique « service public » se cachent en réalité plusieurs variétés de services publics (1.) qui connaissent des régimes juridiques différenciés (2.).

1. Distinctions à opérer au sein de la catégorie des services publics

216 Les services publics obéissent à des régimes juridiques et contentieux assez différents les uns des autres d'où la nécessité de les distinguer. Le principe est qu'un service public est, normalement, un service public administratif : ainsi, le service public des autoroutes (TC 20 nov. 2006, *Sté EGTL c/ ESCOTA et Sté Transports Gautier et autres*, 2 espèces) ; par exception c'est un service public à gestion privée (pour un exemple de mise en œuvre des critères d'identification d'un SPA : Nantes 29 juil. 2005, *Rivoal*). La règle se définissant comme l'ensemble des cas qui ne relèvent pas de l'exception, c'est donc par cette dernière qu'il faut commencer. Cette exception comprend, ou a paru comprendre, trois grandes espèces de services publics : le service public à caractère industriel ou commercial, le service public social, les ordres professionnels.

● Le service public à caractère industriel ou commercial (SPIC)

217 En dehors des cas où la qualification de SPIC résulte explicitement d'un texte (légal ou réglementaire… et encore, voir TC 26 juin 1968, *Sté d'approvisionnements alimentaires et Sté « Distilleries bretonnes »*, où le juge réfute la qualification réglementaire), la notion, apparue en jurisprudence en 1921, est assez complexe à définir puisque cela est fait au gré et au hasard des décisions de justice.

Inspirée des propositions faites par R.-E. Charlier, la jurisprudence retient trois éléments pour déterminer l'existence d'un SPIC : l'objet du service, ses ressources et ses modalités

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

d'organisation. *L'objet du service* consiste à produire, à vendre des biens ou des services (voir, sur ce point, l'intéressant éclairage apporté par la définition que contient l'art. L. 2221-1, al. 2 du c. gén. coll. terr.). Il a toujours un caractère payant, mais ce trait se rencontre aussi dans beaucoup de SPA. En revanche, en l'absence de caractère payant, il ne peut pas être qualifié de SPIC (TC 21 mars 2005, *Alberti-Scott*). De cet objet à caractère économique découlera, souvent, la possibilité de concurrencer directement les entreprises privées (2 avr. 1997, *Cne de Montgeron*), c'est pourquoi on a parfois tendance à exclure de cette catégorie les services publics à monopole. Enfin, cet objet économique du service se manifeste par le fait qu'il peut faire des « actes de commerce » au sens du droit commercial. *Les ressources du service* proviennent, normalement, au moins pour partie, de sommes prélevées sur les usagers ou les bénéficiaires du service sous forme, en particulier, de redevances. Si la part des ressources propres varie beaucoup selon les services, elle n'est jamais totalement absente (TC 16 oct. 2006, *Monteil*). Le critère tiré des *modalités d'organisation du service* a été particulièrement bien exposé par le commissaire du gouvernement Laurent dans ses conclusions sur une très importante décision, *Union syndicale des industries aéronautiques* (Ass. 16 nov. 1956, Sir. 1957 p. 38). C'est le critère de la similitude d'organisation et de fonctionnement par rapport aux entreprises privées. Un SPIC est une entreprise c'est-à-dire *« une organisation interne particulière, des procédés de commandement, des méthodes de travail, des rapports humains qui ne sont pas ceux du service public (administratif) »* (concl. Laurent). C'est à l'examen de la réunion de ces trois conditions que s'attache également le juge judiciaire pour déceler l'existence d'un SPIC (Cass. soc. 7 oct. 1992, *Lazareff c/ Mairie de Soulac*). En l'absence de l'une d'elles le service public ne sera pas un SPIC mais un SPA (TC 22 nov. 1993, *Martinucci c/ Ville de Toulouse*; Cass. soc. 10 juil. 1995, *Cie des eaux et de l'ozone*), encore que le Tribunal des conflits lui-même s'écarte parfois de ce schéma pour identifier la présence d'un SPIC, ce qui prouve la complexité de la question (TC 19 févr. 1990, *Thomas*; TC 21 mars 2005, *Alberti-Scott*, préc.).

● Le prétendu service public social

218 Parce que certaines activités de service public se déroulent dans le secteur social (crèches, centres de vacances, garderies, bureaux d'aide sociale, etc.), le Tribunal des conflits a été tenté d'y apercevoir une catégorie juridique particulière de service public, le *service public social* (TC 22 janv. 1955, *Naliato*, p. 614). C'était une erreur car la création d'une nouvelle catégorie juridique ne pouvait se comprendre que si celle-ci devait être soumise à un régime différent de celui des SPA et de celui des SPIC. Il aurait fallu pour cela qu'existent un troisième régime juridique, en outre du droit privé et du droit public, et un troisième ordre de juridiction en dehors des ordres administratif et judiciaire. C'était évidemment impossible. C'est pourquoi la tentative du Tribunal des conflits fut un échec et, devant l'hostilité conjuguée du Conseil d'État et des juridictions judiciaires, elle fut abandonnée par son promoteur (TC 4 juil. 1983, *Gambini c/ Ville de Puteaux*).

● Les ordres professionnels

219 Les ordres professionnels trouvent leur origine dans l'encadrement professionnel caractéristique des conceptions du régime de Vichy et sont une forme d'organisation de certaines professions libérales (médecins, sages-femmes, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, architectes, vétérinaires, experts-comptables, géomètres-experts, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, etc.). Ils ont, à la fois, des activités qui relèvent du droit privé (œuvres sociales, gestion du patrimoine, personnel, responsabilité, etc.) et des prérogatives de droit public (établissement d'un code de déontologie, inscription des professionnels au tableau de l'ordre, pouvoir disciplinaire, etc.). Le contentieux des décisions qu'ils prennent au titre de cette seconde catégorie de pouvoirs relève de la compétence du

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

juge administratif (12 déc. 1953, *de Bayo*). S'est donc posée la question de la nature juridique des ordres professionnels; le Conseil d'État s'est borné à écrire à leur propos *« bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics »* (2 avr. 1943, *Bouguen*, p. 86), formule plus énigmatique qu'explicative. L'arrêt *Bouguen* a soulevé, tout comme son contemporain, l'arrêt *Montpeurt* (31 juil. 1942, p. 239, rendu, lui, à propos des comités d'organisation), une immense controverse doctrinale : quelle était la nature juridique des ordres professionnels (comme aussi, celle des comités d'organisation) ? Dès 1961, le Conseil d'État, en admettant la compétence du juge administratif pour connaître de décisions prises par des personnes privées chargées de la gestion d'un service public administratif (Sect. 13 janv. 1961, *Magnier*, p. 33), annonçait la réponse qui sera donnée quelques années plus tard de manière explicite : les ordres professionnels comme, hier, les comités d'organisation, sont des personnes de droit privé (7 déc. 1984, *Centre d'études marines avancées et Cousteau*).

2. Le régime juridique des différents services publics

220 En réalité, chaque service public possède un régime juridique à physionomie propre; on ne peut guère qu'esquisser des tendances à peine de verser dans un catalogue. L'idée qui domine est que le régime juridique des services publics va, selon une gradation parfois presque insensible, d'une soumission intégrale au droit public à une soumission très large au droit privé. Pour rendre compte de cette situation, il convient de distinguer parmi les services publics, ceux à *gestion publique* et ceux à *gestion privée*.
Toutefois, quel que soit le cas de figure, tous les services publics sont soumis aux « principes » ou « lois » du service public qui seront examinés plus loin (§ 248-254).

● Le régime juridique des services publics à gestion publique

221 Les services publics à gestion publique sont tous ceux des services publics qui ne sont ni « professionnels » ni « à caractère industriel ou commercial ». Ils constituent la règle, étant la modalité normale de gestion des services publics (Avis, 20 oct. 2000, *Mme T.*). Une gradation doit être établie entre eux selon que leur gestionnaire est une personne publique ou une personne privée.
La gestion publique par une personne publique est le degré maximum de « publicisation » du droit applicable aux services publics : leurs décisions et leurs contrats seront normalement administratifs, leur personnel et leurs biens relèveront du droit public, les travaux qu'ils entreprennent seront le plus souvent des travaux publics et le régime de leur responsabilité sera celui du droit administratif sauf disposition législative expresse contraire (TC 15 nov. 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne*). Seuls des aspects mineurs pourront relever du droit privé.
La gestion publique par une personne privée, qui concerne un grand nombre de services à caractère économique, entraîne une moindre application du droit administratif que dans le cas précédent mais celle-ci demeure encore importante.
Les décisions de ces services ne seront des décisions administratives que si, cumulativement : 1°) la personne privée gestionnaire du service a été habilitée par l'acte de création du service à prendre de telles décisions unilatérales (TC 15 janv. 1968, *Cie Air France c/ Ép. Barbier*, p. 789); 2°) ces décisions concernent l'organisation de l'ensemble du service (même décision); 3°) l'organisme est doté de prérogatives de puissance publique (13 janv. 1961, *Magnier*, préc.; 6 oct. 1961, *Féd. nat. des huileries métropolitaines moyennes et artisanales*).
Leurs contrats ne seront pas, normalement, administratifs, sauf s'ils sont conclus avec une personne publique pour l'exécution de ce service public ou au nom et pour le compte d'une personne publique.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Leur personnel relève du droit administratif s'il s'agit d'un service public administratif (TC 25 mars 1996, *Berkani*; Cass. soc. 20 déc. 2006; TC 18 juin 2007, *X. c/ ANPE*), sauf disposition législative contraire (TC 22 mai 2006, *Crohin*; 31 déc. 2007, *Raulin*, à propos du contrat emploi jeunes).

Seuls les travaux immobiliers exécutés dans le cadre de la mission de service public peuvent avoir la nature de travaux publics.

La responsabilité relève du droit administratif si le dommage a un lien direct avec la mission de service public.

Les « lois » du service public leur sont applicables (5 mai 1944, *Cie maritime de l'Afrique orientale*, D. 1944 p. 164, concl. B. Chenot).

C'est ce qui explique que les litiges opposant une société concessionnaire d'autoroute et ses usagers ressortissent du juge administratif car cette activité est un service public administratif même si les péages sont des redevances pour service rendu (lesquelles relèvent, normalement, du juge judiciaire) car les usagers d'une autoroute, même abonnés, sont dans une situation unilatérale réglementaire envers le concessionnaire (TC 12 févr. 2007, *SARL Vezo Services*).

● Le régime juridique des services publics à gestion privée

222 Authentiques services publics, ils satisfont l'intérêt général, sont soumis aux « lois » du service public et bénéficient, le cas échéant, de prérogatives de puissance publique. On signalera deux de ces services.

– Le régime juridique des services publics à caractère industriel ou commercial

223 Ce régime est assez complexe avec des intensités variables de la prédominance du droit privé selon les organismes ou les activités concernés. Le principe est la soumission au droit privé avec résurgence d'îlots de droit public.

Leurs décisions relèvent du droit privé sauf dans le cas – assez rare – où ils satisfont aux conditions cumulatives vues au § précédent.

Leurs contrats sont de droit privé le plus souvent. Par exception, ceux-ci seront administratifs lorsque, outre les conditions ordinaires pour qu'un contrat soit administratif, ils remplissent les deux conditions suivantes : positivement, le service doit être géré par une personne publique; négativement, le contrat ne doit pas avoir été passé avec les usagers du service (pour un contrat non conclu avec un usager du service, voir : TC 24 avr. 1978, *Sté Boulangerie de Kourou*). Il existe en effet un important « bloc de compétence » en faveur du droit privé (*cf.* § 251) : tous les contrats passés par un SPIC avec ses usagers sont des contrats de droit privé même lorsqu'ils remplissent les conditions requises pour être des contrats administratifs (TC 24 mai 2004, *Sté régionale de distribution d'eau* et *Synd. des copropriétaires de l'ensemble immobilier « Grand Boucle »*, 2 arrêts; Bordeaux 27 déc. 2006, *SAS SOVAGO*). Il en va de même quand le SPIC refuse de conclure un contrat avec un usager potentiel (4 nov. 2005, *Ville de Dijon*). Cette solution est écartée si sont en cause des prérogatives de puissance publique détenues par le gestionnaire du SPIC (TC 29 déc. 2004, *Blanckeman*; TC 12 déc. 2005, *EURL Croisières lorraines « La Bergamote »*).

Le personnel est soumis au droit privé même lorsque le service est géré par une personne publique (cas d'EDF, jusqu'à la loi du 9 août 2004, de la SNCF ou de la RATP [9 avr. 2010, *Syndic. Sud de la RATP*]), sous réserve de dérogation législative (TC 15 janv. 2007, *Muriel X c/ Direction des constructions navales*), sauf deux personnes au maximum (27 mars 2000, *Brodbeck*; TC 15 janv. 2007, *Lacroix*) : le directeur général de l'organisme (26 janv. 1923, *De Robert Lafrégeyre*, p. 67; 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*; 27 mars 2000, *Brodbeck*) et le comptable en chef s'il possède la qualité de comptable public.

La responsabilité du service relève du droit privé aussi bien quand la victime est un usager du service (29 janv. 1932, *Kuhn*; solution identique si l'usager est victime d'un dommage de travail public : TC 24 juin 1954, *Minodier*, en vertu du « bloc de compétence » évoqué plus haut) que quand elle est un

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

tiers par rapport à celui-ci (Trib. civ. Seine 23 déc. 1948). Dans ce deuxième cas toutefois, si le dommage survenu au tiers résulte d'une opération de travail public, le droit administratif reprend son empire (25 avr. 1958, *Veuve Barbaza*; Sect. 13 janv. 1961, *Dpt du Bas-Rhin*; TC 2 mars 1987, *Cie « La Lutèce » c/ EDF*; TC 1er juil. 2002, *Labrosse c/ GDF*) tout comme lorsque sont mises en œuvre des prérogatives de puissance publique (21 déc. 2007, *Lipietz et autres*, *a contrario*).
Il en résulte que les transactions conclues en vue de mettre un terme à un litige relatif à des dommages subis par l'usager d'un SPIC ont une nature privée et sont de la compétence du juge judiciaire (TC 15 janv. 2007, *Cnauté urb. de Bordeaux*).
Les usagers, on le sait, sont toujours dans un rapport de droit privé avec le SPIC (20 janv. 1988, *SCI « La Colline » c/ Cne de La Benisson-Dieu*; Bordeaux 10 juil. 2008, *Oyarbide*).
Un tel service peut se voir attribuer des prérogatives de puissance publique et il est toujours soumis aux « lois » du service public.
Une difficulté particulière se rencontre s'agissant de l'application du droit de la concurrence. Longtemps, ces services ont échappé aux règles sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles mais l'art. 90 § 1 du traité de l'Union européenne avait conduit les instances communautaires (Commission et CJCE) à faire prévaloir d'abord les conceptions libérales véhiculées par l'École de Chicago, puis le juge a évolué dans le sens d'une exemption de la soumission aux règles de la concurrence toutes les fois que cette soumission nuirait à l'accomplissement de leur mission d'intérêt général. Quant à la définition des entreprises qui sont d'intérêt général, la Cour de justice de Luxembourg oscille entre une assez grande liberté laissée aux États pour opérer cette qualification (CJCE 27 avr. 1994, *Cne d'Almelo*, préc.; 23 oct. 1997, *Commission c/ France*) et une tentative de donner une définition communautaire, et non plus nationale, de l'activité économique d'intérêt général (CJCE 18 juin 1998, *Corsica Ferries France SA*).

– La gestion du domaine privé des personnes publiques

224 En vertu d'une tradition doctrinale et jurisprudentielle largement majoritaire mais que l'on peut fort bien ne pas approuver, la gestion du domaine privé appartenant à des personnes publiques n'est pas un service public à gestion publique mais bien un service à gestion privée. Elle relève donc du droit privé et du juge judiciaire (6 mai 1996, *Formery*) mais il existe des exceptions : ainsi, le juge administratif retrouve compétence pour les dommages résultant de travaux publics réalisés sur une dépendance du domaine privé (TC 20 avr. 1959, *Sté nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires*) ou pour connaître d'un acte administratif détachable de la gestion privée d'une forêt domaniale, c'est-à-dire d'une dépendance du domaine privé (18 mai 2005, *ONF*).

2 Les modes de gestion des services publics

225 Ces modes de gestion varient selon que le service est géré directement par une personne publique (A.) ou que sa gestion est déléguée à une personne privée (B.).
De ce point de vue il convient de relever que le droit communautaire apporte deux éléments importants pour le choix des modes de gestion.
En premier lieu, le droit positif (directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992) utilise la notion d'« organisme de droit public » ; selon la CJUE (décision du 22 mai 2003), cette expression concerne tout organisme qui satisfait un besoin d'intérêt général mais un besoin autre qu'industriel ou commercial. Cette conception a, bien évidemment, son incidence sur le choix des modes de gestion possibles.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

En second lieu, la logique du droit communautaire (forcément relayé par la législation interne) se heurte à celle du service public car elle voit dans la mise en concurrence la situation normale et dans l'*intuitus personae* une exception rarement justifiée (CJCE 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*). En particulier, toute « activité de services » assurée par un service public est soumise à l'obligation de concurrence (art. 53 ordonnance 1er déc. 1986), sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le service est un SPIC (Paris, 16 sept. 1991) ou un SPA (Paris, 1re ch., concurrence, 18 mars 1993, *Sté du Journal téléphoné c/ min. Équipmt*).

Pour cela, trois conditions doivent être réunies. Tout d'abord, il faut qu'existe un « marché », c'est-à-dire que s'y rencontrent une offre et une demande (Cette condition est remplie pour l'attribution à une entreprise de communication audiovisuelle d'une autorisation d'usage de fréquences hertziennes : Paris, 3 juin 1993, *Cne de Digne*; elle ne l'est pas pour la Sécurité sociale qui n'a pas d'objet marchand : Cass. crim. 25 nov. 1992, *Marti*). Ensuite, il faut que le service dont s'agit constitue une activité de « production, de distribution ou de service ». Lorsqu'il en est ainsi, la régularité d'un contrat de concession peut être discutée devant le juge administratif au regard des dispositions de l'ordonnance précitée de 1986 (art. 7 et 8) qui prohibent les comportements, ententes, etc. de nature à fausser le jeu de la concurrence (Sect. 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, p 395, concl. J.-H. Stahl; Sect. 26 mars 1999, *Sté EDA*, p. 95, concl. J.-H. Stahl, renversant, après une épique controverse, les solutions contenues dans TC 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, dans 23 juil. 1993, *CGE* et dans 29 juil. 1994, *CAMIF*). Ceci oblige donc à une certaine mise en concurrence dans ces cas, ce qui est de nature à modifier profondément les rapports de la concession de service public et du droit de la concurrence, les règles de choix du concessionnaire et donc la portée de l'*intuitus personae*. Enfin, négativement, le service concédé ne doit point constituer un « service économique d'intérêt général » (CJCE 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, préc.; CJCE 27 avril 1994, *Cne d'Almelo*, préc.), ce qui le ferait échapper à l'obligation de mise en concurrence.

A. La gestion directe des services publics

La gestion directe des services publics est celle qui est assurée par l'Administration elle-même sous deux formes principales : la régie (1.) et l'établissement public (2.). D'autres modalités existent : le groupement d'intérêt public, la Banque de France (3.).

1. La régie

226 Marcel Waline donne de la régie cette excellente définition : *« Un service public est exploité en régie directe lorsqu'une personne publique se charge de le gérer elle-même, à ses risques et périls, en engageant les fonds nécessaires (capital de premier établissement et fonds de roulement) et en recrutant, dirigeant et salariant le personnel nécessaire, en achetant toutes choses nécessaires au fonctionnement, en entrant directement en relations avec les usagers du service, le cas échéant en supportant, elle-même et seule, la responsabilité des préjudices causés aux tiers par le fonctionnement du service. »* (*Droit administratif* 1963, 9e éd. n° 1153.)

Ce procédé est utilisé aussi bien par l'État que par les collectivités territoriales.

● Les régies d'État

227 La régie est, pour l'État, le mode normal de gestion des services publics. Il s'effectue sans personnalisation juridique du service public : l'Administration fiscale, celles de la police, de l'armée sont gérées en régie. On étudie deux sortes de régies d'État.

Les ministères (et les secrétariats d'État), *régies administratives*, sont des divisions de l'activité gouvernementale par matières dont le découpage varie au gré de motifs divers. Ils n'ont pas

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

de personnalité juridique et servent de cadre d'action à l'État. Ils comprennent trois éléments essentiels :
– un chef, qui est *ministre d'État, ministre* (autonome ou délégué) ou *secrétaire d'État*;
– un cabinet, qui réunit les collaborateurs du chef du ministère; on y rencontre notamment un directeur de cabinet (organe plus politique) et un chef de cabinet (organe administratif), assistés de conseillers techniques et de chargés de mission;
– des *directions*, qui sont les structures fondamentales entre lesquelles sont réparties les activités du ministère, chacune d'elles ayant à sa tête un directeur.
Au ministère des Affaires étrangères on trouve traditionnellement un quatrième élément, le *secrétariat général du ministère*; cette institution a été étendue aux autres ministères (circul. 1er ministre, 2 juin 2004).
Entre les différents ministères existent des *structures de coordination* afin que l'action de chacun d'eux ne tourne pas à la cacophonie et à la dysharmonie. Cette fonction de coordination est assurée sous la haute autorité d'un organisme essentiel à la bonne marche d'un gouvernement, le *Secrétariat général du gouvernement*, placé auprès du Premier ministre et sous son autorité. Il existe également des *organismes interministériels* dont le plus important est le *Conseil des ministres*, sous l'autorité et la direction du chef de l'État.
Les régies industrielles et commerciales d'État sont réputées être mal adaptées à leur objet économique en raison du manque de souplesse de leur régime juridique. Ces régies (qui ont longtemps comporté l'Imprimerie nationale, les ateliers de l'armée [poudreries et arsenaux], les Monnaies et médailles, etc.) ont vu leur statut largement privatisé d'où leur caractère aujourd'hui résiduel (v. par exemple les manufactures de Beauvais, des Gobelins, de la Savonnerie et de Sèvres). Sans personnalité juridique (cas de la SEITA jusqu'en 1959), ces régies ne prennent en principe pas d'actes juridiques, elles ne sont normalement pas soumises aux impôts, et connaissent un régime comptable qui est celui du compte spécial du Trésor ou celui du budget annexe. Leur personnel relève du droit public soit en qualité de fonctionnaires, soit en celle d'agents publics, soit encore en celle d'ouvriers de l'État.

● Les régies des collectivités territoriales

228 Si toute collectivité territoriale peut se doter de régies (loi du 12 juil. 1999, art. 62) celles-ci se rencontrent surtout dans les communes ou dans les intercommunalités et dans les départements. Une double distinction oppose, d'une part, les régies sans personnalité juridique et les régies dotées de la personnalité juridique (ce qui est, juridiquement, une hérésie), d'autre part, les régies administratives aux régies industrielles ou commerciales.
Les régies sans personnalité juridique sont administrées par un conseil ayant à sa tête un directeur. Elles ne sont dotées que de l'autonomie financière, leur budget est inscrit sous forme d'une ligne au budget de la collectivité territoriale dont elles relèvent et elles disposent de recettes constituées par les redevances payées par les usagers. Les régies dotées de la personnalité juridique sont, de fait, des établissements publics : elles possèdent des biens, peuvent émettre des actes juridiques et sont dotées de l'autonomie financière.
Les régies administratives peuvent être obligatoires (état civil, aide sociale, protection maternelle et infantile, service extérieur des pompes funèbres, lutte antituberculeuse) ou facultatives (bourses d'étude ou lutte contre l'incendie). Les régies industrielles ou commerciales sont toutes facultatives, ce sont les plus nombreuses. Elles doivent présenter un intérêt public local, respecter la liberté du commerce et de l'industrie (19 févr. 1943, *Nocton*; 11 juin 1958, *Chambre syndicale des agents généraux d'assurances*) et ne pas empiéter sur la compétence d'autres collectivités publiques.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. L'établissement public

229 L'établissement public est d'abord une forme décentralisée ou déconcentrée de l'organisation de l'État parce qu'il est une personne juridique distincte de l'Administration et, à ce titre, il relève de l'étude des structures administratives. Il est aussi une forme et un mode de gestion des services publics. On dit qu'il est un « service public personnalisé » mais ce n'est pas toujours le cas. Par là, on tente d'individualiser et de faire parvenir à la vie juridique certains intérêts humains, économiques, industriels, culturels, sanitaires et autres particulièrement importants afin de leur permettre une maîtrise plus grande de leurs activités. L'établissement public réalise ainsi une forme particulière de décentralisation, la décentralisation par services qui ne doit pas être confondue avec la décentralisation territoriale. Dans le cas de l'établissement public ce n'est qu'une pure technique, un moyen de gestion. Très prisé, le recours à cette formule explique son pullulement. On peut distinguer les différents établissements publics selon leur statut financier (autonomie, semi-autonomie ou rattachement financier), la collectivité territoriale à laquelle ils sont rattachés (établissements publics internationaux, d'État, de région, de département, de commune et d'intercommunalité) ou le secteur d'activité (établissements publics administratif, industriel ou commercial, scientifique ou culturel).

On a parlé d'une « crise de l'établissement public » parce que cette diversité des établissements publics rend très difficile le maintien de l'unité catégorielle au plan juridique. Malgré les observations de la Cour des comptes (dès 1963), les propositions du Conseil d'État (notamment dans ses rapports de 1971 et de 2010), les critiques de la doctrine, la réforme n'a pas eu lieu et aujourd'hui plus que jamais « une remise en ordre s'impose » (A. Mestre et D. Linotte) parce que la « crise » est toujours là avec l'apparition et la multiplication de personnes publiques spécialisées comme les *groupements d'intérêt public, la Banque de France* ou *l'Autorité des marchés financiers* (F. Melleray).

● La notion d'établissement public

L'élucidation (c'est bien le mot qui convient) de la notion d'établissement public suppose résolues trois questions : celle de sa définition, celle de son critère et celle de sa délimitation, à la fois extrinsèque et intrinsèque.

230 *La définition de l'établissement public est simple*.

L'établissement public est une personne morale, de droit public, décentralisée et spécialisée. Cela signifie qu'il possède toutes les prérogatives attachées à la personnalité juridique, tous les « privilèges » détenus par les personnes publiques, et qu'il est rattaché, pour tutelle, à une collectivité territoriale (État ou autre). En outre, il est dominé par le principe de spécialité : c'est là sa différence essentielle avec les personnes publiques territorialisées. Alors que ces dernières sont instituées pour satisfaire tous les intérêts publics du territoire qu'elles régissent, l'établissement public, lui, ne peut poursuivre que l'objet en vue duquel il a été créé. Il ne peut « sortir » de sa spécialité à peine de nullité de ses actes : un bureau de bienfaisance ne peut gérer une salle de cinéma pour se procurer des revenus en vue de mieux remplir son objet (13 déc. 1939, *Seguinaud*).

231 *La détermination du critère de l'établissement public est plus délicate.*

Soit il existe une qualification légale positive, et il n'y a pas de difficulté : elle s'applique. Les universités sont des établissements publics (lois du 12 novembre 1968 et du 26 janvier 1984), tout comme les instituts d'études politiques (décrets du 18 décembre 1989) ou les *offices publics de l'habitat* (créés par l'ordonnance du 1er févr. 2007, par fusion des OPHLM et des OPAC) qui, eux, sont des EPIC. Il n'y a pas de difficulté non plus en cas de qualification négative : un texte indique expressément ce qu'est un organisme excluant par là qu'il puisse être un établissement

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

public. Ainsi, l'ordonnance du 2 novembre 1945, en qualifiant les chambres professionnelles des huissiers, des notaires ou des commissaires-priseurs « d'établissements d'utilité publique », en fait des personnes privées, ce qui exclut qu'elles puissent être des établissements publics.

Soit, plus fréquemment, les textes sont muets et la jurisprudence doit s'attacher à la méthode du « faisceau d'indices » pour découvrir ce qu'était l'intention réelle du créateur de l'organisme. Elle recherche s'il existe plusieurs indices concordants dans la panoplie des indices ci-après : initiative de la création, présence de prérogatives de puissance publique, règles de financement, statut du personnel, intervention d'une autorité publique pour nommer les dirigeants, tutelle d'autorités publiques, existence d'un contrôle financier supérieur, exécution d'une mission de service public, etc. (12 déc. 2003, *USPAC-CGT et autres*). Il s'agit d'une analyse empreinte de subjectivité : la recherche d'un « climat de droit public » relevant plutôt de « l'impressionnisme juridique ».

232 *La délimitation de la notion d'établissement public est-elle aussi assez périlleuse ?*

Tout d'abord, la délimitation extrinsèque doit se faire par rapport à des catégories qui, pour être proches, ne se confondent point avec celle d'établissement public. Tel est le cas :

– de *l'établissement « d'utilité publique »*, qui est régi par le seul droit privé (Cass. civ. 5 mars 1856) ;

– du *service public*, car tout service public géré par une personne publique n'emprunte pas forcément la forme de l'établissement public (ainsi, les régies) ; il est aussi des établissements publics – assez peu nombreux il est vrai – qui ne gèrent pas de service public (les Charbonnages de France, les associations syndicales de propriétaires [TC 9 déc. 1899, *Assoc. syndicale du canal de Gignac*, p. 731], l'Entreprise minière et chimique qui comprend à la fois les Mines domaniales de potasse d'Alsace et l'Office national interprofessionnel de l'azote) ; enfin, il n'y a pas toujours coïncidence entre la nature du service public géré (SPA, SPIC…) et la nature de l'établissement public qui le gère : un établissement public administratif peut gérer un SPIC et un établissement public industriel ou commercial peut gérer un SPA, un même établissement public (ports autonomes devenus en 2008 « grands ports maritimes », Office national interprofessionnel des céréales, devenu ONIGC) peut gérer plusieurs activités dont les unes seront des SPA et les autres des SPIC ;

– de *l'entreprise publique* même si, en pratique, nombre de ces entreprises sont des établissements publics : la correspondance n'est pas absolue. Il y a des établissements publics à caractère industriel ou commercial qui ne sont pas des entreprises publiques (ONIGC, ONIA, FORMA, aujourd'hui disparu), tout comme de nombreuses entreprises publiques ne sont pas (ou n'étaient pas) organisées sous la forme d'établissements publics (SNCF jusqu'en 1983, Air France, SEITA, Cie française des pétroles, EDF et GDF depuis la loi du 9 août 2004), le recours à cette modalité allant croissant.

Ensuite, la délimitation intrinsèque doit se faire à l'intérieur de la catégorie de l'établissement public. L'on a coutume d'y opérer une distinction présentée comme cardinale entre l'établissement public administratif (EPA) et l'établissement public industriel ou commercial (EPIC). Cette distinction n'est pas simple et son utilité est faible.

Cette distinction n'est pas simple. Normalement un établissement public est administratif (Ass. 12 déc. 2003, *USPAC CGT* : l'Institut de France est un établissement public administratif ; 10 janv. 2005, *Caisse du Crédit municipal de Paris* : même solution) sauf s'il entre dans l'autre branche de la catégorie, celle de l'établissement public industriel ou commercial. Pour déterminer s'il s'agit d'un EPIC, la jurisprudence retient deux aspects. Elle recherche d'abord ce que fait l'établissement public en se posant des questions comme : quel est l'objet de l'établissement ? Objet de nature industrielle ou commerciale (fabrication de produits, stockage, transformation transport, vente, etc.) ? A-t-il un comportement habituellement commercial (par ex. spéculation : 21 févr. 1944, *Musée Rodin*) ? A-t-il un comportement analogue à celui d'une entreprise privée (13 déc.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1959, *Navizet*, à propos de l'INAO) ? Elle recherche ensuite la manière dont l'établissement public réalise cet objet et cela à travers l'étude des conditions d'organisation et de fonctionnement de l'établissement : inscription au registre du commerce, statut et conditions de recrutement du personnel, modalités de fonctionnement, etc.

Tout est donc affaire de nuances et de subtilité, ce qui a amené un commissaire du gouvernement à apostropher un jour ses pairs du Conseil d'État en ces termes : *« Le sexe des anges, Messieurs, n'est peut-être pas plus difficile à discerner que la nature juridique des établissements publics »* (J. Rigaud, concl. sur 29 janv. 1965, *L'Herbier*, *AJDA* 1965 p. 103 ; voir aussi, à propos de la Caisse de crédit municipal de Paris, qualifiée d'EPA : 10 janv. 2005, *Caisse de crédit municipal de Paris*, préc.).

Cette distinction paraît, en outre, assez largement inutile. Savoir si un établissement public est un EPA ou un EPIC est d'un intérêt limité, car ce qui différencie les règles qui leur sont applicables ce n'est pas tant leur nature d'établissement public (administratif, industriel ou commercial) que la nature du service public qu'ils gèrent. La seule qualification d'EPA ou d'EPIC ne suffit pas, encore faut-il connaître la nature juridique du service public qu'ils assurent. L'on sait qu'il n'y a pas toujours – loin s'en faut – coïncidence entre nature de l'établissement et nature du service. Les grands ports maritimes sont des EPA qui gèrent un SPIC lorsqu'ils stockent ou gardent ou conservent des marchandises et qui gèrent un SPA lorsqu'ils contribuent à la police de la navigation et du port (Sect. 17 avr. 1959, *Abadie* ; 26 juin 1974, *Port autonome de Marseille*). La solution était identique pour l'Office national interprofessionnel des céréales (ONIC), EPIC qui gérait un SPA lorsqu'il contribuait à la régulation du cours des céréales, et un SPIC lorsqu'il achetait, vendait ou stockait ces céréales (TC 23 nov. 1959, *Sté de meunerie*). Il en va de même pour l'EPIC « Voies navigables de France » (TC 10 févr. 1949, *Guis* ; TC 20 oct. 1997, *SA Papeteries Étienne c/ V.N.F.*). C'est dire combien cette question difficile est, en outre, irritante dans la mesure où la résoudre n'avance guère la recherche d'une identification satisfaisante du régime juridique de l'établissement public (en ce sens, voir *« Les établissements publics »*, Étude du Conseil d'État, 2009, Doc. franç. 2010).

Cependant, dans un souci de simplification qu'on ne regrettera pas, le Tribunal des conflits décide que lorsque la qualification d'EPIC résulte directement de la loi, la compétence est judiciaire de plein droit, sauf exceptions très limitées (activités de réglementation, de police ou de contrôle exigeant des prérogatives de puissance publique qui, de ce fait, relèvent du juge administratif), sans considération de la nature réelle du service public géré par lui (TC 29 déc. 2004, *Blanckeman* ; TC 5 mai 2008, *EURL Croisières lorraines « La Bergamote »* ; TC 28 mars 2011, *Gpt forestier de Beaume-Haie*, 3787). Reste, au final, que l'on peut se demander si l'évolution des règles du droit communautaire et des exigences liées aux principes de concurrence, de transparence et d'égalité ne menace pas, à terme, l'existence même des EPIC (TUE 20 sept. 2012, *France c/ Commission*).

● Le régime juridique de l'établissement public

233 *La création de l'établissement public* est dominée par une règle, inaugurée avec la Constitution de 1958, qui réserve au législateur seulement la création de *« nouvelles catégories d'établissements publics »*. Un nouvel établissement public peut être créé par décret s'il entre dans une catégorie déjà existante, à défaut il ne peut être créé que par la loi. Il faut donc déterminer si le nouvel établissement public appartient, ou non, à une catégorie déjà existante ou nouvelle pour savoir si sa création relève de la compétence législative ou de la compétence réglementaire. Pour ce faire, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il convient de se demander : 1°) si l'activité du nouvel établissement s'exerce « territorialement sous la même tutelle administrative » qu'un établissement (ou plusieurs) déjà existant ; 2°) si la spécialité de ce nouvel établissement est « analogue » à celle d'un établissement (ou plusieurs) déjà existant. Une double réponse positive entraîne la compétence réglementaire. Par

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

« création », il faut entendre non seulement le fait même de créer mais encore la fixation des « règles constitutives », celles qui déterminent de façon générale l'organisation et le fonctionnement de l'organisme (CC 27 nov. 1959) mais point celles relatives à sa nature administrative, industrielle ou commerciale (*L'Herbier*, préc.).

Les conditions de la suppression de l'établissement public sont soit prévues par le texte qui l'a créé, soit, dans le silence des textes, régies par le principe général du droit dit du parallélisme des formes et/ou des compétences (*cf.* § 348).

L'organisation de l'établissement public est de facture classique. Il est doté de la personnalité juridique et comporte à sa tête un organe délibérant et un organe exécutif. L'organe délibérant peut être élu (cas le plus fréquent) ou non, c'est lui qui possède le pouvoir de décision principal (vote du budget, passation des contrats, autorisation d'ester en justice, gestion des biens, statut du personnel, etc.). L'organe exécutif, tantôt choisi ou élu au sein de l'organe délibérant, tantôt désigné en dehors de cet organe, peut être monocéphale (directeur) ou bicéphale (existence, simultanée, d'un directeur et d'un président de l'organe collégial).

3. Autres modalités de gestion directe

234 La loi et la jurisprudence se conjuguent pour faire apparaître des catégories nouvelles de gestion directe sur l'utilité desquelles on peut avoir les doutes les plus sérieux.

Le législateur ayant multiplié les créations de *groupements d'intérêt public* – lesquels ne sont pas des établissements publics –, la jurisprudence, dans un effort de simplification bienvenu, s'efforçait de les assimiler le plus possible à de tels établissements (TC 14 févr. 2000, *« Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c/ Verdier*) jusqu'à ce qu'ils reçoivent un véritable statut juridique (loi du 17 mai 2011, art. 98 à 122 et décr. 26 janv. 2012).

La jurisprudence décèle dans la Banque de France, créée en 1800 et dont la nature juridique était ignorée jusque-là sans grand inconvénient…, une « personne publique » (22 mars 2000, *Synd. nat. autonome du personnel de la Banque de France c/ Banque de France*; TC 16 juin 1997, *Sté la Fontaine de Mars*). Les litiges la concernant relèvent donc du juge administratif sauf dans quelques hypothèses (2 oct. 2002, *Banque de France et autres*; 23 mars 2007, *Banque de France*; 11 mars 2011, *Banque de France*, 316412; 22 juin 2012, *Guy X.*, 332172).

B. La gestion déléguée des services publics

Le service public, en cette hypothèse, est géré par une personne privée selon trois modalités principales : la délégation de la gestion du service public dont l'archétype est constitué par la concession (1.), la société d'économie mixte (2.) et la dévolution unilatérale (3.).

1. La délégation de la gestion du service public, l'exemple de la concession

235 La « délégation de la gestion du service public » (fréquemment dénommée – de manière inexacte – « délégation de service public », une telle délégation de l'entier service étant illégale : 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes Maritimes*) est un contrat par lequel une personne publique confie à une personne, normalement privée mais qui est parfois une personne publique, le soin de gérer en ses lieu et place un service public, sous son contrôle et à charge pour le contractant – c'est là un élément aléatoire – de tirer une partie de ses revenus du produit de l'exploitation du service (21 déc. 1906, *Synd. des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, p. 962 concl. J. Romieu; 4 mars 1910, *Thérond*, préc.; 20 avr. 1956, *Ép. Bertin*, p. 167; 13 nov. 1970, *Ville de Royan*. Voir aussi les lois n° 92-125 du 6 févr. 1992 et n° 93-122 du 29 janv. 1993). De nombreux contrats, nommés ou innomés, sont susceptibles d'être une délégation. Le plus commun et le plus caractéristique est le contrat de concession.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● La notion de concession (voir aussi § 405)

236 La concession est à la fois un contrat administratif (cet aspect sera étudié dans le chapitre 9) et un mode de gestion des services publics. Elle peut poursuivre des objets divers : travail public, service public. Par ce contrat, qui est un peu le « modèle » des contrats de délégation de la gestion du service public, est confiée, par le *concédant*, à une personne, en principe privée (mais on voit des concessions confiées à une personne publique…), le *concessionnaire*, la gestion d'un service public. Cette gestion est assurée sous le contrôle constant du concédant mais elle se déroule aux risques et périls du concessionnaire, celui-ci étant rémunéré par la perception de redevances acquittées par les usagers du service et courant tous les aléas normaux de la vie des affaires. Il bénéficie, pour assurer cette gestion, de prérogatives de puissance publique. Il peut y avoir concession de travail et de service publics, c'est le cas le plus fréquent, c'est-à-dire la réalisation d'un ouvrage ou d'une opération puis l'exploitation de ce qui a été réalisé. Il peut y avoir aussi seulement concession de service public ou seulement concession de travail public. La concession se distingue du marché public où le titulaire du marché est rémunéré directement par l'Administration qui lui paie un prix.

● La conclusion du contrat de concession

237 La conclusion du contrat de concession était, traditionnellement, dominée par le principe de l'*intuitus personae*, selon lequel la concession est conclue par l'Administration avec un particulier déterminé précisément parce que c'est lui. La durée, souvent longue, de la concession était, classiquement, avancée comme argument justifiant le recours à l'*intuitus personae* : il faut s'assurer qu'entre concédant et concessionnaire les choses se passeront bien, d'où la liberté de choix conférée à la puissance publique. On a vu plus haut (§ 225) que ces concessions doivent cependant respecter les règles communautaires et nationales de la concurrence, d'où un certain affaiblissement du principe d'*intuitus personae* (§ 415).

● Le contenu du contrat de concession

238 Les stipulations d'un contrat de concession sont constituées de deux éléments. Le *cahier des charges* est rédigé souvent selon des cahiers types applicables en fonction de l'objet du contrat de concession, il a une nature d'acte réglementaire en ce qu'il concerne les conditions de gestion du service public concédé. *Le contrat de concession* proprement dit est la partie véritablement « contractuelle » de ce document : il constate l'accord des parties et détermine les modalités essentielles de la concession, au premier rang desquelles figurent les conditions destinées à permettre l'équilibre financier de la concession.

L'existence même de ce contrat – parce qu'il permet d'assurer la marche d'un service public – confère au concédant, même lorsque cela n'est pas expressément prévu, le pouvoir de contrôler sa correcte exécution par le concessionnaire assorti d'un pouvoir de sanction particulièrement énergique, pouvant aller, sous le contrôle du juge (20 janv. 1905, *Cie départementale des eaux*, p. 57 concl. Romieu), jusqu'à la déchéance du concessionnaire. Elle lui impose aussi des obligations envers le concessionnaire : garantie d'exécution paisible du contrat, respect des conditions de rémunération et d'équilibre financier, application des théories réparatrices de cet équilibre que sont celles du *fait du prince* (*cf.* § 440) et de *l'imprévision* (*cf.* § 441-444).

Au concessionnaire, le contrat de concession confère des droits pour lui permettre d'exécuter correctement ses obligations : octroi de certaines prérogatives, droit à rémunération au moyen de redevances assises sur les usagers, droit à une variation raisonnable des tarifs en fonction de l'évolution économique générale, droit à l'équilibre financier du contrat, reconnaissance, parfois, de privilèges. Il lui impose aussi des obligations : exécution correcte et

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

loyale du contrat, accomplissement des obligations supplémentaires imposées par le concédant, soumission aux contrôles et aux ordres de ce dernier, réglementation stricte des conditions de sous-traitance et de co-traitance.

● La fin de la concession

239 La concession peut prendre fin de diverses manières : à l'arrivée du terme qui avait été initialement fixé, ou de façon anticipée mais par accord des parties, ou encore par la réalisation de l'objet du contrat ou du fait de la disparition de celui-ci. Elle peut également prendre fin par dissolution du lien contractuel : force majeure, rachat de la concession, déchéance du concessionnaire.

2. La société d'économie mixte

240 La société d'économie mixte est une personne morale de droit privé associant des capitaux publics et des capitaux privés dans des proportions variables ; elle peut être chargée de gérer – mais pas toujours – soit un service public soit un objet d'intérêt général qui revêtira souvent la forme d'un service public. C'est à ce titre qu'elle est étudiée ici : en ces cas elle est une manifestation de la collaboration de personnes publiques et de personnes privées pour la gestion de l'intérêt général mais sous un régime intégral de droit privé.

● Structures

241 En la forme, la société d'économie mixte ressemble à bien des sociétés anonymes mais chaque composante y est, en quelque sorte, subvertie.
On y trouve une assemblée générale des actionnaires, souvent fantoche parce que lui sont refusés la plupart des pouvoirs qui, d'ordinaire, appartiennent à un tel organe, parce que l'État y est représenté par un non-actionnaire, enfin parce que le nombre de droits de vote des personnes publiques peut être très supérieur à leur part de pourcentage dans le capital de la société. Semblablement, le conseil d'administration est composé d'administrateurs élus (comme cela est de règle) et d'administrateurs nommés pour représenter le capital public, ces derniers ne proviennent donc pas de l'assemblée des actionnaires. Ce conseil n'exerce pas généralement les fonctions qui sont, en principe, les siennes en droit commun. Enfin, l'organe directeur est fréquemment bicéphale : le président du conseil d'administration et le directeur général.
Si ce caractère très largement fantomatique des organes peut se rencontrer également dans les sociétés commerciales « classiques » (pactes d'actionnaires, actions sans droit de vote, etc.), dans le cas des sociétés d'économie mixte, d'une part, il y a systématiquement cumul de tous ces éléments, d'autre part, cette situation est le cas de figure normal.

● Capitaux

242 Le capital est mixte sous réserve que la participation publique au capital doit être majoritaire, fût-ce symboliquement (par ex. 50,001 % de capitaux publics et 49,999 % de capitaux privés), et que le nombre des sièges réservés à l'actionnariat public excède la moitié du nombre total de sièges (Sur ces conditions : 24 nov. 1978, *Synd. nat. du personnel de l'énergie atomique CFDT et Schwartz*).
La participation publique peut être financière (cas le plus fréquent) mais aussi en nature (dotation immobilière, cession d'un brevet, etc.). C'est ainsi que lors de la création de la *Cie nationale du Rhône* l'État lui a fait un apport en nature : la force hydraulique du Rhône.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

3. La dévolution unilatérale du service public

243 La puissance publique, en ce cas, attribue la gestion d'un service public à une personne privée par voie d'acte unilatéral. Le plus souvent cette dévolution se fera à une association de la loi de 1901 (que cette association soit une « vraie » association ou une association-paravent destinée, souvent, à permettre aux personnes publiques d'agir sans respecter les formes légales). Elle pourra se faire aussi à une société d'économie mixte « fictive ». La création, par la loi du 28 mai 2010, de la formule de la *société publique locale* (SPL) est de nature à clarifier les choses et à tarir le recours à l'association et autres personnes privées « transparentes » (v. Dossier sur les SPL *in RFDA* 2012 p. 1043 et s.).

Deux traits caractérisent le régime applicable aux personnes privées concernées : 1°) un contrôle plus ou moins étendu exercé par la personne publique qui a attribué le service ; 2°) la nature publique reconnue, à certaines conditions, à celles de leurs décisions prises dans le cadre de la mission de service public et en vertu de prérogatives de puissance publique (13 janv. 1961, *Magnier*, préc. ; 4 avr. 1962, *Chevassier*). Les règles régissant la conclusion des délégations du service public au moyen d'un contrat (loi du 25 janv. 1993) sont inapplicables à celles dévolues unilatéralement même si, ultérieurement, un contrat est conclu en exécution de cet acte unilatéral (25 juil. 2008, *Féd. nat. aviation marchande*).

Toutefois, soucieux d'éviter certaines dérives, le juge estime illégal le fait pour une personne publique de se dessaisir globalement d'une catégorie entière de compétences au profit d'une telle personne privée (27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes maritimes*).

3 Les règles générales applicables aux services publics

Ces règles concernent la création et la suppression des services publics (A.), les usagers du service public (B.) et les principes ou « lois » du service public (C.).

A. La création et la suppression des services publics

244 Ces règles sont très importantes puisqu'elles déterminent les conditions d'existence des services publics et leurs limites. Dans le cas des *services publics à base constitutionnelle*, la rigidité est forte : la création de tels services est obligatoire pour le législateur puisqu'il s'agit d'une exigence de la Constitution (CC décisions précitées, n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, n° 86-217 DC du 18 sept. 1986 ; n° 87-232 DC du 7 janv. 1988), ils ne peuvent pas faire l'objet d'un transfert au secteur privé et leur suppression est impossible sans révision préalable de la Constitution.

Si la création (1.) d'un service public peut être expresse ou non, sa suppression ne peut être qu'expresse (2.).

1. La création des services publics

La création d'un service public est tantôt formelle – donc consciente –, tantôt spontanée – souvent inconsciente –.

● La création formelle

245 La création formelle des services publics – qui est le cas de figure normal – se produit lorsque l'autorité qui intervient le fait dans l'intention délibérée de créer un service public. Jusqu'en

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1958, seule la loi pouvait créer un service public (13 nov. 1958, *Chambre synd. des armes et munitions*) dans la mesure où la création d'un tel service emporte fréquemment attribution de prérogatives de puissance publique ou empiètement sur les libertés publiques. Depuis la Constitution de 1958, ce pouvoir est partagé entre la loi et le règlement. Il faut toujours une loi pour rendre obligatoire pour les collectivités territoriales la création de services publics, pour décider la nationalisation d'une activité en vue d'en faire un service public ou également pour créer un service public susceptible d'empiéter sur une liberté publique et, en ce cas, à condition que cette dernière n'ait pas reçu une consécration constitutionnelle limitant davantage encore la liberté du législateur (CC n° 77-87 DC du 23 nov. 1977, *Liberté de l'enseignement*). Dans tous les autres cas la compétence appartient au règlement. En outre, loi ou règlement doivent respecter les prescriptions du droit communautaire : libre circulation des personnes et des biens, disparition progressive des monopoles publics, interdiction des entraves à la concurrence, respect du principe d'égalité, etc.

● La création spontanée

246 Dans de nombreux cas une activité existe ou se crée sans que l'on songe à y voir un service public ou que l'on ait voulu en constituer un. Le service public se réduit parfois à une activité qui, à un moment donné, se voit qualifiée de service public. D'où le déclenchement d'un ensemble de conséquences : contrôle tutélaire public, prérogatives de puissance publique, etc. Bien souvent la découverte est fortuite. À l'occasion d'un dommage à réparer, de la révision d'un contrat ou de la naissance d'un contentieux, se découvre, à la base de ces questions, une organisation qui est un service public, organisation dont l'origine peut être due, éventuellement, à une initiative purement privée.

2. La suppression des services publics

247 On laisse de côté le cas des services publics à base constitutionnelle, déjà examiné, et dont la suppression ou la modification substantielle requiert une révision de la Constitution. En vertu du principe du parallélisme des formes et/ou des compétences (§ 349), il faut une loi pour supprimer ceux des services publics dont la création n'a pu ou n'aurait dû être faite que par une loi : suppression du caractère obligatoire d'un service public local ou dénationalisation (dite encore « privatisation »), par exemple (voir, à propos des privatisations de *GDF* : CC 2006-543 DC, 30 nov. 2006, préc., et des sociétés d'autoroutes : Sect. 27 sept. 2006, *Bayrou et autres*, préc.). Lorsque la suppression d'un tel service intéresse les libertés publiques, elle ne peut être le fait que d'une loi, la matière des libertés entrant dans la compétence du seul législateur.

B. Les usagers du service public

Le terme utilisé est encore celui d'« usager » bien que, de plus en plus, pour des raisons notamment de marketing, on ait recours à celui de « client ». L'usager est celui auquel le service public est destiné : il est le destinataire direct et normal du service (1.), la nature de sa condition juridique est variable (2.) alors que le contenu de celle-ci est bien fixé (3.).

1. La notion d'usager du service public

Cette notion recouvre un aspect positif et un aspect négatif.

● L'aspect positif de la notion d'usager

248 Positivement, l'usager est celui à qui le service s'adresse directement (Cass. 1re civ. 20 juin 2006, *Consorts X.*). Cet « usage » peut être direct ou indirect : le passager d'un train de la SNCF est

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

usager direct des compartiments du wagon dans lequel il est installé, mais il est aussi usager indirect des rails, du ballast ou de la signalisation ferroviaire, toutes choses instituées pour son voyage, son confort ou sa sécurité. Proche de l'usager est le « bénéficiaire ». Celui-ci n'est pas usager du service mais il tire un certain profit de son existence. En matière de vaccination, l'usager est celui qui reçoit dans son corps la substance vaccinale, les autres membres du corps social bénéficieront de sa vaccination en voyant réduire pour chacun d'eux le risque de contracter une maladie dangereuse et fortement épidémique ; ils sont bénéficiaires de cette vaccination. L'automobiliste qui respecte le code de la route est néanmoins bénéficiaire du service public de police chargé de surveiller, de constater et de réprimer les infractions à ce code parce que l'existence de ce service réduit le risque, pour cet automobiliste, d'être victime de violations, par les autres, de ces règles.

L'usager est, le plus souvent, volontaire (usager de l'électricité ou de la SNCF) et cela suppose une démarche de sa part à cet effet. Il est cependant des situations d'« usager obligatoire » ou « forcé » : assiduité scolaire, détention des personnes condamnées, obligation vaccinale, affiliation à un régime de Sécurité sociale, etc.

● L'aspect négatif de la notion d'usager

249 Négativement, l'usager se distingue d'autres situations individuelles par rapport au service public. Le *fournisseur* n'est pas un usager parce qu'il n'utilise pas le service, se bornant à donner à celui-ci certains de ses moyens de fonctionnement. L'*assujetti* se trouve forcé à faire quelque chose au profit d'un service public mais n'en reçoit rien en contre-partie directe. Ce n'est pas un usager forcé car un tel usager reçoit du service une contre-partie, tel le vacciné obligatoire. Au contraire, celui qui est assujetti à l'impôt (ou, autrefois, au service militaire) ne reçoit rien de la part de ces services publics que sont le fisc ou l'armée. Le *collaborateur* diffère de l'usager car, s'il aide le service public à fonctionner, il ne reçoit rien d'autre du fait de sa collaboration qu'une rémunération laquelle n'est pas l'objet du service public. Pareillement, les communes et intercommunalités ne sont pas usagers du service départemental d'incendie et de secours auquel elles contribuent financièrement, ceci constituant non la contrepartie d'un service rendu mais la charge liée au fonctionnement d'un service public dont l'institution est obligatoire en vertu de la loi (30 juil. 2010, *SDIS de la Charente*, 309067).

2. La nature juridique de la condition d'usager du service public

Cette nature juridique est variable selon la catégorie de service public considérée, administrative ou, au contraire, industrielle ou commerciale.

● L'usager du service public administratif

250 Le principe est que l'usager du service public administratif est dans une *situation légale et réglementaire* de droit public, donc dans une *situation statutaire*. Les litiges le concernant relèvent du droit et du juge administratifs. Il ne peut, par contrat, être dérogé à la condition juridique de l'usager d'un service public administratif ; celle-ci étant statutaire, les éléments contractuels sont exclus (TC 12 janv. 1987, *Launay c/ Assistance publique de Paris*, où on lit : *« le malade hébergé dans un hôpital public est un usager d'un service public administratif »*).

Ce n'est que par exception que l'usager de certains services publics administratifs est dans une condition contractuelle de droit public (telle a longtemps été la situation de l'usager du téléphone ou du télex, à l'époque du monopole : TC 24 juin 1968, *Ursot*, p. 799) ou de droit privé (locataire d'une HLM : Aix, 21 avr. 1983 ; usager d'un centre de vacances organisé par une personne publique ou usager d'un service public administratif géré par une personne privée : TC 12 déc. 1938, *Sté des cartonneries de Saint-Étienne*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● L'usager du service public industriel ou commercial

251 L'usager d'un tel service est toujours dans une *situation contractuelle de droit privé*, en vertu du « bloc de compétence » signalé plus haut (*cf.* § 223). Il en va ainsi même lorsque le contrat unissant l'usager au service contient des clauses exorbitantes (Sect. 3 oct. 1961, *Établ. Campanon-Rey*, p. 567 ; TC 17 déc. 1962, *Bertrand*, p. 831, concl. Chardeau ; TC 7 mars 1994, *Csorts Axisa et autres c/ Cie d'aménagement des côteaux de Gascogne*). Ainsi, la responsabilité du service public à caractère industriel ou commercial envers ses usagers relève du seul juge judiciaire alors même qu'il s'agit d'un dommage de travail public (TC 17 janv. 1972, *De Ganay et Ballestra c/ Ville de Toulon*). La règle est la même quelle que soit la nature juridique de la personne gestionnaire du service et quelle que soit la modalité juridique selon laquelle le service est assuré (TC 4 févr. 1974, *Di Vita c/ Mayet*). Il n'en va autrement que dans le cas où l'usager du SPIC sollicite l'annulation pour excès de pouvoir de mesures relatives à l'organisation même du service public (tarifs, règles de priorité entre usagers, etc. : 22 juil. 2009, *Cie des bateaux mouches*, 298470).

3. Contenu de la condition d'usager du service public

Cette condition est caractérisée par l'équilibre réalisé entre droits et obligations, au profit ou à la charge de l'usager.

● Obligations de l'usager du service public

252 L'usager a l'obligation de se soumettre aux règles d'utilisation du service. Il doit l'utiliser conformément à sa destination et se soumettre aux ordres des responsables du service. Il doit également respecter les tarifs fixés.
Ces obligations sont sanctionnées de diverses façons : mise en jeu de la responsabilité de l'usager envers le service, interdiction d'accès au service ou de bénéficier de ses prestations, sanctions pénales.

● Droits de l'usager du service public

253 Lorsque le service n'existe pas, celui qui en serait usager s'il existait n'a pas droit à sa création (15 nov. 1907, *Poirier*), sauf dans le cas où cette création a déjà été décidée par une loi, qu'un règlement tarde à concrétiser, ou par la Constitution qu'une loi ne met pas en application.
Lorsque le principe de la création du service public a été arrêté, l'usager potentiel peut engager la responsabilité de la puissance publique pour sa négligence ou son retard excessif apporté à concrétiser la création (10 mars 1967, *Sté « Les ardoisières d'Angers »*).
Lorsque le service existe effectivement, l'usager a deux droits : 1°) droit au bénéfice des prestations de celui-ci s'il satisfait aux conditions posées pour en bénéficier ; 2°) droit à une certaine qualité du service fourni (sur ces points, du côté communautaire on citera : CJCE 23 avr. 1991, *Höfner c/ Macrotron* ; voir aussi les concl. sur les arrêts déjà cités *Paul Corbeau* et *Cne d'Almelo* ; pour le droit interne français, voir : Paris 4 oct. 1996, *SNCF*, où la société nationale est condamnée pour *« violation de son obligation contractuelle de régularité et de ponctualité »*).
Lorsque le service disparaît l'usager ne peut obtenir du juge administratif son maintien (concl. J. Kahn sur 27 janv. 1961, *Vannier*, préc.), sauf dans le cas où cette cessation constituerait, en même temps, une illégalité ou une inconstitutionnalité, mais celle-ci se résoudrait en dommages-intérêts non par le rétablissement du service (29 déc. 1911, *Chomel*). La suppression du caractère gratuit d'un service public, lorsque cette gratuité n'est qu'une mesure gracieuse, n'est pas discutable au contentieux (15 juin 2007, *Denance*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C. Les principes ou « lois » du service public

254 Ces « lois » ou principes du service public ont été dégagés par Louis Rolland, dans son *Précis de droit administratif* (1926) sous la forme d'une systématisation doctrinale remarquable. Ces lois s'appliquent à tout service public, administratif, industriel ou commercial, et quels qu'en soient le gestionnaire, public ou privé, ainsi que le mode de gestion. Elles constituent ainsi le *« minimum minimorum »* du statut du service public (voir, en particulier : CC n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz*, 6e considérant, à propos des principes d'égalité et de continuité qui sont déclarés *« inhérents au service public »*). Elles sont au nombre de trois : égalité (1.), continuité (2.) et mutabilité (3.) même si sont apparues, à l'époque contemporaine, des exigences nouvelles s'imposant au service public (transparence, qualité du service, ponctualité, etc.) et même si elles ont une influence certaine sur les trois principes traditionnels, elles n'altèrent point la prévalence de la distinction tripartite héritée de Louis Rolland.

1. Le principe d'égalité devant le service public

255 Ce principe est, ici, un cas particulier d'illustration du principe constitutionnel d'égalité entre les individus. Il a aussi la nature d'un principe général du droit existant même sans texte ; sa violation est sanctionnée par la nullité des actes concernés. Il s'applique aux SPA (19 juin 1992, *Dpt du Puy-de-Dôme c/ Bouchon*) comme aux SPIC (14 janv. 1991, *Bachelet*). Cette égalité devant le service public comporte, cumulativement, trois aspects principaux : égalité dans l'accès au service, non-discrimination entre utilisateurs du service, participation égale aux charges du service. L'application de ce principe par le juge donne lieu à des analyses parfois très fines des situations concrètes (4 mai 2011, *M. et Mme Manuel X.*, 322901 ; Section 18 janv. 2013, *SOS racisme*, 328230).

● Droit égal d'accès au service

256 Toute personne candidate à l'usage d'un service public doit être traitée identiquement aux autres candidats usagers dès lors qu'elle se trouve placée dans la même situation au regard du service. Il en va ainsi aussi bien pour l'accès au lieu du service (gare, bibliothèques publiques, etc.) que pour l'accès aux prestations du service (29 déc. 1911, *Chomel*, préc. ; 19 juin 1992, *Dpt du Puy-de-Dôme c/ Bouchon*, préc. : ce dernier arrêt a été rendu à propos du service du ramassage d'enfants scolarisés dans des établissements d'enseignement publics et privés ; TA Châlons-en-Champagne 19 oct. 2006, *Sanchez*). Toutefois, la règle est assouplie lorsque le service public est, pour la collectivité organisatrice, une faculté et non une obligation : l'accès peut être limité à certaines personnes ayant un lien objectif avec la collectivité (résidence, scolarité, lieu de travail, etc. : Sect. 13 mai 1994, *Cne de Dreux*, p. 233). Il est cependant des services publics facultatifs dont l'objet est incompatible avec un accès restreint (à propos du tarif le plus élevé dans les conservatoires municipaux de musique : 29 déc. 1997, *Cne de Gennevilliers et Cne de Nanterre*, 2 espèces). Un cas particulier d'égalité dans l'accès au service public est constitué par le principe d'égalité d'accès aux emplois publics : tous ceux qui souhaitent accéder à la fonction publique – s'ils remplissent certaines conditions (âge, moralité, diplôme…) – ont un droit égal à concourir, c'est-à-dire à subir des épreuves au terme desquelles ils seront classés dans un ordre arithmétique strict fondé sur leur seul mérite.

● Non-discrimination entre les usagers du service

257 Les usagers ont droit, à peine d'illégalité (30 janv. 2008, *Féd. gén. agroalimentaire CFDT*), à un égal traitement de la part du service (16 févr. 2007, *Bidaut*) même lorsqu'ils se trouvent par rapport à celui-ci dans une condition contractuelle de droit privé. Ce principe revêt les formes les plus

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

diverses. La *neutralité* du service public est, à cet égard, un élément fondamental. Elle exprime cette idée que le gestionnaire du service ne peut opérer de distinction entre les usagers du service public qui serait fondée sur la race, le sexe, la religion, les idées politiques, l'appartenance maçonnique, etc. Le plus simple à cet égard est qu'en pratique il soit laissé ignorant de ces éléments lorsqu'ils ne s'offrent pas à la vue, c'est ce que traduit le principe de laïcité du service public (Dans une immense jurisprudence on citera : 30 avr. 1909, *Cne de Sainte-Mémie*; 28 avr. 1938, *Weiss*; Sect. 25 juil. 1939, *Beiss*; Ass. 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles*; 3 mai 1950, *Jamet*; Sect. 7 mars 1969, *Ville de Lille*; 8 nov. 1985, *Rudent*; 9 oct. 1992, *Cne de Saint-Louis*; 2 nov. 1992, *Kherouaa et Kachour, Balo et Kizic*; 8 oct. 2004, *Union franç. pour la cohésion nationale*, etc.).

Cette non-discrimination concerne aussi l'organisation du service et son fonctionnement. Toutefois, ce principe n'interdit pas celles des discriminations qui reposent sur l'appartenance à des catégories différentes objectivement fondées et objectivement déterminées (Section 25 juil. 2007, *Syndic. Avocats des France*, à propos du diplôme d'avocat). La multiplication à l'excès de catégories, qui se rencontre souvent en matière industrielle ou commerciale, constituerait une illégalité. Parfois, l'égalité impose de passer outre l'existence de catégories : ainsi le Conseil constitutionnel (n° 90-285 DC du 28 déc. 1990), imité par le Conseil d'État (Ass. 30 juin 1995, *Gvt du Territoire de la Polynésie française*), a estimé que la contribution sociale généralisée (CSG) était applicable même aux redevables d'impositions qui, à la fois, sont différentes et poursuivent des finalités elles-mêmes différentes. Le principe n'exclut donc pas, si elles sont justifiées, les dérogations, mais il importe que soit respectée l'égalité entre les candidats à la dérogation (10 juil. 1995, *Contremoulin*, en matière de dérogation à la carte scolaire). La possibilité ouverte à l'Administration de traiter différemment des cas dissemblables n'est, pour elle, qu'une faculté, non une obligation (Ass. 28 févr. 1997, *Sté Baxter et autres*; 20 avr. 2005, *Union des familles en Europe et Synd. national des entreprises artistiques et autres*, 2 espèces; 13 juil. 2011, *Bruno X.*, 336360); elle n'est pas davantage un droit pour les usagers (Section 18 janv. 2013, *SOS racisme*, 328230).

En matière économique et dans le droit de l'interventionnisme, une jurisprudence traditionnelle permet les discriminations entre usagers, clients, fournisseurs, etc. fondées sur l'intérêt général (11 juil. 1960, *Sté des phosphates tunisiens*; 16 nov. 1960, *Sté des chantiers d'Ajaccio*) mais on peut s'interroger sur la compatibilité de celle-ci avec les exigences du droit communautaire.

● Participation égale aux charges du service

258 Les utilisateurs du service public doivent, à proportion de l'usage qu'ils en ont, contribuer au financement des charges entraînées par son existence et par son fonctionnement (Ass. 25 juin 1948, *Sté du journal « L'Aurore »*, p. 289; 10 déc. 1962, *Sté indochinoise de constructions électriques et mécaniques*). C'est une égalité devant les charges fiscales induites par l'existence du service public, une égalité devant les sujétions de toute nature qu'il peut entraîner et, enfin, c'est une égalité devant les tarifs. Le juge administratif n'admet des discriminations tarifaires entre les usagers que dans l'un des trois cas suivants : 1°) la discrimination est instituée ou autorisée par la loi; 2°) la discrimination est justifiée par l'existence de différences objectives et appréciables entre les usagers (Bordeaux 28 avr. 1997, *Dpt de Charente-Maritime*; 8 avr. 1998, *Assoc. pour la promotion des Orres et Cie gén. des eaux*); 3°) La discrimination est commandée par un motif d'intérêt général ayant un rapport direct avec l'objet du service ou avec ses conditions d'exploitation (Sect. 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, p. 274; Sect. 13 mars 2002, *UF., Koua Poirrez*; 21 mai 2010, *Sté polynésienne des eaux et de l'assainissement*, 309734; 22 oct. 2010, SNES, 314825).

Résumant l'ensemble de cette jurisprudence, il est jugé que les disparités engendrées entre compagnies aériennes par des redevances d'atterrissage différenciées sont irrégulières car celles-ci ne résultent ni « de différences appréciables entre les situations des différents usa-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

gers », ni « d'une loi », ni d'une « considération d'intérêt général » (13 oct. 1999, *Cie nat. Air France c/ Aéroports de Paris*; voir aussi : Lyon 27 juin 2002, *Brindel*).

2. Le principe de continuité du service public

259 Ce principe constitue l'application au cas des services publics de la règle constitutionnelle de continuité de l'État qu'exprimait déjà l'adage de l'ancien droit : *« En France le roi ne meurt jamais »*. Connu dès 1270 dans la pratique constitutionnelle, il est également reconnu par le droit international public. Il a toujours été considéré comme fondamental dans la jurisprudence classique (concl. A. Tardieu sur 7 août 1909, *Winkell*, Sir. 1909.III.145 ; 13 juin 1980, *Bonjean* ; 22 févr. 2012, *SNESUP-FSU*, 341877) et a été consacré par le Conseil constitutionnel (79-105 DC du 25 juil. 1979, *Droit de grève dans l'audiovisuel* ; CC 2004-501 DC, 5 août 2004, *Service public de l'électricité et du gaz*, 6e, 10e et 15e considérants). Pour ce dernier, ce principe demeure même quand un service public perd sa qualité de service public national (à propos de GDF, CC 2006-543 DC, 30 nov. 2006) et ce maintien est une condition de la constitutionnalité de la loi de dénationalisation. La raison en est qu'un service public revêt cette qualité parce qu'il présente un grand intérêt pour la population ; on conçoit mal que ce qui importe tant puisse s'interrompre ou fonctionner par à-coups au gré des revendications, conceptions ou souhaits de ceux qui ont pour charge de le faire fonctionner. Cette exigence est pourtant bien malmenée : des activités privées mériteraient tout autant de connaître un tel régime de continuité (services alimentaires, médecine, transports…) tandis que certains services publics pourraient, sans inconvénient grave, s'interrompre assez longtemps. De plus, c'est un constat d'évidence que cette exigence est abondamment violée sous les prétextes les plus divers, les employés des services publics considérant souvent la puissance publique comme étant leur employeur (théorie de « l'État patron ») alors qu'elle n'est qu'une mandataire du corps des citoyens.

Toutefois, pour théorique qu'il soit dans nombre de cas, le principe de continuité n'en a pas moins une grande importance aux yeux du Conseil d'État qui le fait prévaloir même sur les règles de compétence prévues par une loi (8 nov. 2002, *Sté Tiscali Télécom*). C'est la force de ce principe qui explique et justifie, à lui seul, qu'une délégation de service public venue à expiration puisse être prolongée sans mise en concurrence (8 juin 2005, *Tomaselli*). La loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs est un bon exemple de tentative de conciliation entre droit de grève et exigence de continuité.

Ceci explique qu'un certain nombre de conséquences juridiques indiscutables découlent de ce principe pour les diverses catégories de personnes concernées.

Les *responsables du service* se voient impartir l'obligation d'assurer la continuité de son fonctionnement (Ass. 7 juil. 1950, *Dehaene*, p. 426 ; ord. réf. 15 juil. 2009, *EDF*, 329526 ; entièrement confirmé par 11 juin 2010, *Syndicat SUD RATP*, 333252) en prenant, sous peine d'engager leur responsabilité, les mesures nécessaires et adéquates en ce sens (7 mai 1971, *min. Éco. et Fin.*). Cela signifie un fonctionnement correct (20 avr. 1934, *Le Meut*), un fonctionnement exact (13 févr. 1942, *Ville de Sarlat* ; 15 juin 1955, *Courtial*), un fonctionnement ininterrompu (24 juil. 1936, *Synd. des grands vins de la Côte d'Or*).

Les *agents du service* voient réglementer leur possibilité de recourir au droit de grève, qui est une des modalités les plus topiques d'interruption de la continuité des services publics. Si, dans certains services publics, elle est interdite (gardiens de prison, militaires, magistrats…), dans tous les autres s'appliquent les – modestes – modalités prévues par la loi du 31 juillet 1963 qui vaut pour tous les services publics, administratifs ou industriels ou commerciaux, quels qu'en soient les gestionnaires, personnes publiques ou personnes privées, et quelle que soit la condition juridique du personnel employé dans ces services. La solution est la même pour

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

des personnes privées investies de missions de service public, tels des médecins réquisitionnés (23 janv. 2013, *X.*, 344706).

Les *collaborateurs contractuels du service* se voient imposer, du chef du principe de continuité, de faire fonctionner le service quelles que soient les difficultés rencontrées. Il leur appartient de mettre en œuvre les moyens permettant de surmonter les obstacles, sauf cas de force majeure, ce que la grève n'est pas pour le juge administratif.

3. Le principe de mutabilité du service public

260 Selon ce principe, le service public doit s'adapter constamment aux diverses variations que subit l'intérêt général. Cela est normal : il n'y a service public que parce qu'il y a satisfaction de l'intérêt général ; dès lors que cet intérêt se modifie, sous l'effet d'évolutions qui lui sont internes ou externes, le service doit s'adapter à ces modifications à peine de ne plus satisfaire correctement cet intérêt et de cesser d'être, en définitive, un service public.

Ce principe s'impose d'abord aux *responsables du service*. Ceux-ci doivent tenir compte de l'évolution matérielle et juridique. Ils doivent aussi s'adapter aux changements dans les circonstances de fait susceptibles d'affecter les caractéristiques de l'intérêt général. Parce que cette mutabilité est une obligation juridiquement sanctionnée pour l'Administration, celle-ci s'impose *ipso facto* aux usagers du service. Ceux-ci n'ont, ainsi, pas de droit acquis à ce que le service fonctionne en permanence aux conditions initiales (Sect. 27 janv. 1961, *Vannier* : où on lit *« que les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service »*).

Ce principe s'impose aussi aux agents du service, qui doivent se plier au caractère statutaire de leur situation. Lorsque ce sont des fonctionnaires ou des agents publics, ils n'ont aucun droit acquis au maintien de leur statut : mutations, déroulement modifié de la carrière, suppression de services, réductions de traitement, etc. sont possibles. En bref, la situation de ces agents étant unilatérale celle-ci n'est pas « négociable ».

Les *usagers* ainsi que les *collaborateurs contractuels du service public* doivent, pareillement, s'adapter aux modalités nouvelles d'accomplissement et de fonctionnement d'un service public. De là l'Administration tire notamment son pouvoir de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat administratif lorsque le service public qu'il concerne l'exige (*cf.* § 429).

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

M. Debène et O. Raymundie, « Sur le service universel : renouveau du service public ou mystification ? » *AJDA* 1996, p. 183.

O. Dugrip et L. Saïd, *Les établissements publics nationaux*, LGDJ, 1992.

J.-F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, *Droit des services publics*, 3e éd., PUF, 2004.

J.-F. Lachaume, « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA*. 2003, p. 362.

M. Lascombe, « Les ordres professionnels », *AJDA* 1994, p. 855.

A. de Laubadère, Y. Gaudemet et J.-C. Venezia, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 3, 6e ed., 1997.

« Le service public », n° spécial, *AJDA* 1997, 164 p.

G. Pekassa Ndam, « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », RDP 2012 p. 347

B. Seiller, « L'érosion de la distinction SPA – SPIC », *AJDA* 2005, p. 417.

« Service public », actes du colloque du 4 octobre 2007, Université de Franche-Comté, *RFDA* 2008, pp. 1-85, excellente synthèse sur le service public aujourd'hui.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

POUR ALLER PLUS LOIN

C. Barbier, « L'usager est-il devenu le client du service public ? », *JCP* 1995.I.3816 : l'évolution des idées relatives aux rapports du service public avec ses usagers (ou clients ?).

F. Chaltiel, « Les apports du traité de Lisbonne au service public », *AJDA* 2008 p. 1575.

L. Corneille, *Conclusions sur 7 avril 1916*, Astruc, Sirey 1916.III.41 : pour comprendre le caractère contingent et évolutif de la notion de service public.

« Les établissements publics », Étude du Conseil d'État, 2009, *Doc. franç.* 2010, 134 pages : importante synthèse des questions actuelles posées à et par l'établissement public, notamment face à la construction européenne mais aussi à la dilution du concept et de son régime juridique ; la « crise de l'établissement public » est toujours là.

D. De Bechillon, « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *AJDA* 2012 p. 1437

G. Eckert, «Délégations de service public et droit communautaire : une conciliation délicate (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 1er avril 2009, *CUB et Kéolis*) », *RDP* 2010 p. 217

G. Lazzarin, «L'application du droit de la consommation aux services publics », *RFDA* 2011 p. 591

F. Melleray, « La notion judiciaire de service public, développements récents », *AJDA* 2003, p. 114 : excellente étude sur l'usage fait par le juge judiciaire de la notion de service public qui lui est propre.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

6

La police administrative

261 La police est une fonction capitale dans toute société civilisée où règne un certain ordre social, condition *sine qua non* de la conciliation, aussi harmonieuse que possible, entre l'épanouissement des libertés individuelles et le développement d'un destin collectif. En établissant la condition de possibilité d'un état social juste et ordonné, la police se révèle être un acteur majeur de la civilisation, fondant ainsi les bases indispensables d'un ordre garant à la fois de la paix publique et de la liberté personnelle.
Le terme « police » ne revêt pas en droit le sens qu'il a dans le langage courant. Suivant les époques, il a reçu un sens différent : au XVIII[e] siècle il désigne une certaine organisation de l'État où l'Administration se manifeste presque exclusivement par la voie du commandement, de l'autorité (d'où l'expression « État de police »). À ce dernier a succédé, on l'a vu (§ 13-14), l'État de droit, dans lequel les autorités publiques sont soumises intégralement au respect du droit par le biais d'une hiérarchie des normes sanctionnée par le contrôle juridictionnel. Le mot « police » a pris aussi, en droit administratif, un sens plus étroit qu'il convient de définir (1.) avant d'en étudier le contenu, c'est-à-dire le pouvoir de police (2.).

1 Définition de la police administrative

La police administrative se distingue d'un certain nombre de notions voisines avec lesquelles on a parfois tendance à la confondre (A.). Elle se caractérise par des traits spécifiques (B.).

A. La notion de police administrative

Cette notion doit être distinguée d'une part de celle de service public *stricto sensu* bien que la police soit elle-même un service public (1.), d'autre part de celle de pouvoir réglementaire (2.).

1. Police administrative et service public

On a souvent tendance à confondre purement et simplement les deux notions de police administrative et de service public. Il convient de bien délimiter ces deux notions.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Différences entre police administrative et service public

262 Ces deux activités sociales s'opposent par leur nature. Alors que le service public est une entreprise administrative gérée dans l'intérêt général, souvent avec des moyens exorbitants du droit commun, la police est un mode d'intervention publique dans la sphère des activités privées afin de limiter la liberté des individus pour protéger un intérêt général spécifique, l'ordre public.

Ces activités s'opposent encore par les procédés utilisés : le service public fournit des prestations tandis que la police édicte des prescriptions. Elles se différencient également par les effets attachés à l'intervention publique : avec le service public l'activité devient ou demeure administrative, avec la police l'activité demeure privée.

En forçant beaucoup les traits, on peut dire que le service public est une prise en charge d'activités par la puissance publique tandis que la police soumet ces activités, lorsqu'elles sont le fait de personnes privées, à un régime de liberté surveillée. Ces deux modes d'intervention publique traduisent une différence idéologique : le service public manifeste un interventionnisme, une volonté d'action des personnes publiques tandis que la police met plutôt en avant la primauté de l'initiative individuelle, sous réserve qu'elle respecte l'ordre public.

● Ressemblances entre police administrative et service public

263 Il existe cependant de nombreuses similitudes entre les deux notions au point qu'elles sont parfois confondues.

Tout d'abord, la police est elle-même un service public au double sens, matériel et organique, de l'expression : elle gère une activité qui est un service public (celui de l'ordre public au sens large) et elle est organisée comme service public (personnel, statut, organisation territoriale et hiérarchique, etc.). Ensuite, la police et le service public sont des degrés différents d'intervention publique survenant tantôt dans des domaines différents, tantôt dans des domaines identiques mais à des titres évidemment différents. Un double mouvement, convergent, a vu croître le champ du service public (développement des formes et des domaines d'activité) et celui de la police (multiplication des formes et des motifs d'intervention). Ainsi, il est devenu difficile dans bien des cas de faire le départ entre une activité privée réglementée (soumise par conséquent à l'action de police) et une activité publique (relevant donc du service public).

2. Police administrative et pouvoir réglementaire

Police et pouvoir réglementaire s'opposent parfois et, même s'ils offrent de grandes ressemblances entre eux, ne se confondent pas.

● Différences entre police administrative et pouvoir réglementaire

264 Si la décision de police s'exprime normalement par le règlement, il est des mesures de police individuelles ; elles sont, il est vrai, le plus souvent le rappel ou l'application d'une réglementation, mais ce n'est pas toujours le cas. Inversement, si nombre de règlements sont des mesures de police, il est beaucoup de règlements qui n'ont aucun objet de police : organisation d'un service public, fixation du régime de recrutement d'agents publics, règles de procédure, etc.

Les finalités sont très différentes. La police est une des *missions* de l'État, ce n'est pas la seule. Le règlement, lui, n'est pas une mission c'est un *pur moyen* au service de l'action des personnes publiques. La police est donc l'une des tâches que la puissance publique doit assumer

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

impérativement tandis que le pouvoir réglementaire est l'un des instruments grâce auquel elle poursuit les buts qu'elle se voit assigner.

● Ressemblances entre police administrative et pouvoir réglementaire

265 Il est de très réelles similitudes entre police et pouvoir réglementaire, ce qui explique leur possible confusion.
Les autorités qui détiennent le pouvoir réglementaire (président de la République, Premier ministre, préfets, maires, etc.) sont aussi celles qui détiennent le pouvoir de police. Par ailleurs, on l'a dit plus haut, les mesures de police revêtent, très majoritairement, la forme du règlement. Au reste, la plupart des décisions individuelles de police ne sont que l'application à un cas particulier d'une mesure générale de police donc prise en forme de règlement.

B. Les définitions de la police administrative

La police administrative, service public d'intervention pour assurer le maintien de l'ordre public, doit être définie par deux séries de distinctions. La première distinction repose sur la combinaison des critères permettant de définir la police administrative (1.). La seconde distinction repose sur l'identification de deux sortes de police administrative : la police administrative générale et les polices spéciales (2.).

1. Les critères de la police administrative

266 Ces critères se ramènent à deux : celui tiré du but de l'opération (protection de l'ordre public) et celui tiré de la nature de l'opération de police administrative (action normalement préventive).

● La définition de la police administrative par le but de l'opération

267 La police a pour but exclusif l'instauration, le maintien ou la restauration de l'ordre public. La notion d'ordre public est très variable selon les pays, les époques et les conceptions philosophiques et politiques : ainsi, en France, le racisme n'a pas toujours été réprimé, la laïcité n'a pas été, pendant longtemps (1 400 ans…), le modèle d'organisation sociale retenu. En fait, l'ordre public, selon le doyen G. Vedel *« est constitué par un certain minimum de conditions essentielles à une vie sociale convenable »*. L'art. L. 2212-2 du CGCT, *via* la définition qu'il donne du but de la police municipale, aide à se faire une idée de ce qu'est l'ordre public : « assurer le bon ordre, la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques ». Il lui donne une grande extension puisque le « bon ordre » est suffisamment vague pour s'appliquer à tous les domaines. Il ne se limite pas à l'ordre dans la rue, il s'étend aussi aux réunions publiques (Ass. 19 mai 1933, *Benjamin*, p. 541), aux manifestations extérieures du culte (cortèges, processions, convois funèbres, sonneries de cloches d'églises [Bordeaux 19 juin 2007, *Cne de Biran*] etc.) qui ont donné lieu à une abondante jurisprudence à l'époque où l'anticléricalisme avait été érigé en doctrine d'État (19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, p. 181), à l'expulsion des étrangers (20 janv. 1988, *Elfenzi*), aux éléments que doit ou ne doit pas comporter une photo d'identité sur un permis de conduire (15 déc. 2006, *Assoc. United Sikhs*), etc. C'est cet aspect « ordre public » qui permet de distinguer une mesure de police d'une sanction (17 janv. 2011, *Bertrand X.*, 325251).
Deux questions importantes, l'une récurrente l'autre plus récente, se posent.
En premier lieu, il est habituel de se demander si le bon ordre peut englober la « moralité publique ». La jurisprudence a été longtemps nuancée : la police, notamment municipale, s'agissant, ici, de films, n'était pas autorisée à intervenir sur le fondement de *« la seule atteinte à la moralité publique, c'est-à-dire le trouble dans les consciences »* (en ce sens, concl. Mayras sur Sect. 18 déc. 1959, *Sté « Les Films Lutetia » et Synd. des producteurs et exportateurs de films*, Sir. 1960.J.94). Puis,

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

elle a admis une telle intervention lorsqu'un film, par exemple, était de nature à *« entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public »* (Ass. 19 avr. 1963, *Ville de Salon-de-Provence*, p. 227). L'évolution de la société française dans un sens toujours plus hédoniste et permissif rend très épisodique l'application de cette jurisprudence (voir cependant : 30 juin 2000, *Ass. Promouvoir et autres*).

En second lieu, s'est posée la question des « circonstances locales particulières » dont le juge exige en principe toujours l'existence pour que les autorités locales de police administrative soient légalement fondées à agir. Il a admis cependant que l'existence de telles circonstances n'est pas nécessaire quand est en cause la dignité de la personne humaine (Ass. 27 oct. 1995, *Cne de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, 2 arrêts, p. 372 concl. P. Frydman, à propos d'un spectacle de lancer de nain).

● La définition de la police administrative par la nature de l'opération : police administrative et police judiciaire

268 L'action de la police administrative est généralement de caractère *préventif*, ce trait permettant de la distinguer de l'action de la police judiciaire laquelle est fondamentalement de nature *répressive*. Cette conception est aussi celle du Conseil constitutionnel (2005-532 DC, 19 janv. 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme*). La distinction entre les deux polices emporte d'importantes conséquences : la police administrative est soumise au droit et au juge administratifs, la police judiciaire au droit privé et au juge judiciaire. L'art. 14 du Code de procédure pénale donne la définition suivante de la police judiciaire : *« [Elle] constate les infractions à la loi pénale, en rassemble les preuves et en recherche les auteurs, tant qu'une information n'est pas ouverte. Lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions. »* La police judiciaire a pour but la recherche et l'arrestation des délinquants en vue de les remettre à la justice, sa fonction est répressive. La police administrative consiste, au contraire, à prendre toutes dispositions convenables pour maintenir ou restaurer l'ordre public, c'est dire qu'elle a un but préventif.

C'est ainsi que sont des opérations de police judiciaire et relèvent donc de la compétence du juge judiciaire : une garde à vue et les faits qui se déroulent au cours de celle-ci (TC 22 mars 2004, *X.*), l'arrestation opérée au cours de la poursuite d'individus surpris en délit flagrant de vol (12 févr. 1954, *Marolles*), l'accident mortel survenu à l'occasion d'une souricière destinée à surprendre des trafiquants d'or (TC 27 juin 1955, *Barbier*), la décision de mise en fourrière d'un véhicule (Sect. 12 avr. 1995, *Knudsen*), une saisie d'oiseaux (capturés illégalement : 4 févr. 2005, *Office nat. chasse*), le fait d'appréhender un individu (TC 26 sept. 2005, *Chauvel*).

En revanche, relèvent de la police administrative et donc du juge administratif : des faits dommageables commis au cours d'une ronde de police (23 févr. 1951, *Desgranges*) ou à l'occasion d'une vérification d'identité (19 janv. 1945, *Comptoir des métaux précieux*; TC 28 avr. 1980, *Waroquier c/ min. de l'Intérieur*), l'insuffisante protection d'une personne inculpée ou mise en examen, bénéficiaire, par conséquent, de la présomption d'innocence (TC 19 oct. 1998, *Bolle, veuve Laroche*), la protection des lieux pour empêcher des infractions (TC 12 déc. 2005, *Préfet de la région Champagne-Ardennes*), le placement d'une personne en état d'ivresse dans une chambre de dégrisement (TC 18 juin 2007, *TGI de Laval*).

Une opération qui débute sous l'empire d'une police peut se poursuivre sous le régime de l'autre police : ainsi une vérification d'identité, opération de police administrative, peut se transformer en une opération de police judiciaire si, par exemple, la photo présentée est très différente du visage de l'individu contrôlé, laissant suspecter qu'elle a été « maquillée » (Cass. crim. 5 janv. 1973, *Friedel*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

La distinction des deux catégories de police n'est cependant pas absolue : certaines autorités sont, au moins partiellement, communes aux deux polices (le maire ou le commissaire de police exercent tantôt des pouvoirs de police administrative tantôt des pouvoirs de police judiciaire). L'agent qui règle la circulation automobile est normalement un agent de police administrative ; il accomplit néanmoins un acte de police judiciaire lorsqu'il dresse un procès-verbal. Par ailleurs, il arrive que l'autorité administrative utilise parfois ses pouvoirs de police judiciaire (parce qu'ils sont plus étendus et davantage coercitifs) de préférence à ceux de police administrative alors que le but de l'opération est bien de police administrative ; c'est là une illégalité (Ass. 24 juin 1960, *Sté Frampar et Sté France Éditions et Publications*, p. 412 concl. C. Heumann).

Pour distinguer entre les deux catégories de police la jurisprudence utilise deux critères. D'une part, est prise en considération *la nature de l'activité de l'agent et non la qualité de cet agent* (Sect. 11 mai 1951, *Csorts Baud*, p. 265, où le juge écrit qu'est de nature judiciaire une « opération de police que des inspecteurs de police accomplissaient […] en vue d'appréhender des individus signalés comme faisant partie d'une bande de malfaiteurs » ; voir aussi : TC 7 juin 1951, *Noualek*). D'autre part, se plaçant au moment de la survenance des faits, il convient d'apprécier en quelle qualité l'auteur de l'acte *a réellement agi*, c'est-à-dire *a entendu agir*. C'est ce qui explique qu'une opération de police administrative peut, à tout moment, devenir une opération de police judiciaire si l'individu concerné *apparaît* suspect aux agents de police administrative. Comme le dit un commissaire du gouvernement : *« seules sont déterminantes les intentions véritables de l'auteur qu'il importe donc de sonder »* (concl. Schmelck sur TC 15 janv. 1968, *Préfet de la Haute-Garonne c/ Cour de Toulouse*). La mise en œuvre de ce double critère explique l'existence, parfois, de difficultés d'application (TC 5 déc. 1977, *Préfet des Alpes Maritimes c/ Motsch* ; Sect. 10 mars 1978, *Sté « Le Profil »* et, sur renvoi, TC 12 juin 1978, *Sté « Le Profil »*).

2. Les différentes polices administratives

Classiquement, sont distinguées la police administrative générale et les polices administratives spéciales.

● La police administrative générale

269 Elle se définit par les trois termes de tranquillité, de sécurité et de salubrité publiques ; toutes les fois qu'il y a intervention à l'un de ces titres il s'agit de police administrative générale.

La *tranquillité* vise à prévenir certains inconvénients excédant les sujétions normales de la vie en société, ainsi de la limitation des possibilités de circulation des véhicules dans les villes ; toutefois, les réglementations trop générales ou trop absolues sont illégales car elles ne laissent plus d'espace à la liberté (TA Nice 26 mars 1975, *Quillon* : arrêté du maire de Menton interdisant la circulation de tous véhicules, sur certaines voies, de 23 heures à 7 heures, du 1er juillet au 30 septembre, pour assurer le repos des clients des hôtels de luxe, annulé comme étant trop général).

La *sécurité* est relative à la prévention des dangers qui menacent la collectivité ou des particuliers : ainsi, l'interdiction de toute circulation de véhicules dans certaines voies du centre de Dieppe, le samedi de 9 heures à 18 heures (jugée régulière car elle a été prise *« en vue d'assurer dans de meilleures conditions de sécurité, de commodité et d'agrément la circulation respective des piétons et des automobiles dans le centre de la ville »* : Sect. 8 déc. 1972, *Ville de Dieppe*) ou l'interdiction de tenir l'été, à Aix-en-Provence, un festival de musique « pop » dans un lieu boisé (Sect. 11 juil. 1975, *Clément et Assoc. pour la défense de la musique contemporaine*). Pareillement, est régulière l'interdiction de circuler sur un pont en mauvais état alors même qu'aucun incident n'a été signalé (22 oct. 2003, *Sté « Les sablières de la Perche »*).

La *salubrité* englobe l'hygiène et la santé publiques, au sens le plus large du terme. Ainsi, est légal l'arrêté municipal prohibant, pour motif de santé publique, la baignade dans un lac aux

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

eaux polluées et envasées (Sect. 28 nov. 1980, *Cne d'Ardres*), ou celui interdisant, l'été, la vente ambulante de glaces sur une plage de Narbonne pour des raisons de salubrité publique (4 déc. 1981, *Ville de Narbonne*) ou encore celui interdisant, dans un souci de salubrité publique également, certaines utilisations de l'eau dans un département en période de sécheresse (23 sept. 1991, *Cne de Narbonne c/ Préfet de l'Aude*).

270 On s'est demandé si la police administrative pouvait aller au-delà de ces trois buts. Une jurisprudence restrictive refusait au maire l'exercice de son pouvoir de police sur les monuments funéraires, fondé sur des préoccupations esthétiques, ce pouvoir devant se limiter au « maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières » (Sect. 18 févr. 1972, *chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne*). Cette jurisprudence a été anéantie par la loi du 19 déc. 2008 (art. 19) qui attribue au maire le pouvoir de police sur ces monuments.

● Les polices administratives spéciales

271 Il existe deux sortes de polices administratives spéciales.

Les premières poursuivent les mêmes buts que la police générale mais elles diffèrent de celle-ci *par leur champ d'application*, d'où leur soumission à un régime juridique différent en raison de particularismes techniques. Tel est le cas de la police des installations classées et des établissements dangereux, incommodes ou insalubres (confiée au préfet en liaison avec le juge administratif : 5 juil. 2004, *Lescure*), de la police des édifices menaçant ruine (confiée au maire sous le contrôle du juge administratif), de la police des chemins de fer (dévolue au ministre chargé des Transports), de la police des monuments aux morts (28 juil. 1993, *Ass. « Laissez-les-vivre »*), de la police de la surveillance, de la recherche et de l'exploitation des mines instituée par l'art. 77 du Code minier (22 oct. 2003, *Sté des mines de Sacilor Lormines*), de la police des compétitions sportives (Sect. 1er juil. 2005, Abgrall et autres : à propos de l'homologation des circuits de vitesse), de la police des communications électroniques, laquelle n'appartient qu'à l'État (compétence exclusive du juge administratif : TC 15 oct. 2012, *Vincent X.*, 3875).

Les secondes sont spéciales *par le but* qu'elles poursuivent, et s'appliquent à des activités particulières dont l'objet n'entre pas dans la définition de la police générale. Elles sont très variées : spectacles (Sect. 30 juin 2000, *Assoc. Promouvoir, Mazaudier et autres*), chemins ruraux (TC 26 nov. 1973, *Cne de Rueil-Malmaison*), chasse ou pêche (27 mai 1983, *Féd. franç. d'études et de sports sous-marins (FFESSM), à propos de la pêche sous-marine*), police sanitaire (Sect. 25 févr. 1994, *min. délégué à la Santé*, relatif à l'autorisation de fonctionnement délivrée à un laboratoire d'analyses médicales), police de l'eau (art. L. 211-5 code environmt ; 2 déc. 2009, *Cne de Rachecourt-sur-Marne*, 309684), police de la dissémination volontaire d'OGM (24 sept. 2012, *Cne de Valence*, 342990, point 5) etc.

2 Le pouvoir de police

Ce pouvoir doit être analysé dans son étendue (A.) et dans ses conditions d'exercice (B.).

A. L'étendue du pouvoir de police

L'étude de l'étendue du pouvoir de police suppose examinées les autorités détentrices de ce pouvoir (1.), puis les personnels chargés de sa mise en œuvre (2.), enfin les mesures qui peuvent être prises à ce titre (3.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Les autorités de police

Se rencontrent des autorités détentrices des pouvoirs de police générale et des autorités détentrices des pouvoirs de police spéciale.

● Les autorités de police administrative générale

Les autorités de police administrative générale agissent soit au nom de l'État soit en celui de la commune.

272 *Les autorités agissant au nom de l'État* interviennent, territorialement, soit au niveau de l'État, soit à celui du département, soit à celui de la commune. *Au niveau de l'État* se rencontre, comme autorité de police, le chef de l'État. La jurisprudence lui a, par exemple, reconnu, sous la III^e^ République, le pouvoir de réglementer la circulation des véhicules sur les voies publiques (8 août 1919, *Labonne*, p. 737). Il partage cette compétence avec le chef du Gouvernement, président du Conseil sous la IV^e^ République (13 mai 1960, *SARL « Restaurant Nicolas »*), Premier ministre sous la V^e^ République (17 févr. 1978, *Assoc. « Comité pour léguer l'esprit de la Résistance »*), ce dernier étant cependant l'autorité de police de droit commun (21 oct. 2011, *Assoc. de défense des usagers et des professionnels de la location de voiture à double commande et autres*, 336855). En revanche, le ministre de l'Intérieur, sous l'autorité duquel sont pourtant placées toutes les forces de police, ne dispose point d'un pouvoir de police générale. *Au niveau du département* c'est le préfet qui détient, au nom de l'État et non du département, le pouvoir de police générale. Il n'existe pas d'autorité de police générale propre à l'échelon départemental même si la jurisprudence reconnaît au président du conseil général une compétence élargie en matière de police de la circulation sur les voies départementales (15 janv. 1988, *Ass. foncière de Semoutiers et Raoult*). Le préfet exerce à ce titre deux séries principales d'attributions : la police de la circulation en dehors des agglomérations et certaines compétences de police générale à l'égard de la police municipale (art. L. 2215-1 CGCT). En effet, il peut, de ce second chef, prendre des mesures de police générale lorsque : 1°) celles-ci concernent simultanément plusieurs communes du département ; 2°) est en cause le maintien de l'ordre dans deux ou plusieurs communes limitrophes ; 3°) une mise en demeure adressée au maire d'une commune de prendre une mesure de police est demeurée sans effet, en ce dernier cas il s'agit d'un pouvoir de substitution. Ce pouvoir de substitution doit, en ce cas, être exercé, sous peine d'engager la responsabilité de l'État en cas de préjudice consécutif à cette abstention d'agir (25 juil. 2007, *Sté France Télécom et autre*). Dans toutes ces hypothèses, les frais d'intervention sont à la charge des communes concernées.
Le préfet détient également la police générale des eaux continentales en mer (Nantes 5 déc. 2006, *Féd. franç. motonautique et autre*). *Au niveau de la commune*, lorsque le maire exécute des mesures de sûreté générale, il agit comme autorité de police générale pour le compte de l'État.

273 Un décret du 29 septembre 1972 a institué des « préfets délégués pour la police » devenus, avec le décret du 13 septembre 1989, des « préfets adjoints pour la sécurité », nommés auprès des préfets dans certains départements ; c'est alors cet agent qui exerce les pouvoirs de police qui appartiennent, normalement, au préfet ; il *« assure la direction, la coordination et le contrôle des services de police dans le département »*.
Paris est traditionnellement soumis à un régime particulier en raison de son statut de capitale qui entraîne des exigences propres en matière d'ordre public. C'est ce qui explique l'existence d'un « préfet de police » dont le statut et les prérogatives sont, pour l'essentiel, régis par l'arrêté des consuls du 12 messidor an VIII, ainsi que divers textes postérieurs (décr. 2004-374 du 29 avr. 2004, modif. par décr. 2010-146 du 16 févr. 2010). Il s'ensuit que le maire de Paris

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

ne possède pas la plupart des prérogatives de police reconnues aux autres maires de France. Un préfet de police a été institué à Marseille (décr. 2012-1151 du 15 oct. 2012, relatif à l'organisation et à l'action des services de l'État dans le dpt des B.-du-Rhône).

274 *L'autorité de police municipale* est tout entière confiée au maire, sous le contrôle du conseil municipal (art. L. 2212-1 CGCT). Il convient de distinguer à cet égard, depuis une loi de 1941 modifiée, deux catégories de communes : celles où le personnel de police est un personnel municipal, recruté, géré et rémunéré par la commune et où le pouvoir de police appartient effectivement au maire ; celles qui comptent plus de vingt mille habitants ou qui, comprenant moins de vingt mille habitants, connaissent cependant une délinquance similaire à celle existant dans des communes urbaines (30 nov. 2001, *Courson*) : dans ces communes la police est « étatisée », cela concerne essentiellement la police de la tranquillité publique (soit, surtout, les attroupements et manifestations). Le personnel de police y est un personnel d'État placé cependant sous la direction du maire. L'étatisation entraîne transfert du pouvoir de police au préfet (28 avr. 1989, *Cne de Montgeron* : compétence exclusive du préfet en matière de manifestation publique).

● Les autorités de police administrative spéciale

275 À la différence de celles de police générale, les autorités de police spéciale sont très nombreuses (par ex. pouvoirs de police spéciale reconnus au directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé par l'art. 5139 c. sant. publ. : 29 juin 2007, *Sté Laborat. Bessin International*). La plupart d'entre elles sont des autorités d'État ou des autorités agissant au nom de l'État ; ainsi, lorsque le maire exerce les pouvoirs de police rurale ou de police des édifices menaçant ruine, il ne le fait pas comme agent de sa commune mais en tant qu'agent de l'État. De plus, une même autorité peut disposer de pouvoirs de police générale et de pouvoirs de police spéciale : il est parfois délicat de savoir, en ce cas, à quel titre une telle autorité agit et cette question est importante car les pouvoirs dont elle dispose ne sont pas les mêmes selon la police considérée.

À l'échelon national, les ministres se voient reconnaître par la loi des pouvoirs de police spéciale : le ministre de l'Intérieur exerce la police des jeux et des casinos ou celle des étrangers, le ministre chargé des Travaux publics et des Transports celle des chemins de fer et des gares, le ministre de l'Agriculture celle de la chasse, le ministre des Affaires culturelles exerce celle des monuments historiques, des sites classés, etc.

À l'échelon local, la principale autorité de police spéciale est le préfet. Il détient, par exemple, des pouvoirs de police pour la chasse et la pêche dans le cadre du département, pour la mise en œuvre des mesures nationales prises en ces matières par le ministre de l'Agriculture ; il dispose également des pouvoirs de police sur l'eau, sur les débits de boissons, les établissements dangereux, incommodes ou insalubres, ou pour la détermination des périodes de soldes, etc.

Il convient de noter qu'à l'époque contemporaine se fait jour une tendance à multiplier le nombre des autorités chargées d'une attribution relevant de la police spéciale (voir, par ex. l'attribution aux présidents d'université [lois du 12 nov. 1968, du 26 janv. 1984 et du 10 août 2007] ou aux directeurs d'instituts d'études politiques [décr. n° 89-902 du 18 déc. 1989] de la police du maintien de l'ordre dans les enceintes universitaires.)

2. Les personnels de police

Le personnel de police veille à l'observation des prescriptions édictées par les autorités de police et les fait exécuter, au besoin par recours à la force. Il comprend des agents à statut civil et des agents à statut militaire.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Les personnels de police à statut civil

276 Ces personnels civils comprennent d'abord la *police nationale*, qui résulte de la fusion, en 1966, des agents de la Sûreté nationale et des personnels non municipaux de la préfecture de police. La gestion de ce corps est confiée, à l'échelon local, aux secrétariats généraux pour l'administration de la police (SGAP). Ils comprennent également les *compagnies républicaines de sécurité* (CRS), corps centralisé sous l'unique autorité du ministre de l'Intérieur. Celui-ci peut répartir les compagnies sur le territoire en fonction de la nécessité et des besoins ; pour leur utilisation, elles sont mises à la disposition des préfets ou, éventuellement, d'autres autorités civiles. Parmi les agents à statut civil sont également compris les *personnels municipaux de police*. Il s'agit d'une part des personnels de police des communes où la police n'est pas étatisée, d'autre part des personnels supplétifs – en sus du contingent fourni par l'État – recrutés par les communes où la police est étatisée. Ces policiers municipaux peuvent être armés (décr. du 24 mars 2000, jugé légal par : 19 juin 2002, *Cne de Marcq-en-Baroeul*).

● Le personnel de police à statut militaire

277 Le personnel de police à statut militaire est constitué par la *gendarmerie* qui est une « arme » comme les blindés, l'infanterie ou la cavalerie. La gendarmerie comprend de nombreux éléments : la gendarmerie départementale (organisée en légions) est chargée de la police des campagnes et hors agglomérations ; la gendarmerie mobile est répartie, comme les CRS, sur le territoire, en fonction des besoins, mais, à la différence des CRS, elle est placée sous l'autorité du ministre de la Défense ; la garde républicaine, qui est une police d'apparat des autorités et des solennités nationales ; les gendarmeries fluviale, aérienne ou maritime, etc. Si ces forces militaires ne sont pas placées sous le commandement de l'autorité civile, celle-ci peut cependant obtenir, par voie de réquisition, les forces qui lui paraissent indispensables au maintien de l'ordre.

3. Les décisions de police

Le pouvoir de police – et donc son exercice au moyen de décisions administratives – est imprescriptible par nature (Ass. 8 juil. 2005, *Sté Alusuisse-Lonza France*). Il ne se confond pas avec le pouvoir de sanction : une mesure de police n'est pas une sanction administrative mais la distinction est parfois délicate (dans les cas des décisions de fermeture de débits de boissons : 6 févr. 2013, *X.*, 363532). Si la mesure de police relève du juge de l'excès de pouvoir, la sanction administrative relève du juge de la pleine juridiction. Les décisions de police sont susceptibles de revêtir deux formes, réglementaire ou individuelle.

● Les décisions réglementaires de police

278 Pour bien comprendre le statut de ces décisions il faut se souvenir que le régime juridique des libertés publiques est dominé par la distinction entre « régime préventif des libertés » et « régime répressif des libertés ». Les libertés sont dites sous un régime préventif lorsque l'on ne peut user directement d'une liberté : il faut une autorisation ou un contrôle préalable parce que le pouvoir politique n'a pas confiance dans la sagesse des individus. Ce régime est donc non libéral. Les libertés sont sous un régime répressif lorsque la liberté peut être mise en œuvre sans formalités préliminaires, seul l'abus, s'il y a lieu, sera réprimé. En dépit de son nom (qui peut prêter à confusion) ce régime est doublement libéral : il fait confiance à l'individu et, quand il y a lieu à répression, celle-ci est confiée au juge, autorité impartiale, et non à un agent dépendant du pouvoir exécutif. Cette distinction entre régime préventif et régime répressif est capitale car elle permet de comprendre que les mesures réglemen-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

taires de police se rencontreront normalement dans un régime préventif de libertés publiques, plus rarement sous un régime répressif.

La réglementation de police n'est pas uniforme, elle revêt un contenu plus ou moins contraignant.

Le degré de contrainte le plus élevé est constitué par *l'interdiction générale*. Celle-ci, en France, ne peut être instituée que par une loi et encore à condition que l'activité en cause n'ait pas reçu un statut constitutionnel du fait de la Constitution elle-même ou de la jurisprudence constitutionnelle, ou un statut conventionnel du fait d'un traité international. Les situations d'interdiction sont exceptionnelles car, sinon, ce serait la négation même de l'idée de libertés publiques. Le principe, dans l'État démocratique, est que *« la liberté est la règle et la restriction de police l'exception »* (concl. L. Corneille sur 10 août 1917, *Baldy*). Ces interdictions ne concernent que des activités qui ne sont pas des libertés : tapage nocturne, fabrication, détention, trafic ou consommation de stupéfiants, etc.

Une réglementation moins sévère mais néanmoins contraignante consiste dans l'exigence d'une *autorisation préalable*. Seule une loi peut instituer un tel régime, non le pouvoir réglementaire (Sect. 22 janv. 1982, *Assoc. « Foyer de ski de fond de Crévoux »*; 2 juil. 2003, ord. réf., *Cne de Collioure* : institution d'un régime d'autorisation préalable pour l'embarquement et le débarquement de passagers dans un port de plaisance; 27 juil. 2009, *Daniel X.*, 300964). Dans ce système, tout ce qui n'est pas autorisé expressément est interdit : le silence de la réglementation vaut interdiction; inversant le postulat précité de Louis Corneille on pourrait dire qu'en ce cas le principe c'est l'interdiction, l'exception la liberté. Toutefois, ce régime connaît des degrés variables selon la marge d'appréciation laissée aux autorités administratives. Si cette marge est très grande, voire discrétionnaire, celles-ci auront une large latitude pour déterminer les critères d'autorisation ou de refus et la liberté des individus sera des plus réduites. Si, en revanche, la marge d'appréciation de l'Administration est faible, à la limite même bornée à une simple automaticité, l'autorisation préalable ne sera plus trop contraire à la liberté.

Une forme plus libérale de réglementation est la *déclaration préalable*. En ce cas, dès le dépôt de la déclaration les administrés sont libres d'agir sans attendre une décision ou une réaction de l'Administration, son pouvoir est d'ailleurs très restreint. L'autorité de police enregistrera la déclaration (de création d'une association par exemple) sans pouvoir exercer aucun contrôle sur l'activité déclarée ou s'opposer à son exercice.

● Les décisions individuelles de police

279 En principe, ces décisions individuelles ne soulèvent pas de difficultés dans la mesure où elles ne sont que l'application, à des cas particuliers, des prescriptions générales contenues dans les décisions réglementaires. Le plus souvent, la décision individuelle n'est que le rappel d'une réglementation. C'est dire qu'il ne peut, normalement, exister de mesure individuelle de police qui ne soit fondée sur une réglementation préalable (20 janv. 1956, *Brionnet*). Cependant, en cas de circonstances exceptionnelles ou d'urgence, l'autorité administrative peut, sous le contrôle du juge, procéder par voie de décisions originellement individuelles dans la mesure strictement nécessaire aux exigences de l'ordre public.

B. L'exercice du pouvoir de police

Les caractéristiques de l'exercice du pouvoir de police varient en fonction de trois facteurs, la nature du pouvoir exercé (police générale ou police spéciale) (1.), les caractères de cette intervention (2.) ainsi que, parfois, son organisation particulière.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. La combinaison entre les différents pouvoirs de police

280 Du fait de l'existence, à la fois, de diverses polices et d'une pluralité d'autorités de police, il peut y avoir concours dans l'exercice du pouvoir de police. Deux hypothèses principales peuvent être distinguées. Toutefois, en cas de péril grave et imminent, il importe peu que ce soit l'autorité de police réellement compétente qui intervienne (10 oct. 2005, *Cne de Badinières*).

● Concours entre deux autorités de police générale

281 Dans l'hypothèse présentement envisagée deux autorités distinctes de police générale interviennent dans une même matière ou circonstance au titre d'une compétence territoriale différente. Par exemple, en matière de circulation des véhicules il existe une réglementation nationale (code de la route) : que peuvent décider sur ce point les autorités locales de police que sont le préfet ou le maire ?

Le principe de combinaison, posé dans une décision de principe (18 avr. 1902, *maire de Néris-les-Bains*, p. 275 ; Sir. 1902.III.81, note M. Hauriou), est très simple : l'autorité territorialement moins vaste peut toujours ajouter à la réglementation de l'autorité territorialement plus vaste, par exemple en l'aggravant, si les circonstances locales le justifient ; en revanche, elle ne peut jamais la réduire ou l'assouplir. Ce principe sera solennellement réitéré quelques années plus tard (8 août 1919, *Labonne*, préc., où on lit que les autorités départementales et communales *« conservent chacune en ce qui la concerne, compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le chef de l'État toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité »* ; voir aussi : Sect. 5 janv. 1968, *Préfet de police* ; Ass. 7 oct. 1977, *Nungesser*).

● Concours entre une autorité de police générale et une autorité de police spéciale

282 Cette hypothèse est plus complexe que la précédente car elle recouvre plusieurs situations. Soit le texte institutif de la police spéciale a exclu l'intervention au titre d'un motif de police générale, dans ce cas la police spéciale « absorbe » en quelque sorte la police générale qui ne peut intervenir (20 juil. 1935, *Établ. SATAN* : la police spéciale des gares réservée au préfet exclut toute intervention de police générale ; il en va de même pour la police des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, police spéciale du préfet ou pour la police spéciale de l'eau, réservée au préfet : art. L. 211-5 code environmt et 2 déc. 2009, *Cne de Rachecourt-sur-Marne*, préc. ; solutions identiques pour les polices spéciales des télécommunications et des antennes de téléphonie mobile : 26 oct. 2011, *Cne des Pennes-Mirabeau*, 329904, de la dissémination volontaire d'OGM : 24 sept. 2012, *Cne de Valence*, 342990, point 5 ou des communications électroniques : TC 15 oct. 2012, *Vincent X.*, 3875). Il est cependant des situations douteuses où il est difficile de savoir s'il y a réellement, ou non, exclusion de la police générale (voir à propos de la police des carrières : Sect. 20 juil. 1971, *Méhu et autres*).

Soit le texte institutif de la police spéciale n'exclut pas l'intervention au titre de la police générale. Cette situation revêt deux aspects différents selon que les deux formes de police relèvent de deux autorités différentes ou de la même autorité. Dans le premier cas, l'autorité de police générale peut toujours intervenir pour compléter ou aggraver la mesure prise en vertu de la police spéciale (17 oct. 1952, *Synd. Climatique de Briançon* ou *Bordeaux* 17 oct. 2006, *L.*, police sanitaire ; 11 janv. 2007, *min. Écologie et Développmt durable*, police des déchets) sans qu'il y ait lieu à cet égard de s'arrêter au fait que le détenteur de la police spéciale serait d'un rang hiérarchique supérieur (cas de la police des films où, bien qu'il existe une police spéciale appartenant au ministre de la Culture, le maire peut toujours intervenir en son pouvoir propre de police générale). Dans le second cas, il est possible à la même autorité d'intervenir en se fondant sur les deux chefs distincts de pouvoirs de police à charge de cohérence dans ses décisions (*Méhu et autres*, préc. Où on lit :

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

« l'existence de pouvoirs relevant de la police spéciale des carrières et destinés à permettre aux autorités publiques de parer aux dangers tenant à la présence ou à l'exploitation des carrières ne fait pas obstacle à ce que le maire use de ses pouvoirs de police générale pour assurer la protection des terres contre les inondations d'origine maritime »).
Dans tous les cas où l'intervention du maire au titre de son pouvoir de police générale est exclue par l'existence de pouvoirs de police spéciale exclusifs appartenant à une autre autorité, le maire conserve cependant la faculté d'intervenir lorsqu'il y a urgence ou péril imminent.

2. Les caractères de l'intervention de police

283 La réglementation et l'action de police ne constituent pas pour l'Administration une faculté mais une obligation : son autorité de police *doit* intervenir pour instaurer ou pour maintenir l'ordre public; à cet effet, il lui appartient d'édicter les mesures nécessaires. L'absence de réglementation de police peut entraîner la mise en cause de la responsabilité de l'Administration (23 oct. 1959, *Doublet*, *RDP* 1959 p. 1255 concl. A. Bernard). De plus, l'Administration ne peut pas, en principe, déléguer son pouvoir de police en confiant son accomplissement, par exemple, à un particulier (23 mai 1958, *Amoudruz*; TA Nice 22 déc. 2006, *SA Vigitel* : impossibilité de déléguer la police de la télésurveillance) fut-ce par contrat (Lyon 7 mai 2003, *Cté de communes des vallons du Lyonnais*) et un tel contrat est nul en lui-même (19 déc. 2007, *Sté Sogeparc*). Le pouvoir de police est une expression particulièrement caractéristique de la notion de décision (qui sera bientôt étudiée, *cf.* § 290, 293 ou 296). En raison des contraintes qu'il engendre pour les particuliers, l'exercice de ce pouvoir est contrôlé étroitement par le juge. Celui-ci prend en considération, pour ce faire, la nature de l'activité et la nature de la situation. Le pouvoir de police doit également respecter les règles de la concurrence lorsque ses décisions sont susceptibles d'affecter les activités de production, de distribution ou de services ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie; s'il peut y porter atteinte pour un motif tiré de l'ordre public c'est à la condition que l'atteinte soit strictement proportionnée aux nécessités de l'ordre public (15 mai 2009, *Sté Cie des bateaux-mouches*).
Enfin, dans tous les cas, l'autorité de police doit, selon la jurisprudence, respecter les principes d'absolue nécessité et de proportionnalité dans la mise en œuvre de la force publique (2 sept. 2009, *Assoc. Réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme*, 318584; 1er juil. 2011, *même requérante*, 341917, à propos du pistolet « Taser »).

● La prise en considération de la nature de l'activité

284 Cette prise en considération conduit à distinguer, *grosso modo*, trois types d'activités.
S'il s'agit d'*activités illicites*, l'intervention de police ne soulève pas de difficulté, ces activités étant interdites par la loi.
S'il s'agit d'*activités qui ne sont que de simples facultés*, l'autorité de police dispose de toute latitude pour intervenir, c'est-à-dire pour autoriser, réglementer ou interdire l'activité considérée, à condition d'une part que cette intervention respecte les règles applicables et l'égalité entre les individus, d'autre part que, ce faisant, cette intervention concilie l'intérêt général qui s'attache au respect de l'ordre et les droits de chacun. Ainsi, le préfet de police, qui n'a pas le droit de prendre des mesures contraires au code de la route, peut cependant, compte tenu de leur prolifération, autoriser les voitures particulières à stationner sur les trottoirs, terre-pleins et contre-allées car il lui appartient en tant qu'autorité de police *« de prendre les mesures nécessaires pour concilier, à tout moment et en tous lieux, les droits des usagers de la voie publique avec les exigences de la circulation automobile »* (Ass. 23 mars 1973, *Ass. dite « Les droits du piéton »*). S'agissant des cortèges et manifestations sur la voie publique, le juge établit une distinction entre les processions traditionnelles qui, parce qu'elles sont l'une des manifes-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

tations de la liberté de religion, ne peuvent pas être interdites sauf en cas de menaces précises et très sérieuses de troubles (19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, préc.; 1er mai 1914, *Abbé Didier*; 25 janv. 1939, *Abbé Marzy*) et les processions non traditionnelles ainsi que toutes les autres formes de déplacements sur les voies publiques à l'égard desquelles, parce que ce ne sont que des facultés, l'autorité de police retrouve une certaine liberté d'appréciation des circonstances de fait.

S'il s'agit de *libertés publiques*, l'autorité de police voit ses pouvoirs très limités : son intervention n'est justifiée que par le seul motif du maintien de l'ordre public. Toutefois, toutes les « libertés » ne sont pas sur un même plan et leur respect ne saurait être absolu. Il en est de plus fondamentales que d'autres, surtout celles bénéficiant d'un ancrage dans la Constitution ou dans une convention internationale, telles les libertés d'association (11 juil. 1956, *Amicale des Annamites de Paris*), de culte (19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, préc.; 25 janv. 1933, *Abbé Coiffier*), de la presse (TC 8 avr. 1935, *Action française*, préc.; 24 juin 1960, *Sté Frampar et Sté France éditions et publications*, préc.; Sect. 9 juil. 1997, *Ass. Ekin*, ce dernier arrêt étendant les solutions précédentes aux publications étrangères, longtemps soumises à un régime sévère), etc. En revanche, la liberté du cinéma et celle du film ne sont pas au même niveau que les précédentes (*cf.* concl. J. Rigaud sur 23 févr. 1966, *Sté Franco-London films et Sté « Les Films Gibe »*; Sect. 30 juin 2000, *Ass. Promouvoir et autres*; 29 juin 2012, *mêmes requérants*, 335771).

● La prise en considération de la nature de la situation : le contrôle de proportionnalité

285 Trois éléments permettent, en se combinant, de comprendre le degré du contrôle exercé par le juge sur les activités de police.

Ce sont, d'abord, les *circonstances de lieu*. Le pouvoir de police varie selon que l'activité en cause se déroule dans des lieux privés, particulièrement protégés contre une telle intervention en raison du caractère fondamental de la liberté de domicile, ou dans des lieux publics, ou ouverts au public. Dans ces deux derniers cas, l'intervention de police est plus aisée (régimes des réunions publiques, de l'institution de « zones bleues » de stationnement [12 nov. 1975, *Rodes*], des commerces ambulants [Sect. 25 janv. 1980, *Gadiaga et autres*], du transport public des matières dangereuses [1er févr. 1978, *Coing et autre*), de raves-parties à proximité d'une usine classée SEVESO 2 haut [3 juil. 2009, *Cne de Narbonne*, 329315] etc.).

286 Ce sont, ensuite, les *circonstances de temps*. Lors de périodes troublées le juge admet plus libéralement les interventions de police ainsi que le montre la décision, célèbre, du 28 février 1919, *Dol et Laurent* (Sir. 1918-1919.III.33 note M. Hauriou), dans une formulation qui en fait non seulement un arrêt de principe mais encore une décision « classique » (*« les limites des pouvoirs dont dispose l'autorité publique pour le maintien de l'ordre et de la sécurité […] ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre, où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses. Il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte dans son appréciation des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés, et la nature des périls qu'il importe de prévenir »*). C'est ainsi, dans la même lignée jurisprudentielle, qu'un maire peut interdire la pratique du ski de fond jusqu'au rétablissement de conditions atmosphériques plus favorables à l'exercice de cette discipline sportive (Sect. 22 janv. 1982, *Ass. « Foyer de ski de fond de Crévoux »*, préc.). Inversement, une mesure de police qui était à l'origine régulière peut devenir illégale du fait du changement de circonstances survenu postérieurement à son édiction (30 juin 2004, *Cne de Bertrange*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

287 C'est, enfin, la nécessité *d'adapter les mesures de police aux besoins de l'ordre public*. Ceci se traduit par l'application, en cette matière, du principe plus général de proportionnalité : une adéquation stricte doit exister entre la mesure de police et la menace qu'elle entend obvier. Une mesure de police qui, en certains lieux et à certaines époques, eût été déclarée légale, sera annulée en d'autres circonstances car trop générale ou excessive (Ass. 22 juin 1951, *Daudignac et autre*, p. 362 ; Sect. 4 mai 1984, *Préfet de police c/ Guez*). La disproportion peut exister en sens inverse : la mesure de police insuffisante à pallier le danger qu'elle prétend combattre est aussi illégale (Sect. 30 juin 2000, *Ass. Promouvoir et autres*, préc. : illégalité de la décision ministérielle de n'interdire un film qu'à des mineurs de seize ans alors qu'à raison de son caractère il aurait du être interdit aux moins de dix-huit ans ; dans le même sens, pour le film *Ken Park*, 4 févr. 2004, *Assoc. Promouvoir*). Ainsi, est disproportionnée l'interdiction faite à des chasseurs, pour lutter contre la propagation de la rage, de chasser avec leurs chiens même lorsqu'ils sont vaccinés contre la rage (TA Bordeaux, ord. réf., 20 sept. 2004, *Féd. départ. des chasseurs de Gironde et autre*). La fermeture temporaire d'une discothèque du fait de l'état d'imprégnation alcoolique de certains de ses clients est une mesure proportionnée (Bordeaux 5 févr. 2008, *SARL Le Gibus*). Un bon exemple de la finesse d'analyse du juge est fourni par le contrôle des mesures de restriction à la circulation automobile édictées à Paris en cas de pollution atmosphérique excessive : le Conseil d'État considère comme illégale – car disproportionnée – l'interdiction de rouler faite aux véhicules des auto-écoles (28 févr. 2000, *Un. nat. intersyndicale des enseignants de la conduite*) et comme légale – car exactement proportionnée – la même interdiction faite aux véhicules des avocats (28 févr. 2000, *Petit-Perrin*).

3. Le mode coordonné de l'intervention de police, le « plan » ORSEC

288 Dans un certain nombre de situations graves et/ou urgentes, pour assurer plus d'efficacité à l'organisation des secours ainsi qu'à la mise en place des mesures les plus diverses, et pour faire face à l'intervention simultanée de nombreuses autorités ou services publics ainsi que de personnes privées, les textes ont prévu, depuis 1952, un système spécifique, « le plan ORSEC (pour « Organisation de la Réponse de Sécurité Civile » et pour « ORganisation des SECours ») ». Profondément remanié par la loi du 13 août 2004 et ses décrets d'application du 13 septembre 2005, il ne constitue plus aujourd'hui, à proprement parler, un « plan » mais l'élément autour duquel s'articule un « dispositif global d'organisation inter-services permettant de faire face à tous types d'événements majeurs » (circ. 29 déc. 2006). Il n'existe plus au niveau national mais aux trois niveaux du département, de la zone de défense et de la zone maritime. Instrument désormais permanent, le plan ORSEC, placé sous la responsabilité du préfet, recense et analyse les risques possibles et leurs conséquences dans un répertoire unique. Il est également un dispositif opérationnel, avec une gradation des réponses, en vue d'une gestion unique des événements majeurs dans un souci de protection de la population. Enfin, il repose sur des phases de préparation, d'exercices et d'entraînement nécessaires à la mise en œuvre opérationnelle.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif français*, LGDJ, 1962.
T.-M. David-Pecheul, « La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative », *RFDA* 1998, p. 362.
J.-P. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8e éd, Sirey université, 2008.
D. Linotte (sous la direction de), *La police administrative existe-t-elle ?*, Economica, 1985.
M. Long, « La gendarmerie et l'État de droit », *Rev. fr. sc. adm.* 1991, p. 881.
E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, (2 vol.), 1984.
C. Vigouroux, « Le contrôle de la police », *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 743.

POUR ALLER PLUS LOIN

F. Chauvin, « Les nouveaux pouvoirs du préfet dans la loi pour la sécurité intérieure », *AJDA* 2003 p. 667 : illustration de la tendance contemporaine à faire du préfet le pilier de la fonction sécuritaire de l'État.
P. Frydman, *conclusions sur Ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, 2 espèces, *Rec. Lebon*, p. 372 : les conséquences de la notion de « dignité de la personne humaine » sur l'exercice du pouvoir de police et sur son contrôle par le juge.
J. Moreau, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 3 : sur les difficiles rapports entretenus entre pouvoirs de police et contrat, question aujourd'hui en pleine évolution.
T. Olson, « Les limites du pouvoir de police du maire face à une police spéciale », *Conclusions sur 29 septembre 2003*, Houillères du bassin de Lorraine, *AJDA* 2003, p. 2164 : La classique combinaison des pouvoirs de police générale et des pouvoirs de police spéciale.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

7

Les actes administratifs unilatéraux : notions fondamentales

289 L'acte unilatéral est la prérogative qui caractérise le mieux l'Administration car il est très rare en droit privé qu'une personne puisse créer unilatéralement et de façon contraignante des obligations à la charge ou des droits au profit d'une autre personne sans le consentement de cette dernière et sans habilitation juridique particulière. L'Administration édicte des actes unilatéraux dans le cadre de la mission qui lui est confiée : assurer – dans un but d'intérêt général – l'exécution des décisions prises par le pouvoir politique.
Deux problèmes se posent à cet égard : celui de la notion même d'actes unilatéraux, les uns ayant le caractère de décisions, les autres pas (1.), et celui du pouvoir réglementaire auteur de ces actes unilatéraux (2.).

1 La notion d'acte administratif unilatéral

La notion d'acte administratif unilatéral est riche et complexe car n'en sont point exclus les éléments philosophiques et métaphysiques. En effet, selon la formule aristotélicienne, il s'agit de passer de la puissance à l'acte, ce qui traduit le mystère de l'être. Ce caractère composite et foisonnant, comme la vie elle-même, sera décrit (A.) avant de s'attacher ensuite au contenu de ce type particulier d'acte qu'est la *décision* (B.) notion qui est, à son tour, d'une grande diversité intrinsèque (C.).

A. Acte administratif, décision exécutoire ou décision ?

Cet intitulé suggère une difficulté et tel est bien le cas comme on le constatera dans l'examen successif des deux notions d'acte (1.) et de décision (2.).

1. L'acte administratif

Le droit positif ne fournit aucune définition de l'acte administratif ; c'est à la jurisprudence qu'il revient de le faire. Cette définition est importante : dire d'un acte qu'il est administra-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

tif, c'est fixer le régime juridique dont il relève et désigner le juge dont il ressortit en cas de litige.

● La notion d'acte dans l'expression « acte administratif »

290 L'étymologie fait surgir le mot « acte » du verbe *ago* (*egi, actum, agere*) qui signifie « mettre en mouvement, faire avancer, faire, agir ». Ainsi « acte » appelle « action », c'est-à-dire détermination de l'homme sur les choses ou sur les autres hommes. En même temps, l'acte est qualifié en latin d'*« actum »*, de document. De là est née la distinction romaine entre le *negotium*, terme qui désigne l'activité, le faire, l'agir et l'*instrumentum*, qui correspond à l'outillage, au bagage grâce auquel s'accomplit l'activité. L'acte est donc indissociablement et en même temps *negotium* et *instrumentum*.

L'acte administratif n'est que l'une des catégories d'actes qui relèvent du droit public interne. À ce dernier titre, il ne peut ni être l'acte émané d'une autorité étrangère ni celui émané d'une autorité hybride (pour partie française et pour partie étrangère) tel un traité international. C'est, au sein du droit public interne, une espèce bien déterminée d'actes : ce n'est ni un acte législatif ou parlementaire (un rapport parlementaire n'est pas un acte administratif : Nantes 30 juil. 2003, *Assoc. « L'arbre au milieu »*), ni un acte juridictionnel (y compris celui d'une juridiction administrative), ni un acte de gouvernement. En revanche, tout autre acte de droit public interne est un acte administratif sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur son caractère régulier ou non, dès lors qu'il a pour auteur l'un des auteurs possibles d'actes administratifs. Ceci signifie, et cela est capital, que la notion d'acte administratif est une notion purement formelle. Seuls comptent, dans la définition de cette notion, les éléments extrinsèques de l'acte non son contenu. L'acte est dit « administratif » parce qu'il est une mesure prise ou une action décidée par une autorité publique interne autre que le juge ou le législateur, son essence précède son existence en bonne ontologie aristotélicienne.

● Délimitation positive de la notion d'acte administratif

291 Positivement, l'acte administratif est un *acte volontaire*, un acte exprimant la volonté de son auteur. Il est aussi *unilatéral* en ce qu'il a pour destinataires exclusifs des personnes qui n'en sont pas les auteurs. Enfin, l'acte administratif est un *acte juridique* : il est relatif à des normes juridiques. C'est l'un des modes par lesquels sont créées ou éteintes des normes juridiques, ce n'est pas le seul : l'agent public qui commet un faux ou qui fait disparaître une pièce, le débiteur public qui tue ou fait tuer son créancier ou qui le fait chanter émettent autant d'actes juridiques parfaits.

De cela il est aisé de conclure que *l'acte administratif est une manifestation de volonté de caractère juridique qui émane d'une autorité publique ou d'une personne privée gérant un service public et disposant à cet effet de prérogatives de puissance publique*.

Cette définition semble laisser d'ailleurs subsister d'importantes difficultés qui, pour autant, ne l'invalident pas. On en signale trois. En premier lieu, se rencontre *le cas des actes d'autorités non administratives ou se situant hors du cadre administratif interne* (actes administratifs du juge administratif comme la taxation des honoraires d'expert ou le refus par une chambre régionale des comptes de constater la non inscription au budget d'une commune d'une dépense obligatoire ; actes administratifs pris par certains organismes délibérants comme une chambre des députés dans un territoire d'outre-mer ; certains actes détachables : d'un traité international, d'une opération à gestion privée, d'une procédure engagée devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire). En deuxième lieu, se placent *les actes de tutelle pris par toutes sortes d'autorités administratives* (préfets, directeurs des services extérieurs de l'État, maires, ministres, etc.). En troisième lieu, se trouvent *les actes pris par une personne privée dans le cadre de l'accomplissement d'une mission de service public* (fédérations sportives, organismes divers de sécurité

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

sociale, de chasse agréés, à caractère professionnel ou corporatif, etc.), en ce cas il faut que la personne privée dispose de prérogatives de puissance publique, à défaut ses actes ne seront pas des actes administratifs (26 mai 2004, *M. et Mme X.*, 259682) et cela alors même que, par ailleurs, le défaut de prérogatives de puissance publique n'empêche pas l'existence d'un service public (Sect. 22 févr. 2007, *APREI*, préc.). Si de fortes présomptions poussent à dénier à ces actes le caractère d'actes administratifs ceux-ci en sont pourtant bien au regard de la définition proposée ci-dessus et c'est bien la position du Conseil d'État et du Tribunal des conflits. En effet, en ne prenant en considération que la qualité en vertu de laquelle les auteurs, divers, de ces actes sont intervenus on voit bien que cette qualité est celle d'un agent préposé au maintien d'un certain ordre social appelé par l'intérêt général, même dans le cas où l'objet de ces actes est d'ordre privé.

Dans la mesure où il est directement lié à l'être de l'auteur de l'acte, c'est bien le critère formel, ontologique, qui prime. Parce qu'il est acte d'une autorité exécutive (immédiatement ou médiatement), il est administratif sans considération de son contenu réel, de son objet ou de son champ d'application. C'est son *être* d'acte pris par le pouvoir exécutif qui implique inéluctablement sa finalité d'acte d'intérêt général, partant son régime d'acte administratif.

● Délimitation négative de la notion d'acte administratif

292 Négativement, la qualification d'actes administratifs va être refusée dans des situations où l'on aurait pu être tenté d'apercevoir de tels actes.

En premier lieu, cette qualification est refusée aux actes pris par une personne privée investie d'une mission de service public mais ne disposant pas à cet effet de prérogatives de puissance publique : actes pris par les SAFER en matière de préemption (TC 8 déc. 1969, *SAFER de Bourgogne*) ou de rétrocession (TC 15 juin 1970, *Sté agricole Chantrel*) ; actes des caisses de sécurité sociale chargées pourtant d'un service public administratif (6 oct. 1971, *SA « Clinique Bachaumont »*) ; actes de discipline professionnelle pris par des organismes investis d'une mission de service public (Sect. 21 mai 1976, *GIE Brousse-Cardell* ; 8 juil. 1987, *Cassignard*), etc. Le refus d'apercevoir dans ces situations des actes administratifs, à l'inverse des cas précédents, montre qu'il ne suffit pas de satisfaire l'intérêt général, même sous la forme d'un service public administratif, pour pouvoir édicter des actes administratifs. Il faut encore détenir des prérogatives de puissance publique, cette dévolution attestant la délégation consentie par la puissance publique elle-même. C'est donc ontologiquement, par la nature de la personne, auteur immédiat ou médiat de l'acte, que se caractérise la notion d'acte administratif. Ceci montre d'ailleurs combien sont différenciées les deux notions d'acte administratif et de service public même administratif, le gestionnaire d'un tel service public pouvant assurer cette tâche sans prendre lui-même les actes administratifs nécessaires au fonctionnement de ce service public ou bien ce service pouvant fonctionner sans le besoin de recourir (au moins en permanence) à la prise d'actes administratifs.

En second lieu, cette qualification est également refusée aux actes non détachables d'une relation juridique principale qui fait, précisément, obstacle à une telle qualification. Tel est le cas des actes non détachables d'une procédure juridictionnelle (demande d'extradition formée devant le juge judiciaire : Sect. 21 juil. 1972, *Legros*, ou démission d'office d'un conseiller municipal par décision du juge administratif : 17 juil. 1880, *min. Int c/ Guyot* ; 17 janv. 1969, *Maire de la commune de Saint-Laurent-L'Abbaye*) ou d'un contrat de droit privé (2 nov. 1988, *Labadie*).

Ces solutions jurisprudentielles s'expliquent par les mêmes raisons que celles ci-dessus.

En définitive, il paraît bien clair que la notion d'acte dans l'expression « acte administratif », puis la notion d'acte administratif elle-même reposent sur l'idée qu'il y a une certaine

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

volonté émanant d'une autorité exécutive ; de cette volonté, découle invinciblement la qualité d'acte administratif. Précisément, le recours au mot « volonté » donne à entendre qu'il s'agit d'une « décision » or ce n'est pas toujours le cas. D'où les deux règles suivantes :
1°) Tout acte administratif unilatéral n'est pas pour autant toujours, en même temps, une décision.
2°) En revanche, toute décision administrative est toujours un acte administratif unilatéral.
Ceci conduit à s'interroger sur une autre notion, celle de « décision exécutoire » pour autant qu'il existe réellement.

2. La décision exécutoire existe-t-elle ?

293 Il est indispensable de chercher à définir la notion de « décision exécutoire » car le Conseil d'État l'utilise fréquemment. Ainsi, évoque-t-il (Ass. 2 juil. 1982, *C. Huglo et C. Lepage-Jessua*) *« la règle fondamentale du droit public »* qu'est l'existence du *« caractère exécutoire »* des décisions de l'Administration ; pareillement, il précise que cette règle ne peut s'appliquer qu'à *« une décision administrative qui a un caractère exécutoire »* (même décision ; v. aussi CC 2011-631 DC, 9 juin 2011, *loi rel. à l'immigration, l'intégration…*, point 53). Il y a donc, selon le juge, des décisions de l'Administration qui ne sont pas exécutoires.

● La controverse sur l'existence de la décision exécutoire

294 Il est, par suite, important d'élucider cette notion et cela d'autant plus qu'elle est au cœur d'une controverse. C'est Maurice Hauriou qui a systématisé la décision exécutoire en la définissant ainsi : *« Toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative […] dans une forme exécutoire, c'est-à-dire qui peut entraîner l'exécution d'office. »* (Précis de droit administratif et de droit public, *Sirey*, 11e éd., 1927 p. 356).
Cette définition revient à assimiler à peu près complètement acte administratif et décision exécutoire, ce qui n'est pas, on vient de le lire, la position du Conseil d'État. Dans cette lignée, Georges Vedel définit la décision exécutoire comme celle qui *« fait naître unilatéralement des obligations et éventuellement des droits au profit ou à la charge de tiers sans le consentement de ceux-ci »* (Droit administratif, *PUF*, 1988 p. 237).
René Chapus, écrit : *« […] Il est certain, en effet, que la considération du caractère exécutoire d'un acte unilatéral n'entre pas dans la définition de la décision […]. Ce sont deux questions distinctes que celle de savoir si un acte unilatéral est une décision et celle de savoir si une décision est […] exécutoire. De même, le fait que l'Administration a le pouvoir de prendre des décisions a une importance capitale. Le fait que ces décisions ou certaines d'entre elles seront exécutoires a un intérêt second… »* (Dr. adm. gén., *Montchrestien*, 2001, 15e éd. § 672 p. 503). Ici, les deux notions d'acte administratif et de décision exécutoire sont rigoureusement distinctes, en outre le caractère « exécutoire » devient secondaire. Charles Eisenmann, pour sa part, rejette l'idée même que puissent exister des décisions « exécutoires ».

Données du problème

295 Faut-il parler de décision, de décision exécutoire, voire même de décision exécutable ? L'objet de cette question est de savoir si une mesure de l'Administration peut être déférée au juge ou si, au contraire, elle doit échapper à son examen. Pour que le juge en connaisse, il faut qu'elle opère une modification de l'ordonnancement juridique : R. Chapus a raison, un acte administratif peut fort bien ne pas être déférable au juge. Il en est ainsi toutes les fois qu'il ne constitue pas une décision, c'est-à-dire qu'il n'opère pas une modification de l'ordonnancement juridique. Il est donc essentiel de déterminer quand un acte administratif constitue, en même temps, une décision et donc un acte déférable au juge.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Il existe de nombreux actes de l'Administration qui n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier l'ordonnancement juridique : donner une information, rappeler le sens ou la portée d'une réglementation, confirmer une décision antérieure, etc. De tels actes ne sont point décisoires et ne peuvent donc pas être déférés au juge. En effet, la sécurité dans les relations juridiques exige impérativement que soit stabilisé l'état du droit, que celui-ci ne soit pas constamment remis en cause. C'est pourquoi, ce qui ne touche en rien à l'ordonnancement juridique mais le laisse en son état antérieur ne peut être soumis au juge. Dans le cas contraire, s'instaurerait une sorte de mouvement perpétuel où aucune règle ne serait plus certaine, où toute décision serait susceptible d'être défaite à tout instant ; ce serait la négation de l'idée même d'ordre juridique et donc de droit.

A contrario, il existe de nombreux actes administratifs modificatifs de l'ordonnancement juridique : ce sont ceux par lesquels l'Administration crée unilatéralement des droits ou des obligations au profit ou à la charge des tiers. En ce sens, Georges Vedel a raison dans sa définition de la décision.

3. La notion de décision retenue par le droit français

Cette notion comporte des éléments constitutifs certains ; la démonstration peut en être faite assez facilement.

● Les éléments constitutifs de la décision

296 Il est essentiel, à ce stade, d'observer que s'il faut qu'un acte soit décisoire pour qu'il puisse modifier l'ordonnancement juridique (et donc être déféré au juge), cette condition suffit. Peu importe qu'il soit seulement une décision, ou une décision exécutoire (permettant, le cas échéant, le recours à la force publique) ou une décision exécutable (qui peut être effectivement mise en œuvre). La seule existence de la décision suffit à la rendre déférable, c'est-à-dire à permettre et à fonder la saisine du juge. Il en est ainsi parce qu'une telle décision est un acte de volonté par lequel une personne publique veut modifier l'ordonnancement juridique. C'est pourquoi une décision de l'Administration demeure attaquable en justice même lorsque la modification de l'ordonnancement juridique qu'elle opère n'a encore produit aucun effet ou lorsque cette modification n'est pas susceptible d'avoir un jour un quelconque effet ou encore, lorsque l'Administration a décidé de laisser cette décision lettre morte.

Ce n'est donc pas à raison de son contenu ou de son objet que la décision est déférable au juge mais simplement parce qu'elle est la décision d'une autorité publique. Encore une fois, c'est au seul critère organique que l'on a recours. Ceci suffit à expliquer – et à permettre de comprendre – que si une personne privée peut, sans détenir de prérogatives de puissance publique, gérer un service public, elle ne peut, en revanche, en ce cas, prendre des actes administratifs (TC 9 juil. 2012, *X. c/ Assoc. communale de chasse agréée d'Abondance*, 3861, *a contrario* : les assoc. communales de chasse agréées sont des organismes de droit privé chargés d'un service public ; seules celles de leurs décisions, prises dans le cadre de leur mission de service public, qui manifestent l'exercice de prérogatives de puissance publique, sont des actes administratifs).

Si les déductions qui précèdent sont, comme on le pense, exactes, il suffit de la réunion de deux éléments, et de deux seulement, pour qu'il y ait décision : *un auteur* qui est une personne publique et *une volonté* de modifier l'ordonnancement juridique. Tout le reste importe peu à la définition. Ce n'est pas l'exécutabilité ou le caractère exécutoire qui permet de qualifier un acte administratif unilatéral de décision.

Ceci se démontre aisément positivement comme négativement.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Démonstration

297 Positivement, le juge qualifie de décisions des mesures qui manifestent simplement la volonté de modifier l'ordonnancement juridique alors qu'elles paraissent sans portée effective soit quant à leur contenu (une décision implicite : 10 nov. 1965, *Conféd. gén. des syndicats indépendants*; une simple lettre : 22 oct. 1982, *Sté Sobeprim*; un avertissement : 17 mai 1974, *Secr. d'Ét. aux Dom-Tom c/ Thazard*; une délibération : 24 juil. 1987, *COREP de Gironde c/ Cne de Génissac*; un refus : 18 nov. 1987, *Marcy*; par exemple, refus de la Commission nationale du débat public d'organiser un débat public sur un projet d'aménagement : 17 mai 2002, *France Nature Environnement*; une note de service : Sect. 7 févr. 1969, *Synd. gén. des importateurs et exportateurs du commerce en gros des vins et spiritueux*; une suspension des travaux d'un organisme : 13 févr. 1987, *Synd. des chercheurs scientifiques*), soit en raison de leur forme (certains avis : Section 18 mars 1983, *garde des Sceaux*; notification : Ass. 6 nov. 1987, *Buayi*; simple mention : 21 oct. 1988, *Assoc. gén. des administrateurs civils*; établissement d'un répertoire : 11 janv. 1985, *Camus*; engagement sur les prix : Sect. 2 mars 1973, *Synd. nat. du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*; intervention matérielle de forces de l'ordre : 28 oct. 1949, *Tarbouriech*, etc.).

Négativement, le juge refuse, dans un nombre élevé de situations, d'apercevoir une décision alors que l'on se trouve bien en présence d'un acte administratif unilatéral mais dans lequel fait défaut la volonté de modifier l'ordonnancement juridique. Tel est en particulier le cas pour les actes administratifs indicatifs (tels des avis : Ass. 10 juil. 1981, *Retail*, des déclarations d'intention : 9 déc. 1988, *Ville d'Amiens et CCI d'Amiens et de Rouen*; ou des actes de constatation : 7 oct. 1988, *Bienvenu*), pour les actes administratifs n'exprimant qu'une opinion (actes complexes et mises en demeure : 22 nov. 1957, *Cne de Villerupt*; 27 juil. 1988, *min. Urban. et Logement c/ SARL « L'île aux loisirs »*; certains silences : Sect. 5 mars 1976, *Jean et Charles Paris*; certains refus : 29 avr. 1987, *Cne d'Élancourt*) ou pour ceux des actes administratifs qui sont provisoires ou purement préparatoires (Sect. 19 janv. 1973, *min. Dévelopmt industr. c/ Levavasseur*; Sect. 30 mai 1975, *Peacok et autres*).

En définitive, la *décision* est un acte administratif unilatéral au moyen duquel une personne publique (ou une personne privée expressément habilitée à cet effet par une personne publique, ce que démontre la détention de prérogatives de puissance publique : 4 mai 2011, *Guy X.*, 341407) manifeste la volonté d'apporter une modification à l'ordonnancement juridique existant antérieurement, sans qu'il soit besoin ou utile de s'interroger sur le caractère « exécutoire » de cette décision.

B. Le contenu de la notion de décision

298 La décision n'est qu'une variété, la plus importante qualitativement, d'acte unilatéral. Nombre d'actes unilatéraux ne sont point décisoires : ainsi les comportements purement matériels, les rappels, approbations, confirmations, les simples mesures d'exécution, les réitérations d'actes, les réponses données par le médiateur de la République (Ass. 10 juil. 1981, *Retail*, préc.), les déclarations du Président de la République lors du congrès d'une association (Ass. 18 mars 2005, *Battisti*), les recommandations de la HALDE ainsi que le fait, pour elle, de ne pas donner suite à une saisine (13 juil. 2007, *Sté Edit. Tissot*, 3 espèces). En revanche, les *recommandations de bonne pratique* élaborées par la Haute autorité de santé sont des décisions susceptibles d'être déférées au juge car, reposant *« sur les données acquises de la science »*, elles ont des incidences déontologiques directes pour les professionnels de santé (16 mars 2011, *FORMINDEP*, 334396, concl. conformes C. Landais, *AJDA* 2011 p. 1326). Par ailleurs, le caractère de décision peut être seulement futur, quand l'acte est assorti d'une *condition suspensive* (il ne deviendra décision qu'en cas de réalisation de la condition) ou seulement provisoire, quand l'acte est assorti d'une *condition résolutoire* (il cessera d'être une décision en cas de survenance de la condition).

Deux groupes d'actes soulèvent d'importantes questions : celui des mesures préparatoires ou provisoires (1.), celui des mesures d'ordre intérieur (2.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Toutefois, dans tous les cas où la mesure ne constitue pas une décision, les intéressés sont fondés à s'en prévaloir à l'encontre de l'Administration lorsqu'elle a fait l'objet d'une publication.

1. Les mesures préparatoires ou provisoires

299 Le principe est que ces mesures n'ont pas le caractère de décisions et ne sont, en conséquence, pas susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir soit parce qu'elles se situent chronologiquement avant même la prise d'une décision (mesures préparatoires) soit parce qu'elles manifestent la volonté de l'Administration de ne pas se lier et de ne pas engager l'avenir (mesures provisoires). Elles peuvent cependant, et sans condition de délai, faire l'objet d'un jugement en déclaration d'inexistence (TA Lyon 3 juil. 2008, *Hron*).

S'agissant de la mesure préparatoire, celle-ci constitue un acte sans autonomie intellectuelle ou fonctionnelle puisqu'elle n'intervient qu'en vue de faire exister une véritable décision future (cas d'une lettre ministérielle saisissant une juridiction disciplinaire : 3 sept. 2007, *V.*). À cet égard, il se peut soit que l'acte préparatoire relève de la même autorité que celle qui va, ensuite, prendre la décision, soit que l'acte préparatoire et la décision subséquente relèvent de deux personnes organiquement différentes. Par ailleurs, la mesure préparatoire ne peut être appréhendée, analysée et jugée qu'au travers de la décision qui, normalement, lui fait suite ; ainsi en est-il de l'acte préparatoire à une sanction (Bordeaux 31 juil. 2003, *Zorin et Synd. nat. des artistes musiciens de la Gironde*) ou de l'approbation du dossier de réalisation d'une ZAC (4 juil. 2012, *Franck X. et autre*, 356221).

● Les avis

Les avis ne sont pas, normalement, déférables au juge (10 oct. 2007, Sachot, dans le cas des avis des CRCI créées par la loi du 4 mars 2002 ; 12 oct. 2009, *Sté Glaxosmithkline Biologicals*, 322784 : recommandation de la Haute autorité de santé).

300 La procédure administrative non contentieuse recourt très fréquemment à des avis, notamment en raison du développement du phénomène de « l'administration consultative », dans le souci de faire participer les administrés à la marche des services publics et à la prise des décisions. L'avis peut être *consultatif* et cela de deux façons : tantôt aucun texte n'a prévu l'existence d'un tel avis et l'Administration, comme elle en a toujours le droit, décide spontanément de solliciter un avis (ou plusieurs) afin d'être mieux éclairée ; tantôt le texte qui institue le recours à un avis mais il ne s'agit là, pour l'Administration, que d'une faculté, non d'une obligation. Dans ces deux hypothèses, l'Administration est libre de solliciter, ou non, puis de suivre, ou non, l'avis qui lui est donné. L'avis peut être *obligatoire* en ce sens que le texte instituant la procédure d'avis oblige l'Administration à le solliciter. En revanche, s'il est obligatoire de le solliciter il ne l'est pas de le suivre. L'avis *conforme* est celui que l'Administration doit, à la fois, solliciter et suivre. L'existence d'une procédure d'avis conforme suppose un texte la prévoyant expressément.

L'avis peut être donné soit par une personne seule (avis d'un supérieur hiérarchique ; avis d'un professeur porté sur le bulletin trimestriel d'un élève : Sect. 15 oct. 1982, *min. Éduc. nat c/ Rode*), soit par un organe collégial, permanent ou spécialement organisé à cet effet (commission nationale d'aménagement commercial [15 déc. 2010, *Sté Montludis*, 334627], (commission de contrôle des opérations immobilières, sections administratives du Conseil d'État).

Lorsque l'avis est entaché d'irrégularité il a pour effet de rendre illégale la décision prise à la suite de cet avis, du moins lorsque cette illégalité a influencé la décision subséquente.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Les vœux

301 Les vœux sont principalement le fait des assemblées délibérantes territoriales (notamment, conseils municipaux et généraux) pour lesquelles ils constituent un moyen d'attirer l'attention de l'État ou des habitants de la collectivité sur une situation ou un problème particuliers. L'état actuel du droit jurisprudentiel (issu de Sect. 22 mars 1996, *Paris et Roignot*) est le suivant : 1°) tous les vœux, avis, propositions ou autres émanant des organes délibérants locaux ne sont jamais décisoires et ne peuvent donc pas faire l'objet de recours contentieux (Ass. 15 avr. 1996, *Synd. CGT des hospitaliers de Bédarrieux*; 30 déc. 2009, *Dpt du Gers*, 308514) sauf si, sous l'apparence d'un vœu, se cache une décision véritable (Lyon 13 déc. 2007, *Préfecture de l'Allier*) ; 2°) a été abolie la distinction entre vœux et avis du conseil général, d'une part, et vœux et avis du conseil municipal, d'autre part (Sect. 29 déc. 1997, *SARL ENLEM*) ; 3°) il ne peut exister à ces solutions que des exceptions législatives comme celle qui ouvre au seul préfet la possibilité d'un déféré (loi du 2 mars 1982 et lois subséquentes).

Dans quelques autres cas, en dehors de la sphère des collectivités territoriales, un voeu peut parfois, à certaines conditions et de façon très exceptionnelle, être assimilé à un avis (Sect 25 févr. 1977, *Nicoud*).

● Les autres mesures susceptibles d'être prises au cours de la procédure

302 Dans un certain nombre d'hypothèses l'Administration ne peut prendre de décision que si elle a été préalablement saisie d'une *proposition* en ce sens émanant d'une autre administration ou de tout autre organisme ou personne privé. La proposition n'est pas une décision parce que l'autorité compétente pour prendre la décision en cause, à laquelle la proposition est faite, n'est pas tenue de prendre une décision. À l'inverse le *refus de faire une proposition* constitue toujours une décision puisqu'il empêche précisément qu'une décision soit prise et s'apparente à un veto (31 oct. 1913, *Chavegrand*). De la même manière, si la simple transmission d'un dossier ne constitue pas une décision, le refus d'effectuer cette transmission en est une car il paralyse la poursuite de l'action administrative.

Ne sont pas, en principe, des décisions : les *enquêtes* (ex. enquête préalable à une DUP : 19 déc. 2007, *SEPANSO Landes*), les *renseignements* (demandés par les administrés), les *refus de renseigner* sauf lorsqu'existe une obligation de renseignement, les mesures par lesquelles l'Administration se borne à émettre des prétentions, à donner une interprétation ou des conseils, à établir une liste de candidats présélectionnés dans le cadre d'une procédure d'appel à candidatures (ainsi, de l'attribution de fréquences de radiodiffusion sonore par le Conseil supérieur de l'audiovisuel : 29 juil. 2002, *Assoc. Oxygène*). Le cas des *mises en demeure* est particulier ; tantôt elles sont considérées comme des décisions (28 juil. 2004, *Mechri*), tantôt elles sont dites non décisoires. Tout ceci montre combien la jurisprudence est nuancée, subtile, voire hésitante, pour qualifier un acte unilatéral de « décision ». Les mêmes traits se rencontrent en matière de mesures d'ordre intérieur.

2. Les mesures d'ordre intérieur

303 Une longue tradition considère que les actes unilatéraux qui ne sortent pas de l'univers administratif, car ils ne concernent que la marche interne des services, ne peuvent pas être invoqués devant le juge par les administrés. Ces derniers n'en sont point destinataires. De tels actes sont, incontestablement, des actes administratifs, mais non des décisions puisqu'ils ne comportent, à l'égard des administrés, aucune manifestation de volonté. Ils ne leur font donc pas grief et c'est là une grande différence avec les décisions. C'est d'ailleurs, sur ce point précis, au plan juridique, que réside le principal intérêt de la notion de « mesure d'ordre

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

intérieur » : son caractère d'acte incontestable devant le juge. On peut ranger en trois catégories les mesures d'ordre intérieur : les circulaires, les directives et les mesures internes au service (sur l'intérêt à agir des fonctionnaires et de leurs organisations syndicales à l'encontre de ces mesures, v. § 562).

● Les circulaires

304 Les circulaires sont l'expression du pouvoir hiérarchique dont dispose tout ministre, tout chef de service à l'égard des agents placés sous son autorité (7 février 1936, *Jamart*, p. 172). Ce pouvoir hiérarchique s'exprime soit sous forme d'ordres individuels soit sous forme d'instructions à caractère général adressées à l'ensemble des agents du service. Ces dernières prévoient, de manière abstraite, la conduite à tenir ; elles revêtent des formes et connaissent des appellations très diverses : instructions, notes de service, circulaires, etc. On leur donne le nom générique de *circulaires*. De telles circulaires sont obligatoires pour les subordonnés auxquels elles sont destinées car ils ne peuvent se soustraire à leur application en dehors des cas qu'elles prévoient elles-mêmes. Les responsables administratifs ne sont jamais tenus de prendre des circulaires pour interpréter le droit existant ; le refus de prendre une circulaire, ou toute autre mesure d'ordre intérieur, n'est pas susceptible d'être déféré au juge (14 mars 2003, *Le Guidec*).

Si, en théorie, de tels actes, n'étant qu'à usage interne, n'ont pas de portée à l'égard des administrés, il existe cependant des circulaires qui posent une règle nouvelle, créent des droits ou des obligations nouveaux, etc. En bref, certaines circulaires ont des effets qui atteignent les administrés et qui les font ainsi sortir de l'ordre purement interne à l'Administration : elles sont, en ce cas, tout à fait semblables à des décisions.

– La distinction entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires

305 C'est pourquoi, le Conseil d'État, dans une célèbre décision d'assemblée, du 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker* (p. 64, concl. B. Tricot), avait posé une distinction entre les *circulaires interprétatives* et les *circulaires réglementaires*. Les premières n'étaient que de véritables mesures d'ordre intérieur devant être traitées comme telles (absence de recours contentieux contre elles). Les secondes, au contraire, étaient de véritables décisions dont elles devaient, en conséquence, suivre l'entier régime juridique.

La question essentielle était bien évidemment de déterminer le critère de distinction entre ces deux catégories de circulaires. Celui-ci était simple en apparence : la circulaire était interprétative lorsqu'elle se bornait à rappeler l'existant, à le commenter ou à l'expliciter ; elle était réglementaire lorsqu'elle ajoutait au droit existant, manifestant ainsi la volonté de son auteur de modifier l'ordonnancement juridique. En ce dernier cas, le ministre ne disposant pas du pouvoir réglementaire, la circulaire était par le fait même illégale et cette illégalité était d'ordre public (8 févr. 2010, *min. Défense*, 306558).

Ainsi étaient qualifiées de réglementaires les circulaires contenant :

– une condition nouvelle (24 juil. 1981, *Baets*) ou supplémentaire (Sect. 21 mai 1965, *min. Éduc. nat. c/ Sté Amouroux*) ;

– l'institution de sujétions (14 janv. 1981, *MRAP et UNEF*) ou de garanties (1er avr. 1949, *Chaveneau*) ;

– des ajouts à une loi (15 févr. 1978, *Ass. des étudiants en droit de Metz et autres*) ou à un décret (Sect. 3 avr. 1981, *Sté A. Pellerin et Cie*) ;

– une règle générale et impérative nouvelle (28 nov. 1958, *Lepouse*) ;

– la modification de bases de calcul (Sect. 2 juil. 1965, *Synd. nat. des parcs automobiles, ateliers maritimes, fluviaux et autre*) ;

– la substitution à un décret (3 octobre 2003, *Moschetto*, au sujet de l'affectation d'enseignants du second degré), etc.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

En pratique, il s'était avéré souvent hasardeux de dire si une circulaire était interprétative ou réglementaire. De nombreuses hésitations étaient possibles, d'où une notable évolution jurisprudentielle.

– La distinction entre circulaires à caractère impératif et circulaires sans caractère impératif

306 Dans une importante décision (Sect 18 déc. 2002, *Duvignères*), le Conseil d'État a absorbé la première distinction et l'a élargie en introduisant une autre distinction, celle entre *circulaires à caractère impératif* et *circulaires sans caractère impératif*. Les circulaires à caractère impératif font grief même lorsque les dispositions qu'elles contiennent ne sont pas nouvelles (par ex. réitération d'une règle antérieure illégale qui fait grief : *Duvignères*, préc. ; égalt : 7 oct. 2009, *Assemblée permanente des chambres de métiers*, 314747). Le critère est donc l'impérativité du contenu ou son absence d'impérativité (26 mai 2009, *Comité économique agricole fruits et légumes, Bassin Rhône-Méditerranée*, 311238 ; 28 nov. 2012, *Assoc. « Libérez les Mademoiselles ! »*, 358226).

Désormais, par l'effet de la combinaison des jurisprudences Institution *Notre-Dame du Kreisker* et *Duvignères*, sont déférables au juge, sous une unique appellation, deux catégories de circulaires : celles qui modifient l'ordonnancement juridique (c'est la solution de l'arrêt Institution *Notre-Dame du Kreisker*), et celles qui, bien qu'elles n'ajoutent rien à cet ordonnancement, revêtent un caractère impératif parce qu'elles se présentent sous la forme de prescriptions, d'ordres exprès donnés aux subordonnés (c'est la solution de l'arrêt *Duvignères*). Ainsi donc, sous le nom de « circulaires impératives » sont compris d'une part, la totalité des actes entrant dans l'ancienne catégorie des circulaires réglementaires (6 oct. 2004, *Synd. mixte de défense et de valorisation forestière* ; 16 juin 2008, *Ass. Vivre et vieillir ensemble en citoyens*), d'autre part, ceux des actes qui – dans la jurisprudence antérieure – auraient été des circulaires interprétatives, dès lors qu'ils revêtent un caractère impératif même si celui-ci n'est pas nouveau. Ainsi, sont déférables au juge : la circulaire impérative relative à des mesures d'ordre intérieur (8 mars 2006, *FCPE de l'enseignement public*), la réitération, par une instruction, d'une disposition impérative de caractère général et illégale figurant déjà dans un décret (8 nov. 2010, *David X.*, 309746), des « recommandations de bonnes pratiques » en matière de santé (26 sept. 2005, *Cons. nat. ordre médecins*) ou une note de service ajoutant des priorités à celles prévues par le règlement que cette note applique (7 mars 2012, *Frédéric X.*, 335130).

Par ailleurs, il demeure également ceci de commun au système *Notre-Dame du Kreisker-Duvignères* que le juge continuera, comme il le faisait depuis 1954, à annuler toute circulaire impérative de caractère réglementaire dont il aura constaté que son auteur était incompétent pour la prendre (29 nov. 2004, *Union, Les transports publics et autres* ; 16 avr. 2012, *Comité Harkis et Vérité*, 342956) ce motif étant d'ordre public (8 févr. 2010, *min. Défense*, 306558) ou qu'elle repose sur une erreur de droit.

Dans tous les cas, lorsque la circulaire se borne à expliciter les termes d'une loi, le juge administratif refuse d'examiner si cette circulaire est, ou non, conforme à la Constitution car cela reviendrait à contrôler la constitutionnalité de la loi dont cette circulaire fait application (Sect. 8 oct. 2004, *Un. franç. pour la cohésion nationale* : circulaire du ministre de l'Éducation nationale pour l'application de la loi du 15 mars 2004 relative au port d'insignes et de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les établissements des enseignements primaire et secondaire publics) ; en revanche, il accepte de vérifier si cette circulaire, et partant, cette loi, est conforme à des dispositions internationales (même décision, à propos de la Convention EDH et du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Les directives

307 La directive dont il sera question ici est un acte administratif par lequel l'autorité administrative, *lorsqu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, et uniquement en ce cas*, se fixe à elle-même une règle de conduite à tenir dans des séries de cas semblables. Il s'agit d'une mesure d'ordre intérieur. Celle-ci peut fort bien ne pas porter le nom de « directive », elle relèvera cependant de ce régime.

L'existence d'une directive suppose réunies deux conditions par l'Administration : 1°) elle doit disposer d'un pouvoir discrétionnaire : sans pouvoir discrétionnaire pas de directive ; 2°) elle doit anticiper l'attitude à tenir dans des séries de cas individuels.

Le problème qui se pose est le suivant. L'idée que l'Administration détermine par avance la conduite qu'elle va tenir lorsqu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation est une bonne idée pour la sécurité juridique des administrés et pour la cohérence de l'action administrative, ainsi tous agiront de même. Cependant, cette façon de procéder se heurte à un principe fondamental qui régit le pouvoir discrétionnaire et qu'on a déjà rencontré (*cf.* chapitre 1) : l'obligation pour l'Administration d'opérer, dans chaque cas d'utilisation de son pouvoir discrétionnaire, *un examen particulier des circonstances* (*cf.* § 54). En effet, si l'Administration est détentrice de pouvoir discrétionnaire c'est pour qu'elle puisse, dans chaque cas concret, grâce à cette marge d'appréciation, effectuer un examen particulier des circonstances, ceci afin de jouir à plein de sa liberté d'action. Or la directive semble contrevenir à cette double exigence : en se fixant une règle par avance, l'Administration renonce au principe de l'examen particulier des circonstances, en se fixant une conduite, elle renonce à sa liberté discrétionnaire d'action.

Néanmoins, on l'a vu, les avantages du mécanisme de la directive sont certains : plus grande sécurité juridique pour les administrés, action administrative moins aléatoire, plus grande égalité de traitement entre les individus, réduction corrélative de la part d'arbitraire ou de discrimination.

Aussi le Conseil d'État a édifié, à partir de 1970, une jurisprudence souple afin de tenir compte de ces impératifs contradictoires (Sect 11 déc. 1970, *Crédit Foncier de France*, p. 750 concl. L. Bertrand ; 29 juin 1973, *Sté Géa* ; 18 nov. 1977, *Sté Entr. Marchand*). On peut la résumer ainsi :

– La directive est une mesure d'ordre intérieur, comme la circulaire, elle n'est pas un acte réglementaire. Il en découle qu'elle ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et qu'elle est le plus souvent illégale, pour incompétence de son auteur, lorsqu'elle contient des dispositions impératives.

– La directive est un procédé normal d'action de l'Administration à condition de la cantonner strictement dans son domaine et de ne pas lui assigner une finalité autre que celle qui est normalement la sienne.

– La directive permet à l'Administration de fixer à l'avance la conduite qu'elle va tenir sous réserve de deux limites. D'une part, la directive doit être adaptée au but recherché par la réglementation qu'elle met en œuvre. D'autre part, la directive ne doit pas avoir valeur impérative ; notamment, elle doit toujours prévoir la possibilité pour l'Administration d'y déroger en fonction des cas particuliers rencontrés.

– La directive doit, dans chaque cas, respecter l'obligation de l'examen particulier des circonstances faute de quoi son application serait illégale. Le Conseil d'État considère, en effet, que l'application mécanique d'une directive, sans tenir compte des particularités d'une situation déterminée, constitue une illégalité. En ce cas, l'illégalité s'attache non à la directive elle-même mais à la circonstance qu'il en a été fait application à un cas concret ne correspondant pas à la finalité du règlement dont la directive veut être l'application.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– Lorsque la directive revêt un caractère réglementaire ou impératif, elle est traitée comme une circulaire ayant une telle nature, c'est-à-dire comme une décision.

L'ensemble de cette jurisprudence s'explique par le fait que la directive n'est pas, normalement, une décision administrative bien qu'elle soit un acte de l'Administration. Par cet acte, l'Administration n'entend nullement créer une nouvelle règle de droit ou modifier l'ordonnancement juridique. C'est une technique de rationalisation et de simplification de l'action administrative, ce n'est pas un mode particulier d'expression de la volonté administrative.

● Les mesures internes au service

308 Ces mesures se caractérisent par une diversité foisonnante, ce qui rend impossible leur étude exhaustive et contraint à un choix, celui de trois catégories de mesures internes au service qui seront retenues à titre d'exemple : les mesures d'organisation, les correspondances et les mesures de police internes au service.

Quant aux *mesures d'organisation interne du service*, la règle est que la mesure qui ne modifie pas la condition juridique des personnes concernées par elle n'est qu'une mesure d'ordre intérieur car elle n'est pas susceptible d'avoir les effets juridiques d'une décision. Tel est le cas de la mutation d'un étudiant d'un groupe de travaux dirigés à un autre (11 janv. 1967, *Bricq*; voir aussi : Sect. 5 nov. 1982, *Attard*), de l'établissement d'un état statistique des grévistes (5 oct. 2005, *Synd. nat. unitaire travail-emploi-formation-insertion*) ou de l'affectation d'internes d'un hôpital dans un service qui est un centre annexe de cet hôpital (Sect. 19 mars 1965, *Antoine et autres, et Galabru*). En revanche, sont des décisions pures et simples malgré l'apparence de mesures d'ordre intérieur, celles qui affectent la condition juridique de leurs destinataires comme l'exclusion d'une résidente de la Cité internationale universitaire de Paris (15 oct. 1982, *Mardirossian*) ou l'interdiction faite à un professeur d'université d'exercer ses activités d'enseignement et de recherche (1er juil. 1983, *Payen de la Garanderie*).

Le Conseil d'État, surtout à partir de 1995 (Ass. 17 févr. 1995, *Marie* – à propos des mesures prises dans les enceintes pénitentiaires – et *Hardouin* – concernant les mesures prises dans les enceintes militaires –, 2 espèces, p. 82 et 83, concl. P. Frydman) et sous la pression de la Cour EDH (pour une confirmation *a posteriori*, voir : CEDH 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez*), s'est engagé dans la voie d'une réduction très forte du champ d'application des mesures d'ordre intérieur, particulièrement en matière pénitentiaire (15 janv. 1992, *Cherbonnel*; 12 mars 2003, *min. Justice c/ Frérot*; 30 juillet 2003, *Remli*; TA Melun 11 mars 2004, *Bonnal*; 30 juil. 2003, *min. Justice c/ Saïd X.* : l'isolement carcéral n'est plus une mesure d'ordre intérieur, tout comme les restrictions au droit de visite d'un détenu [Bordeaux 6 juil. 2007, *F.*] mais l'avertissement donné à un détenu le demeure [Versailles 28 juin 2007, *Vincent*]) où elles sont devenues exceptionnelles. Le Conseil d'État s'est efforcé de redessiner plus clairement le périmètre des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire (Ass. 14 déc. 2007, *garde des Sceaux c/ Boussouar et c/ Planchenault*, 2 espèces) et surtout d'étendre au maximum sa compétence pour connaître complètement de l'univers carcéral (14 nov. 2008, *El Shennawy*; 17 déc. 2008, 3 décis. dont *Sect. franç. de l'Observatoire international des prisons*). Ainsi, n'est pas une mesure d'ordre intérieur mais une décision, l'inscription d'un détenu sur le répertoire des détenus particulièrement signalés (30 nov. 2009, *garde des Sceaux*, 318589).

Quant aux *correspondances internes au service*, elles constituent normalement des mesures d'ordre intérieur ; ainsi de la correspondance échangée entre deux administrations (7 juil. 1967, *Fonteveau*), entre deux ministres (6 oct. 1965, *Mely et autre*; 21 juil. 2009, *Synd. nat. pénitentiaire FO*, 308086) ou avec un agent du service et lui rappelant ses obligations statutaires (13 nov. 2006, *La Poste*).

Toutefois, il en va différemment quand la correspondance comporte ou révèle une décision (Sect. 23 juin 1967, *Laquière* : lettre du garde des Sceaux ordonnant au procureur général d'Alger que, en

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

application d'un décret, les fonctions de bâtonnier seront désormais exercées par le président du TGI d'Alger alors que ce décret ne met pas fin aux fonctions de ce bâtonnier).

Quant aux *mesures de police internes au service*, elles sont des mesures d'ordre intérieur car, par elles, l'autorité hiérarchique règle la discipline interne du service. Cependant, de telles mesures sont affectées par la jurisprudence précitée (*Marie* et *Hardouin*, préc.) qui réduit considérablement le champ d'application des mesures d'ordre intérieur. Le juge admet de plus en plus facilement d'y apercevoir de véritables décisions à partir du moment où elles modifient la situation juridique de leurs destinataires (7 janv. 1983, *Ville d'Aix-en-Provence c/ S. Estève*). Néanmoins, le refus de distribuer un courrier à un détenu est encore une mesure d'ordre intérieur (Nancy 24 mars 2005, *min. Justice c/ Michel*).

C. La diversité des décisions

La diversité des décisions prises par l'administration est telle qu'il importe de les classer (1.) puis de les hiérarchiser entre elles (2.), afin d'en permettre la distinction (3.). Si, normalement, les décisions de l'Administration revêtent la forme écrite, elles peuvent aussi être verbales (ainsi, pour un refus verbal : 7 janv. 2013, *Bernard X.*, 358781).

1. La classification des décisions

309 Cette classification peut être opérée en se plaçant à deux points de vue, le point de vue formel, dit encore « organique » et le point de vue matériel. *La classification formelle* s'attache à la nature de l'organe qui prend la décision et, accessoirement, à des éléments tels que la procédure d'élaboration de la décision. De ce point de vue, seront distingués les décrets du président de la République ou ceux du premier ministre, les arrêtés et autres actes décisoires des ministres et des autres autorités (préfets, présidents des exécutifs locaux, présidents d'université, etc.). *La classification matérielle* retient le contenu des décisions, distinguant entre les décisions réglementaires et les décisions non réglementaires.

Cette dernière distinction a suscité une ample controverse doctrinale, de nombreux auteurs refusant d'admettre que des décisions puissent être distinguées en fonction de leur contenu (par ex. R. Carré de Malberg).

● Décisions réglementaires et décisions non réglementaires : intérêt de la distinction

310 Si les deux sortes de décisions sont prises par les mêmes autorités, possèdent toutes deux un caractère unilatéral, sont édictées l'une et l'autre dans l'intérêt général et sont, chacune, des « décisions », il importe cependant de les distinguer soigneusement.

La décision réglementaire ne crée jamais de droits acquis et son abrogation est toujours possible sous réserve du respect des principes de non-rétroactivité et de sécurité juridique (Sect. 13 déc. 2006, *Lacroix*, *AJDA* 2007, Chron. p. 358) ; c'est le contraire pour la décision non réglementaire.

La légalité d'une décision réglementaire peut être contestée soit directement, par voie d'action, soit indirectement, par voie d'exception ; cette dernière voie est impossible contre une décision non réglementaire.

Le régime de publicité n'est pas le même dans les deux cas.

La décision réglementaire s'impose à tous, même au supérieur hiérarchique de l'auteur de la décision ; la décision non réglementaire n'a d'effet qu'à l'égard de son destinataire.

La décision réglementaire ne peut être annulée que par le juge administratif. À la différence de la décision non réglementaire, elle peut être interprétée par n'importe quelle juridiction de chacun des deux ordres.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Les décisions réglementaires des ministres relèvent de la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort.

● Les décisions réglementaires

311 La décision réglementaire est celle qui a une portée générale et impersonnelle. Cette « généralité » n'a pas nécessairement un caractère quantitatif : une décision qui ne concerne qu'une seule personne, mais désignée abstraitement (par ex. « le préfet de police »), peut être à caractère général. C'est la mesure prise sans considérer des individus déterminés (en ce sens, voir concl. J. Rigaud sur Sect. 19 nov. 1965, *Ép. Delattre-Floury*).

Ainsi sont réglementaires : le refus de prendre une décision réglementaire (Ass. 8 juin 1973, *Richard*), l'arrêté fusionnant les recettes-perception de deux communes (8 déc. 1978, *Cne de Saint-Étienne-de-Cuines*) ou celui supprimant un office de commissaire-priseur judiciaire (1er févr. 2012, *Guy X.*, 326585), la délibération d'un conseil municipal transformant un emploi à temps complet en un emploi à temps partiel (26 févr. 1975, *Garrigou*), les décisions instituant des équivalences entre des titres et des grades universitaires (14 juin 1912, *Féd. nat. des professeurs des lycées de garçons et des établissements secondaires de jeunes filles*), la délibération fixant le budget d'un SDIS (5 juil. 2010, *Cne de Béziers*), etc.

● Les décisions non réglementaires

312 Le juge utilise l'expression « non réglementaire » plutôt que le mot « individuelle ». Pour déterminer le caractère éventuellement non réglementaire d'une décision il faut se placer à deux points de vue : l'objet direct de la mesure et sa portée.

La décision non réglementaire par son objet direct, bien que fréquente, n'est souvent pas perçue comme telle parce qu'est commise l'erreur de prendre en considération les effets de la mesure et non son objet direct. Ainsi, les décrets autorisant la création de tranches d'une centrale nucléaire n'ont pas de caractère réglementaire (30 juin 1989, *min. Industrie c/ Land de Sarre et autres*) tout comme l'arrêté fixant un site Natura 2000 (2 nov. 2005, *Assoc. de coordination des syndicats de marais de la baie de l'Aiguillon et autres*). Cela est exact seulement si est retenu l'objet direct et immédiat de ces actes. En revanche, si avaient été pris en considération leurs effets (territoire indéterminable des effets, indétermination des personnes susceptibles d'être concernées, etc.), la mesure serait apparue de nature réglementaire.

Il existe un bloc de qualification juridique pour les actes de tutelle : ceux-ci sont toujours dits non réglementaires, que la mesure sur laquelle porte le contrôle de la tutelle soit une mesure de nature réglementaire ou non (Ass. 8 janv. 1971, *URSSAF des Alpes-Maritimes*).

La décision non réglementaire par sa portée est soit celle qui a une portée déterminée, c'est-à-dire précise (quant aux personnes visées, quant au territoire concerné, etc.), soit celle qui, sans être en elle-même déterminée, a néanmoins une portée aisément déterminable (parce qu'elle comporte en elle-même suffisamment de précisions pour permettre d'en fixer la portée).

● Le cas des décisions collectives

313 De certaines décisions, on hésite à dire si elles sont, ou non, réglementaires, ce sont les *décisions à caractère collectif*. La différence entre ces décisions et celles sans caractère réglementaire provient de ce qu'il existe une certaine solidarité (au sens juridique) entre les personnes visées par une décision collective, solidarité qui fait défaut dans le cas des décisions non réglementaires. Ainsi, la décision d'un jury d'examen est non réglementaire car, outre qu'elle ne concerne que des personnes déterminées, elle est en réalité constituée d'une série de décisions individuelles juxtaposées (le sort de chaque candidat est indépendant de celui des autres candidats). Au contraire, la décision d'un jury de concours introduit une solidarité entre toutes les

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

personnes qu'elle concerne ; leurs sorts respectifs sont interdépendants : il n'y a d'échec que parce que d'autres ont réussi. De quelle catégorie relèvent de tels actes ? La jurisprudence les assimile parfois à des décisions réglementaires (12 oct. 1956, *Rousseau*) mais l'on se trouve souvent dans des situations douteuses : si des décisions intéressant plusieurs fonctionnaires telles que mutations, promotions sont apparemment collectives, elles ne sont en fait que des « collections de décisions individuelles » (28 déc. 2009, *Synd. nat. pénitentiaire FO-Direction*, 323521). De même, se rencontrent nombre de cas intermédiaires : établissement d'un tableau d'avancement, procès-verbal d'un concours, etc.

● La question des actes *sui generis*

314 Il arrive au juge de relever que certains actes à lui déférés ne sont ni individuels ni réglementaires (ainsi de la décision de reclassement, dans la voirie d'une collectivité territoriale, d'une ancienne portion de route nationale : 25 sept. 2009, *Cne de Coulomby*, 310873), d'où l'idée, chez certains auteurs, de substituer à la distinction bipartite traditionnelle (réglementaire/non réglementaire), une nouvelle distinction, tripartite (réglementaire/non réglementaire/*sui generis*). La terminologie est très fluctuante comme en témoigne l'utilisation, à peu près indistinctement, des expressions « décisions d'espèce », « acte intermédiaire », « acte particulier », « acte *sui generis* ». Dans cette catégorie paraissent devoir entrer les déclarations d'utilité publique en matière d'expropriation, divers actes d'organisation du service public, des opérations de classement, certains actes de tutelle, etc.

De tels actes existent réellement mais leur identification est malaisée tant ils constituent une sorte de capharnaüm juridique. L'utilité pratique et conceptuelle de leur identification n'est pas évidente. Leur régime juridique emprunte tantôt à celui de l'acte réglementaire (non motivation, règles de publicité, absence de création de droits, retrait ou abrogation) tantôt à celui des actes non réglementaires. Au total, l'acte *sui generis*, comme n'aime pas l'appeler R. Chapus, semble s'apparenter davantage à l'acte réglementaire. Il serait plus satisfaisant pour l'esprit et plus commode pour les praticiens soit de faire disparaître cette catégorie complexe et déroutante, soit de la faire naître comme catégorie véritablement autonome dans son statut juridique.

Enfin, dans nombre de cas, on qualifie abusivement comme tels des actes qui relèvent simplement de la catégorie des actes complexes, ce qui est une notion contentieuse et non pas générique, à la différence de la distinction entre les actes réglementaires et les actes non réglementaires.

2. La hiérarchisation des décisions

Établir une hiérarchie des décisions administratives est une opération difficile en raison de la dualité des analyses existant en matière d'actes juridiques. L'analyse formelle prend en considération l'auteur de la décision et la procédure selon laquelle elle a été prise, tandis que l'analyse matérielle retient le contenu et la portée de la décision.

● Hiérarchie formelle (ou organique) des décisions

315 Une distinction classique (et inévitable) doit être opérée entre les décrets et les arrêtés.

Les décrets sont des actes pris soit par le président de la république, soit par le premier ministre. Certains décrets sont délibérés en conseil des ministres, ce sont normalement ceux émanés du président de la république ; ils doivent porter sa signature ainsi que celles des *ministres responsables*. Les autres décrets, non délibérés en conseil des ministres, sont ceux du premier ministre ; ils doivent comporter, outre celle du premier ministre, les signatures des *ministres chargés de leur exécution*.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Tout décret présidentiel doit, en vertu des dispositions de l'art. 13, al. 1er, de la Constitution, être délibéré en conseil des ministres, ce qui soulève deux questions. Tout d'abord, lorsqu'un décret est pris par le président sans avoir été délibéré en conseil des ministres, il est inconstitutionnel. Il n'en va autrement que si, à côté de la signature du président, figure celle du premier ministre : en ce cas l'inconstitutionnalité est en quelque sorte « purgée » par cette dernière signature ; mais, il devient purement et simplement un décret que le premier ministre est désormais seul compétent pour modifier ou abroger. Ensuite, et inversement, lorsqu'un décret qui n'avait pas à être pris par le président, est cependant délibéré en conseil des ministres, il doit être revêtu de la signature du président et il est *ipso facto* un décret du chef de l'État (Ass. 10 sept. 1992, *Meyet*, p. 328, concl. D. Kessler). Tout décret délibéré en conseil des ministres est un décret du chef de l'État et ne peut plus être modifié ou abrogé que par lui, même si le premier ministre aurait dû en être l'auteur.

Par ailleurs, tant parmi les décrets du président que parmi ceux du premier ministre, il convient de faire le départ entre ceux soumis, pour avis, au Conseil d'État et ceux non soumis à cette formalité. D'où la liste suivante hiérarchisée dans un ordre descendant :

– les décrets du président (donc en conseil des ministres) pris après avis conforme du Conseil d'État ; ensuite ceux pris après avis obligatoire « simple » du Conseil d'État ; enfin, ceux rendus sans avis obligatoire du Conseil d'État ;

– les décrets du premier ministre (donc hors conseil des ministres) pris après avis conforme du Conseil d'État ; ensuite ceux pris après avis obligatoire « simple » du Conseil d'État ; enfin, ceux rendus sans avis obligatoire du Conseil d'État.

C'est donc bien une classification purement formelle qui est retenue puisque sont seuls pris en considération l'auteur de l'acte et la procédure suivie pour le prendre.

Trois observations doivent être faites concernant l'intervention du Conseil d'État. En premier lieu, celui-ci a longtemps été considéré comme coauteur des décrets en Conseil d'État et c'est pourquoi l'omission de le consulter entachait le décret d'incompétence et non, comme on aurait pu le croire, d'un vice de forme substantiel. Cette conception n'étant plus en harmonie avec la position de la Cour EDH sur ce point (28 juin 1995, *Procola c/ Luxembourg*), elle semble bien avoir été abandonnée. En deuxième lieu, la mention « Le Conseil d'État entendu » qui figure sur un décret impose que sa modification, dans le silence des textes, soit faite non par décret simple mais par un décret en Conseil d'État (Ass. 3 juil. 1998, *Synd. nat. de l'environnement*). Enfin, un décret qui n'a pas été lui-même pris en Conseil d'État ne peut pas renvoyer à des décrets à prendre en Conseil d'État (11 oct. 2010, *Synd. unitaire travail, emploi, information, insertion-FSU*).

316 Les *arrêtés* sont, génériquement, des décisions prises par un grand nombre d'autorités administratives : président, premier ministre, ministres, préfets, présidents de conseil régional ou général, maires, etc. La hiérarchie des arrêtés est simple à établir.

Tout d'abord, les arrêtés sont soumis aux décrets. Ensuite, par ordre descendant, se rencontrent successivement les arrêtés interministériels, puis ministériels, et enfin préfectoraux. Parmi les collectivités territoriales, tous les arrêtés sont à rang égal quelle que soit l'autorité qui en est l'auteur. En effet, il n'y a pas de subordination entre collectivités territoriales, aucune ne pouvant exercer de tutelle sur une autre. Enfin, existent les arrêtés d'autres autorités publiques (président d'université, recteur, etc.) et de certaines personnes privées, ces dernière devant être chargées de la gestion d'un service public et dotées à cet effet de prérogatives de puissance publique parmi lesquelles figure, précisément, l'exercice du pouvoir réglementaire.

Entre ces différents niveaux une autre hiérarchie se superpose à la précédente : elle résulte, comme cela a été indiqué plus haut, de ce que les arrêtés réglementaires l'emportent sur les

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

arrêtés individuels même lorsqu'ils sont pris par un subordonné de l'auteur de l'arrêté individuel.

● L'intervention de la hiérarchie matérielle

317 La hiérarchie formelle, qui vient d'être exposée, doit se combiner avec la hiérarchie matérielle, celle qui retient le contenu et la portée des décisions.

L'adoption du critère matériel conduit à deux remarques.

En premier lieu, l'analyse formelle et l'analyse matérielle sont indépendantes : l'une et l'autre ne coïncident pas nécessairement. Ainsi, deux décrets, l'un à caractère réglementaire, l'autre sans caractère réglementaire, donneront naissance à une seule catégorie (décret) dans le cadre de l'analyse formelle et à deux catégories dans le cadre de l'analyse matérielle (réglementaire/non réglementaire). Inversement un acte réglementaire peut revêtir soit la forme d'un décret, soit celle d'un arrêté : pour l'analyse formelle il y a là deux catégories (décret/arrêté) tandis que pour l'analyse matérielle il n'y a qu'une catégorie (réglementaire).

En second lieu, le critère matériel précise l'analyse formelle de deux façons. D'une part, les actes réglementaires pris par une autorité s'imposent aux actes individuels de cette même autorité, qui devront être conformes aux premiers (principe *Tu patere legem quam ipse fecisti* [*« respecte la loi que tu as toi-même faite »*], *cf.* § 41). Ceci introduit une hiérarchie entre les actes d'une même personne publique. D'autre part, le même critère matériel conduit à poser cette règle que les actes individuels d'une autorité supérieure doivent être conformes aux actes réglementaires de l'autorité subordonnée.

3. Les différentes sortes de décisions

318 Normalement l'Administration prend des *décisions explicites*. Celles-ci sont le plus souvent écrites mais il peut exister, assez rarement, des décisions verbales (10 avr. 2009, *Assoc. Greenpeace France*, 293884), elles se caractérisent par leur contenu qui consiste en une modification de l'ordonnancement juridique qui régissait jusque-là la situation en cause. Il est cependant des cas où l'administration s'abstient de décider ou d'indiquer ce qu'elle a décidé, demeurant silencieuse. Pour les nécessités de la continuité de l'action des personnes publiques il a fallu donner un sens, une signification, à leur silence. Celui-ci donne normalement naissance à des *décisions implicites*.

● Décision explicite

319 Le plus souvent de forme écrite, la décision explicite est celle qui se donne elle-même pour telle. Elle énonce sa qualité de décision par le fait qu'elle modifie (ou indique vouloir modifier) l'ordonnancement juridique antérieur en créant des droits ou des obligations ou en éteignant des droits déjà existants. Une telle décision peut être prise soit spontanément par l'autorité administrative soit sur demande d'un administré.

● Décision implicite

320 Au contraire de la précédente, la décision implicite n'a pas d'existence matérielle. Elle résulte du silence gardé pendant un certain temps par l'administration compétente. Il n'existe pas de décision implicite prise spontanément par l'Administration.

La décision implicite est donc la combinaison de quatre éléments : une demande, un silence, une durée et la signification qu'il faut lui attacher.

Le silence est constitué soit par un mutisme pur et simple de l'autorité, soit par une attitude explicite mais impuissante à valoir décision (par exemple une réponse d'attente).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Lorsque ce silence a duré un certain temps il acquiert une signification. Cette durée est normalement de deux mois et c'est celle qui, en l'absence de texte exprès, est applicable. Elle peut aussi être fixée par des textes et, en ce cas, être plus courte ou plus longue.
La signification de ce silence est, en principe, négative : le silence gardé pendant deux mois (ou toute autre durée éventuelle) par l'Administration signifie qu'elle a pris une décision négative. Par exception, et à condition qu'existe en ce sens un texte exprès, dans quelques hypothèses, le silence vaut, au bout d'un certain temps, variable selon les textes, acceptation.
Parce qu'il n'existe pas de décision implicite spontanée, la constitution d'une décision implicite au terme du délai prévu suppose que l'administration ait été réellement saisie d'une demande (25 juil. 2007, *Bernard X.*) et que la demande de décision préalablement adressée à l'Administration ait été complète ; à défaut, le délai au terme duquel sera constituée une décision implicite sera suspendu jusqu'à la satisfaction de l'exigence de complétude (Décret du 6 juin 2001 pris pour l'application de la loi du 12 avril 2000 : 13 janv. 2003, *Camara*). En revanche, dans le cas d'une demande d'indemnité adressée au maire en qualité d'agent de l'État et non transmise au préfet, le silence, involontaire donc, gardé par l'État vaut néanmoins décision implicite de rejet de sa part (20 juil. 2007, *Sté Immobart*, *AJDA* 2007 p. 1943, concl. C. Landais).

2 Le pouvoir réglementaire

321 Le pouvoir réglementaire est la faculté reconnue à des autorités autres que le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire de prendre des décisions à caractère général, impersonnel et obligatoire. L'existence d'un tel pouvoir est une nécessité sous tous les régimes : il est impossible à un parlement de tout prévoir jusque dans les détails ni non plus de statuer sur tous les objets possibles. Même sous la Constituante (1789-1791), peu encline à favoriser le pouvoir exécutif, et malgré la prétention du législateur de l'époque à tout embrasser, il a fallu se rendre à cette évidence de la nécessité des règlements. C'est l'an VIII qui consacre définitivement l'existence du pouvoir réglementaire. La tradition constitutionnelle française, à partir de cette époque, se caractérise par l'étroite subordination du règlement à la loi, du pouvoir réglementaire au pouvoir législatif. En effet, seule la loi, parce qu'elle est l'expression de la volonté générale, possède une puissance initiale et inconditionnée. Au contraire, le règlement est subordonné à la loi à laquelle il ne peut ni porter atteinte ni ajouter. Par ailleurs, alors que la loi est incontestable, aucun juge ne pouvant la contrôler, le règlement est, lui, soumis au contrôle du juge administratif.
Ainsi, en conséquence de ce qui précède, le domaine de la loi était infini, celle-ci pouvant intervenir en toutes matières, tandis que le règlement ne pouvait intervenir qu'à condition qu'existe, préalablement à son intervention, une loi, et encore le règlement ne pouvait-il pas intervenir dans les matières considérées comme législatives « par nature » en vertu de la tradition républicaine (par ex. libertés ou état des personnes).
L'encombrement du Parlement, qui était en partie le résultat de la conception qui vient d'être exposée, a conduit, au fil du temps, à un certain aménagement. Progressivement, il a été admis que, sur habilitation par la loi, le règlement pouvait intervenir en matière législative ; ce phénomène portera les noms, sous la III^e^ République de *décrets-lois*, et, sous la IV^e^ République, de *lois-cadres* ou de *pleins pouvoirs*.
La Constitution de 1958 avait semblé apporter des modifications substantielles à ce schéma mais ce n'était là qu'une apparence qui allait vite être démentie par les faits.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

A. Le pouvoir réglementaire de droit commun

322 La Constitution contient deux dispositions majeures relatives au pouvoir réglementaire : l'article 21 qui concerne le règlement conçu comme décision d'exécution d'une loi (c'est le règlement d'exécution des lois), et l'article 37 qui définit un domaine propre au règlement (c'est le règlement dit « autonome »).

Du premier (art. 21), il n'y a pas grand chose à dire, au point de vue retenu ici, si ce n'est que, depuis les origines, il est admis que le pouvoir réglementaire peut intervenir en exécution des lois soit sur invitation expresse du législateur, soit spontanément lorsque l'autorité réglementaire constate que la loi est insuffisante par elle-même. Dans les deux cas, l'autorité compétente a l'obligation d'exercer ce pouvoir réglementaire spontané soit à titre initial, soit pour modifier – lorsque nécessaire – les textes déjà pris par elle (Sect. 25 févr. 2005, *Mme Barbier*).

Enfin, c'est une exigence inhérente à la hiérarchie des normes qui fonde l'obligation pour le pouvoir réglementaire de tirer spontanément les conséquences des modifications juridiques résultant de tout changement législatif (17 mars 2010, *Assoc. nat. cheminots anciens combattants, résistants, prisonniers et victimes de guerres*, 328282).

À propos du règlement que l'on a longtemps qualifié d'« autonome » (art. 37), il convient d'être plus explicite parce qu'il met en jeu la distinction de la loi et du règlement (1.) et suppose le contrôle de cette distinction (2.). Il conviendra ensuite d'indiquer quels sont les titulaires du pouvoir réglementaire (3.).

1. La distinction de la loi et du règlement (rappel)

Cette question relevant pour partie du droit constitutionnel, on se bornera ici à quelques observations à titre de rappel. La Constitution définit négativement le domaine du règlement ; ce sont *« les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi »* (art. 37 al. 1er) ; c'est donc par la définition du domaine de la loi qu'il convient de commencer.

● Statut et domaine de la loi

323 La loi, malgré tout ce qui a pu être dit de contraire, demeure, du moins en droit interne, sous l'empire de la Constitution de 1958, l'acte de puissance initiale et inconditionnée qu'elle était antérieurement. L'existence d'un véritable contrôle de constitutionnalité n'a pas modifié cet élément du statut de la loi dans la mesure où il ne peut s'exercer qu'avant la promulgation de la loi ; après la promulgation, la loi est hors d'atteinte sauf le renvoi d'inconstitutionnalité prévu par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, seulement quand sont en cause des droits et libertés constitutionnellement proclamés et garantis.

On relèvera encore que si, comme le règlement, la loi peut faire l'objet d'une abrogation pour l'avenir (même implicite : 25 juin 2007, *Olivier X.*), elle ne peut en revanche, faire l'objet d'un retrait rétroactif (v. § 372-381).

Sur deux points cependant, l'article 34 et sa combinaison avec l'article 37 de la Constitution paraissaient avoir apporté une véritable innovation : en donnant, en apparence du moins, une double définition du domaine de la loi et en assignant à cette dernière un domaine, donc en la délimitant.

324 La double définition du domaine de la loi provient de ce que l'article 34 énonce que la loi intervient tantôt pour *fixer les règles* (par ex. en matière de droits civiques, de libertés publiques, de détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, d'impôts, de monnaie, etc.) tantôt pour *déterminer les principes fondamentaux* (de la libre administration des collectivités territoriales, de la sécurité sociale, etc.). On a tiré de cette dichotomie l'idée que l'intervention du législateur serait plus complète et plus plénière s'agissant de fixer les règles, et qu'au contraire

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

elle serait plus générale et moins dense dans le cadre de la simple détermination des principes, fussent-ils fondamentaux. En réalité, on peut considérer cette distinction comme étant lettre morte en raison de la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel préfère retenir une définition horizontale et une définition verticale de la compétence du législateur. La compétence horizontale consiste à appliquer le critère tiré de « l'état de la législation antérieure » à 1958. Il ne faut pas se placer en 1789 mais s'interroger sur ce qu'est devenue la compétence en telle matière aujourd'hui. La compétence verticale signifie que, dans les matières énumérées à l'article 34 et dans quelques autres dispositions constitutionnelles, la compétence législative n'exclut jamais toute intervention du pouvoir réglementaire ; il y a combinaison des deux dans des proportions variables selon les matières.

● Statut et domaine du règlement

325 En revanche, l'autre innovation du texte de 1958 peut sembler plus profonde : elle concerne l'instauration d'un domaine de compétence réservé au seul pouvoir réglementaire. Cependant, le caractère « révolutionnaire » de cette conception a longtemps été limité. Même lorsqu'il intervient dans une matière où il n'y a pas de loi, le règlement demeure soumis au contrôle du juge administratif et n'est pas affranchi du respect de la hiérarchie des normes. Si, pendant longtemps, le Conseil constitutionnel a estimé qu'une loi empiétant sur le domaine réglementaire n'était pas pour autant inconstitutionnelle (82-143 DC, 30 juil. 1982, *Blocage des prix et des revenus*), il sanctionne désormais « les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire » (P. Mazeaud, allocution des vœux, 3 janv. 2005) en déclassant d'office les dispositions concernées de la loi (2005-512 DC, 21 avr. 2005, *Loi « avenir de l'école »*, 23e considérant ; v. aussi sur cette question, la circulaire du premier ministre du 19 janv. 2006).

● Unité ou dualité du pouvoir réglementaire

326 Cette question a été longtemps très disputée. La Constitution de 1958, en maintenant, à l'instar de ses devancières, un pouvoir réglementaire d'exécution des lois (art. 21) et en créant, ce qui est nouveau, un pouvoir d'apparence « autonome » (art. 37), pouvait donner à entendre qu'elle comportait en son sein deux pouvoirs réglementaires. En réalité, une réponse avait été fournie dès 1959, implicitement mais nécessairement, par le Conseil d'État. Dans une décision fondamentale, relative à une sorte de « règlement autonome » existant sous le Second Empire, le sénatus-consulte, la Haute Juridiction a jugé que de telles décisions étaient soumises au juge administratif et au respect des principes généraux du droit tout comme les autres actes pris, eux, au titre du pouvoir réglementaire ordinaire si l'on peut dire (Sect. 26 juin 1959, *Synd. gén. des ingénieurs-conseils*, p. 394) : c'était annoncer qu'il allait en être de même pour les règlements pris en vertu de l'article 37. C'est ce qui s'est passé : qu'ils soient pris sur le fondement de l'article 21 (voire de l'art. 13 pour certains) ou sur le fondement de l'article 37, tous les règlements proviennent d'un unique pouvoir réglementaire qui appartient, pour l'essentiel, au premier ministre et que celui-ci exerce *ab initio* (CC, 14 déc. 2006, *Loi financement séc. soc. pour 2007*).

2. Le contrôle des domaines respectifs de la loi et du règlement

327 Ce contrôle est complexe car, d'une part, il fait intervenir à titre principal deux organes juridictionnels (Conseil constitutionnel et Conseil d'État, la Cour de cassation ne jouant ici qu'un rôle résiduel), d'autre part, chacun de ces organes exerce un contrôle et effectue un examen qui n'est ni de même nature ni de même intensité, la marge d'appréciation du législateur à l'égard de la Constitution étant bien plus étendue que celle du pouvoir exécutif

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

à l'égard, notamment, des lois. (Sur l'étendue et la portée de la distinction entre les domaines de la loi et du règlement en matière de sanctions administratives, v. Sect. 18 juil. 2008, *Féd. de l'hospitalisation privée*).

● Un contrôle non systématiquement favorable au règlement

328 Dans une vision de la Constitution de 1958 qui a d'abord été purement idéologique, il avait été soutenu que celle-ci était surtout une machine de guerre contre le Parlement et donc contre la puissance de la loi. L'assignation d'un domaine limité à la loi, la possibilité pour le premier ministre d'opposer aux propositions de lois et aux amendements l'irrecevabilité de l'article 41, la faculté pour le pouvoir exécutif de revendiquer à tout moment comme étant réglementaire une disposition contenue dans une loi, etc. plaidaient en faveur de cette interprétation.

En réalité, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont démenti cette vision. Ils ont eu une conception large de la matière législative telle qu'elle est énumérée dans l'article 34, faisant toujours profiter le législateur du doute ou de l'imprécision en ce domaine. Ils ont aperçu dans des articles de la Constitution autres que l'article 34 des sources de la compétence législative (par ex. l'art. 72 ou les art. 73 et 74). Ils ont ouvert à la compétence législative exclusive avec garantie et protection constitutionnelles, l'immense domaine des libertés, le préambule étant, à son tour, enrôlé comme source du pouvoir législatif. Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État ne reconnaît qu'au législateur le pouvoir de déroger à un principe général du droit.

● Un double contrôle présentant parfois des contradictions

329 Malgré les efforts du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, grâce au dialogue des juges, pour harmoniser au mieux leurs jurisprudences, des difficultés subsistent ou peuvent surgir. On remarquera que certaines d'entre elles n'ont été levées qu'en raison de modifications du droit positif, non par suite d'évolutions jurisprudentielles qui auraient été convergentes.

La Constitution, en faisant du Conseil constitutionnel une juridiction, n'accorde, du même coup, à celles de ses décisions qui sont de nature juridictionnelle que l'autorité relative de la chose jugée. D'où quelques divergences comme, par exemple, sur l'autorité compétente pour édicter la règle selon laquelle le silence de l'Administration vaut refus ou pour réglementer le droit de grève dans les services publics.

Il convient aussi de relever que le développement considérable du contrôle de conventionnalité conduit le juge ordinaire à se montrer plus exigeant envers la loi que le Conseil constitutionnel. Cela est logique : les traités internationaux étant plus précis et donc plus contraignants que la Constitution, il s'ensuit que la soumission exigée de la loi est plus forte envers les traités qu'envers la Constitution. Une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel peut, par la suite, être néanmoins écartée (par le le juge, administratif ou judiciaire) pour contrariété à ce traité, voire à une directive communautaire.

3. Les titulaires du pouvoir réglementaire

Les titulaires du pouvoir réglementaire se rangent en trois catégories : les deux premières concernent des autorités publiques qui interviennent à l'échelon national, ou à l'échelon local, la troisième catégorie est constituée de personnes privées.

Par ailleurs, le juge peut faire injonction à celui qui le détient d'exercer son pouvoir réglementaire (pour le premier ministre, voir : 7 juil. 2004, *Danthony*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Les personnes publiques détentrices du pouvoir réglementaire à l'échelon national

330 Sous la III^e^ République le pouvoir réglementaire national appartenait au seul président de la république en vertu de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 juillet 1875 (28 juin 1918, *Heyriès*, p. 651 ; 8 août 1919, *Labonne*, p. 737). Sous la IV^e^ République ce pouvoir était dévolu tout entier au chef du gouvernement en application de l'article 47 de la Constitution de 1946 (13 mai 1960, *SARL « Restaurant Nicolas »*).

Sous la V^e^ République les titulaires du pouvoir réglementaire à l'échelon national sont, d'une part, le premier ministre qui est, à ce niveau, l'autorité normalement détentrice de ce pouvoir en vertu de l'art. 21 de la Constitution (CC 2004-504 DC, 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 40 à 42), d'autre part, le chef de l'État qui ne détient ce pouvoir qu'à titre complémentaire (art. 13 de la Constitution). Cette compétence étant indivisible et de caractère initial et inconditionné (CC 14 déc. 2006, *Loi de financement de la séc. soc. pour 2007*), son exercice ne peut être subordonné à l'avis (conforme de surcroît) d'une quelconque autorité administrative (même décision).

On observera que les ministres, à titre général et par principe, n'ont pas un tel pouvoir au plan national (Ass. 6 mars 1959, *Synd. des grandes pharmacies de la région de Paris*) sauf texte exprès contraire (Sect. 16 mai 1958, *Sté de courtage et d'affrètement fluvial*). Cependant plusieurs correctifs sont apportés : 1°) les ministres doivent apposer leur contreseing sur un grand nombre de décisions du président de la république (*cf.* art. 19 de la Constitution) et sur la plupart des décisions du premier ministre, étant observé que la présence d'un contreseing éventuellement superflu n'entache pas d'illégalité le décret contresigné (10 nov. 2010, *Cne de Saint Siffret*, 336914) ; 2°) ils peuvent prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration qui leur est confiée (7 févr. 1936, *Jamart*, préc.) ; 3°) ils peuvent édicter des directives (*cf.* § 307 et Sect. 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, p. 750, concl. L. Bertrand) ; 4°) ils disposent, de plein droit, des compétences nécessaires à l'exercice de leurs fonctions sauf les ministres délégués et les secrétaires d'État délégués auprès d'un ministre qui, eux, ne sont investis « *d'aucune compétence propre* » (26 juil. 2011, *Synd. nat. des pilotes de ligne France Alpes*, 342454).

● Les personnes publiques détentrices du pouvoir réglementaire à l'échelon local

331 Deux autorités étaient traditionnellement, à titre principal, titulaires du pouvoir réglementaire : les maires et les préfets. Une longue controverse s'était élevée sur le point de savoir si toutes les autorités des collectivités territoriales disposaient de plein droit d'un pouvoir réglementaire, cela sur le fondement de l'article 72 (selon lequel les collectivités territoriales *« s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi »*). La réponse devait être négative puisqu'il a fallu la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 pour que soit introduite au 3^e^ alinéa de cet article 72 l'affirmation que désormais ces collectivités *« disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences »*. La nécessité où l'on s'est trouvé d'adopter ce texte prouve qu'antérieurement ces collectivités ne disposaient pas du pouvoir réglementaire.

Ainsi donc, d'une part, toutes les autorités locales (de conseil général ou d'intercommunalité, maire) disposent du pouvoir réglementaire avec une prévalence quantitative du pouvoir du maire, cette dernière autorité prenant le plus grand nombre de décisions réglementaires. Qualitativement, le maire, autorité détentrice du pouvoir réglementaire, intervient tantôt au titre propre de la commune, tantôt comme agent de l'État ou pour l'exécution d'actes de l'État. D'autre part, le préfet détient un pouvoir réglementaire propre en tant qu'autorité de

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

police du département et lorsqu'il exerce, en qualité de représentant de l'État, son pouvoir de substitution aux maires.

Enfin, certains responsables de services publics, les directeurs ou présidents d'établissements publics ainsi que divers organismes collégiaux publics ou des autorités administratives indépendantes, détiennent le pouvoir réglementaire nécessaire à l'accomplissement de leurs missions.

● Le cas des personnes privées détentrices du pouvoir réglementaire

332 Un pouvoir réglementaire peut être remis à des organismes de droit privé (Ass. 2 mai 1958, *Martin Caille*) : ainsi, naguère, les comités d'organisation, sous le régime de Vichy (31 juil. 1942, *Montpeurt*, p. 239), aujourd'hui, les ordres professionnels (2 mai 1943, *Bouguen*, p. 86). Ce pouvoir est limité : il ne peut exister que s'il a été expressément conféré à ces personnes privées ; il ne peut s'exercer que dans les limites strictes qui sont les siennes ; il ne peut poursuivre que les seuls buts qui lui ont été assignés (Sect. 31 janv. 1969, *Union nat. des grandes pharmacies de France* ; J.-C. Ricci, *Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels*, Aix, 1970, dactyl.).

B. Les extensions exceptionnelles du pouvoir réglementaire

La Constitution de 1958 a prévu plusieurs hypothèses d'extension du pouvoir réglementaire : les ordonnances (1. et 2.) et les décisions prises sur le fondement de l'article 16 (3.). On ne doit pas oublier (voir chapitre 2) que la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles comme divers régimes législatifs s'en inspirant peuvent conduire à des extensions exceptionnelles du pouvoir réglementaire.

1. Les ordonnances de l'article 38

333 C'est pourquoi l'article 38 tire les leçons de la III^e^ et de la IV^e^ République. Dans le premier cas, aucune possibilité de délégation du pouvoir législatif n'était constitutionnellement prévue et il a fallu en inventer une par le moyen des décrets-lois. Dans le second cas, une telle délégation du pouvoir législatif était expressément interdite par l'art. 13 de la Constitution de 1946 et il a fallu la tourner au moyen des lois-cadres. L'article 38 dispose en son premier alinéa : *« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi. »*

Le Conseil constitutionnel avait cru devoir enserrer, pour des raisons d'opportunité, dans un tel carcan juridique le contrôle de la loi d'habilitation (85-196 DC, 8 août 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie* ; 86- 207 DC, 25-26 juin 1986, *Privatisations* ; 86-208 DC, 1^er^ et 2 juil. 1986, *Découpage électoral* ; 86-224 DC, 23 janv. 1987, *Conseil de la concurrence*) que le recours à cette procédure n'a présenté plus guère d'intérêt sauf dans des domaines très techniques (codification en particulier) ou s'il existe un consensus général. Depuis quelques années cependant on assiste à une prolifération des ordonnances, d'où un cri d'alarme du Président du Conseil constitutionnel (*cf.* vœux du 3 janv. 2005 : *« Le remède n'est-il pas devenu pire que le mal ? »*).

● Le régime de l'habilitation

334 Ce régime est dominé par l'exigence de réunir cinq conditions et de respecter une certaine procédure.

Les cinq conditions sont très diverses. C'est le gouvernement, non le chef de l'État, qui est bénéficiaire de l'habilitation, toutefois le changement de gouvernement après le vote de la

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

loi d'habilitation ne met pas un terme aux effets de celle-ci (Sect. 5 mai 2006, *Schmitt*, *RFDA* 2006 p. 678, concl. R. Keller). Seul le gouvernement a l'initiative de solliciter l'habilitation à prendre des ordonnances, le parlement ne pourrait le forcer à être habilité (CC 2004-510 DC, 20 janvier 2005, *loi relative aux compétences des tribunaux d'instance et autres*). Le gouvernement doit demander l'habilitation « pour l'exécution de son programme » mais il ne s'agit pas du programme général de politique gouvernementale qu'évoque, par exemple, l'art. 49 de la Constitution. En réalité, le gouvernement doit indiquer clairement au parlement en vue de quel projet précis, de quelle politique déterminée, il sollicite l'autorisation de prendre des ordonnances (CC 76-72 DC, 12 janv. 1977, *Fouille des véhicules*; CC 95-370 DC, 30 déc. 1995, *Réforme de la protection sociale*). Cette habilitation doit être sollicitée « pour une durée limitée »; on a pu s'étonner de ce qu'aucune limite précise n'ait été fixée dans le texte. Cela est normal car tout est affaire d'espèce et c'est au parlement d'apprécier, dans chaque cas d'habilitation, la durée qu'il estime nécessaire pour que le gouvernement puisse mener à son terme l'objectif en vue duquel il a sollicité l'habilitation. Un délai préfixé dans la Constitution eût été bien souvent trop court ou trop long. Il existe en réalité deux délais : celui de l'habilitation proprement dite (pendant lequel les ordonnances peuvent être prises) et celui, plus tardif, du dépôt des ordonnances au Parlement en vue de leur ratification (pendant lequel les ordonnances ne peuvent plus être prises). Enfin, seules des matières législatives ordinaires peuvent faire l'objet d'une habilitation car la loi d'habilitation n'est elle-même qu'une loi ordinaire. C'est dire que ni la législation financière (CC 95-370 DC, 30 déc. 1995, préc.), ni la législation organique (CC 81-134 DC, 5 janv. 1982, *Mesures d'ordre social*), ni la législation constitutionnelle ne peuvent faire l'objet d'une habilitation au titre de l'article 38.

La procédure est assez simple. Une autorisation en conseil des ministres doit être donnée pour que puisse être adressée au parlement une demande d'habilitation. Un projet de loi d'habilitation est ensuite déposé au parlement. Le vote de la loi d'habilitation se déroule comme celui de toute autre loi ordinaire. Si le vote est acquis, le gouvernement prendra les ordonnances en conseil des ministres, le Conseil d'État étant obligatoirement consulté. Le gouvernement doit ensuite déposer les ordonnances qu'il a prises sur le bureau de l'une ou de l'autre assemblée, avant le terme fixé par la loi d'habilitation, c'est là, à ce stade, sa seule obligation juridique : il n'a pas à faire effectivement ratifier les ordonnances par le parlement.

● Le régime juridique et contentieux des ordonnances

334 Ce régime est assez complexe. Pour simplifier, on retiendra les hypothèses suivantes.

– Entre le moment où elles sont prises et la date d'expiration de l'habilitation, les ordonnances ont une nature réglementaire bien qu'elles portent sur des matières législatives, elles sont donc susceptibles d'être abrogées ou modifiées à tout moment par le gouvernement et d'être soumises au juge administratif.

– Passée la date d'expiration de l'habilitation deux cas peuvent se rencontrer : 1°) des ordonnances sont prises hors de ce délai : elles sont frappées de nullité; 2°) celles des ordonnances prises antérieurement continuent de produire leur plein effet et conservent leur nature et leur régime d'actes réglementaires. Le gouvernement ne peut plus les modifier (30 mai 2008, *Michel X.*, 296802) sauf dans celles de leur dispositions qui ne seraient pas – en réalité – de nature législative mais de nature réglementaire. Par suite, il ne peut faire droit à une demande d'abrogation des dispositions, même irrégulières, d'une ordonnance lorsqu'elles ont une nature législative (Ass. 11 déc. 2006, *Cons. nat. ordre médecins*).

– À l'expiration de la date fixée pour le dépôt des ordonnances au parlement deux cas peuvent se présenter : 1°) les ordonnances ne sont pas déposées avant cette date limite (date

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

qui, on le sait, est plus tardive que celle de l'expiration de l'habilitation elle-même), elles deviennent caduques, conservant leurs effets pour le passé et perdant tout effet pour l'avenir (27 juin 1969, *Cie maritime des Chargeurs réunis*) ; 2°) les ordonnances sont effectivement déposées dans les délais : elles conservent leur nature réglementaire et continuent à pouvoir être déférées au juge administratif.

– Les ordonnances sont soumises explicitement à ratification. En ce cas, deux situations sont possibles. Soit le parlement les ratifie et elles deviennent rétroactivement des lois (Sect. 16 déc. 1969, *Piard* ; 23 oct. 2002, *Laboratoires Juva santé*), elles ne sont plus susceptibles d'être discutées devant le juge administratif sauf dans le cas où cette ratification est destinée à faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable (art. 6 § 1 CEDH) ou à la priver du droit de contester cette ordonnance (8 déc. 2000, *Hoffer et autres*). Soit le parlement refuse de les ratifier, elles conservent, pour le passé, leurs effets d'actes réglementaires et cessent de produire quelque effet que ce soit pour l'avenir. La jurisprudence avait admis, dans le silence de la Constitution, la ratification implicite de ces ordonnances dès lors qu'étaient très claire la volonté et la conscience parlementaires de ratifier (Sect. 29 oct. 2004, *Sueur et autres* ; TC 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne*). La loi constitutionnelle du 23 juil. 2008 (art. 14) a rendu impossible la ratification implicite des ordonnances.

– Les ordonnances, bien que déposées, ne sont jamais examinées par le parlement : en ce cas elles demeurent perpétuellement des actes administratifs relevant de la compétence contentieuse du juge administratif.

On s'est parfois étonné de ce régime juridique et en particulier du fait que, portant sur des matières législatives, les ordonnances, tant qu'elles ne sont pas ratifiées, demeurent des actes administratifs et ressortissent à la compétence du juge administratif. On a, de même, trouvé étrange que, pouvant modifier ou abroger des lois, elles devaient cependant respecter les principes généraux du droit. Pourtant, ce régime est assez cohérent. L'ordonnance non ratifiée est un acte administratif parce que, si elle ne satisfait point au critère organique pour être une loi, elle satisfait au contraire pleinement à ce critère pour constituer un acte administratif puisqu'elle émane du pouvoir exécutif. La Constitution habilite cet acte administratif qu'est l'ordonnance de l'article 38 à intervenir dans les matières législatives. C'est là une dérogation exceptionnelle aux règles de compétence et, comme toute dérogation, elle est de droit étroit et d'interprétation stricte. Or la Constitution n'a point habilité une telle ordonnance à déroger aux principes généraux du droit, principes que d'ailleurs, bien évidemment, la Constitution ignore. À partir de là la jurisprudence du Conseil d'État se justifie pleinement : tant qu'elles ne sont pas ratifiées, ce sont des actes administratifs qui, bien que portant sur des matières législatives, sont soumis au respect des principes généraux du droit.

2. Les autres délégations du pouvoir législatif

336 Il existe six autres catégories de délégations du pouvoir législatif dont quatre sont ou ont été, un temps, prévues par la Constitution.

● Les ordonnances prises en application de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958

Ces ordonnances permettaient au gouvernement du général de Gaulle, investi le 1er juin 1958, en attendant l'instauration de nouvelles institutions, de prendre par décrets en conseil des ministres dénommés « ordonnances » des mesures législatives dans un nombre relativement limité de domaines.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Les ordonnances budgétaires (art. 47 de la Constitution)

Ce texte permet au gouvernement, s'il le souhaite, de mettre en vigueur le budget par voie d'ordonnance lorsque le parlement n'a pas achevé l'examen et le vote de la loi de finances dans le délai constitutionnel de soixante-dix jours.

● Les ordonnances de financement de la sécurité sociale (art. 47-1 de la Constitution)

Ces ordonnances connaissent un régime juridique très semblable aux ordonnances budgétaires. Elles permettent au gouvernement de mettre en vigueur le projet de loi annuel de financement de la sécurité sociale par voie d'ordonnance lorsque le parlement n'a pas achevé son travail dans les cinquante jours qui suivent le dépôt du projet de loi de financement de la sécurité sociale.

● Les « ordonnances » référendaires

Ces ordonnances sont prises en exécution d'un référendum, sur habilitation populaire en quelque sorte. Elles ont toujours une nature réglementaire car elles ne font pas l'objet de ratification et relèvent de la compétence du juge administratif (Ass. 19 oct. 1962, *Canal et autres,* p. 552). La dénomination « ordonnances » n'est pas prévue à leur propos par la Constitution.

● Les ordonnances liées à la mise en place de la V^{e} République (art. 92 – ancien – de la Constitution)

L'art. 92 (aujourd'hui abrogé) de la Constitution permettait au gouvernement de prendre pendant quatre mois à compter du 4 octobre 1958 toutes les mesures législatives nécessaires à la mise en place des nouvelles institutions dans l'attente que le parlement (qu'il fallait entièrement renouveler dans ses deux chambres) puisse assurer normalement sa fonction législative. Ces ordonnances ayant « force de loi » échappent à tout contrôle juridictionnel (12 févr. 1960, *Sté Eky*) sauf mise en œuvre d'une question prioritaire de constitutionnalité contre une telle ordonnance pour violation des droits et libertés garantis par la Constitution (art. 61-1 Const.).

● Les ordonnances d'adaptation des lois dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie (art. 74-1 de la Constitution)

L'art. 74-1 de la Constitution permet au gouvernement, dans les matières qui, outre-mer, demeurent de la compétence de l'État, d'étendre par ordonnances prises en conseil des ministres, le Conseil d'État entendu, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole sauf disposition contraire en ce sens de la loi. Le gouvernement peut également procéder, par ces ordonnances, à *l'adaptation* de la législation à l'organisation particulière de ces territoires (loi constitutionnelle du 23 juil. 2008, art. 39).

3. Les décisions prises en vertu de l'art. 16 de la Constitution

(voir § 87)

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, t. 1, 1920-1922.
G. Darcy, « La décision exécutoire », *AJDA* 1994, p. 663.
P. Delvolve, *L'acte administratif*, Sirey, 1983.
L. Desfonds, « La notion de mesure préparatoire en droit administratif français », *AJDA* 2003, p. 12.
C. Eisenmann, *« Les actes de l'administration »*, *Cours de doctorat, Les Cours de droit, 1949-1950* et *« Les actes juridiques de droit administratif »*, *Cours de doctorat, Les Cours de droit*, 1956-1957.
B. Faure, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998, p. 547.

POUR ALLER PLUS LOIN

B. Delaunay, « Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations », *AJDA* 2011 p. 1180 : à propos de la loi du 17 mai 2011 dite « de simplification du droit ».
M. Guyomar, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA* 2009 p. 413 : Vers la disparition des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral.
« La patrimonialité des actes administratifs », dossier, *RFDA* 2009, p. 1 et s.
J.-C. Ricci, « La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *Rev. gén. coll. territ.* 2000, p. 220 : analyse de la loi en ce qu'elle réforme profondément le régime juridique de l'acte administratif unilatéral.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

8

Le régime juridique des actes administratifs unilatéraux

337 Le régime des actes administratifs unilatéraux est dominé par trois principes fondamentaux : 1°) celui selon lequel ces actes bénéficient d'une présomption de conformité au droit, c'est l'*« autorité de chose décidée »* (Maurice Hauriou) ; c'est donc à celui qui conteste leur régularité qu'il revient d'en faire la démonstration (18 juin 2008, *Sté financière de loisirs*) ; 2°) celui selon lequel ces actes jouissent d'une présomption d'administrativité, c'est-à-dire de soumission au droit et au juge administratifs ; 3°) celui selon lequel les actes administratifs délivrés *intuitus personae* sont incessibles (1er déc . 1982, *Cne d'Arcachon*) sauf exceptions légales expresses. En revanche, l'ancienne *prohibition absolue de vénalité des actes administratifs*, notamment de certaines autorisations, a cédé la place à une admission raisonnée pour quelques-unes d'entre elles, *elles ont donc une valeur et peuvent être cédées* (autorisations diverses, droits réels sur le domaine public, cessibilité de licences administratives, cession de droits à polluer [tel le système d'échanges des droits d'émission des gaz à effet de serre prévu par le protocole de Kyoto, 1997], droit de présentation des pharmaciens d'officine, etc.).

Le particularisme du régime juridique des actes administratifs unilatéraux s'exprime d'abord en ce qui concerne l'exigence, apparue à l'époque contemporaine, d'un droit à une véritable connaissance de ces actes (1.), ensuite en ce qui concerne les règles applicables à leur édiction (2.), enfin, ce particularisme se révèle également dans sa pleine acuité s'agissant de leur exécution (3.).

1 La connaissance des actes administratifs unilatéraux

338 Le foisonnement (qualitatif et quantitatif) des actes administratifs unilatéraux, leur éparpillement dans des sources documentaires diverses, la nécessité de bien les connaître en raison de l'importance croissante des considérations juridiques et du contentieux dans la vie de chacun ont conduit les pouvoirs publics à s'intéresser à un aspect jusque-là plutôt négligé : celui de la connaissance des règles de droit, c'est-à-dire, à la fois, de l'accès à ces règles (comment savoir qu'elles existent ? Où sont-elles ?), de leur compréhension (c'est la question de leur intelligibilité) et de la certitude qu'elles auront une certaine durée de vie (c'est un problème de sécurité

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

juridique). Il est apparu que le simple régime de la publicité des actes, destiné essentiellement à permettre leur opposabilité aux intéressés, ne répondait pas correctement à ces exigences. Plusieurs dispositifs, législatifs en particulier, se proposent de faciliter et d'améliorer cette connaissance qui apparaît aujourd'hui comme une véritable exigence démocratique bien plus que comme un élément de confort intellectuel des administrés (A. à C.).

A. La communication des documents administratifs

339 Longtemps l'action de l'Administration a été dominée par la règle du secret. C'est à cette tradition qu'il a été mis fin par les lois du 17 juillet 1978 et du 12 avril 2000 ainsi que par l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application n° 2005-1755 du 30 déc. 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs, loi du 17 mai 2011. Désormais, le principe originel est inversé : la liberté d'accès est devenue la règle (1.). Selon le Conseil d'État, ces lois ont, ce faisant, institué une liberté fondamentale, (29 avr. 2002, *Ullmann*). Toutefois, elles se combinent avec les textes qui, en certaines matières, définissent des régimes particuliers de communication (par ex. la loi de 1979 sur les archives publiques : Sect. 8 avr. 1994, *min. Aff. étr.*), dont l'ordonnance de 2005 s'efforce de diminuer notablement le nombre dans un souci de clarté et de simplification. Elles doivent également respecter les exigences communautaires (telle la directive du 17 nov. 2003 *rel. à la réutilisation des informations du secteur public* ou la directive du 12 mars 2001 *relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement* : CJCE 17 févr. 2009, et C.E. 9 déc. 2009, *Cne de Sausheim*, 280969 ou encore, 16 avr. 2010, *Pierre X.*, 279817) ou internationales en la matière.

Après quelque trente ans d'application de la loi de 1978, un bilan mitigé peut être dressé (2.). *La Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA, devenue autorité administrative indépendante avec l'ordonnance précitée de 2005), créée par la loi de 1978 pour veiller à sa correcte application, a répondu aux attentes (4982 dossiers reçus en 2011) mais, d'une part, elle est encore appelée trop souvent à intervenir en raison de refus injustifiés de communiquer opposés par les agents administratifs, d'autre part, jusqu'en 2005 il est demeuré encore nombre de cas où elle n'était pas compétente. La situation nouvelle va aller s'améliorant sous l'effet des droits international, européen et communautaire, du développement de l'administration électronique et des textes précités de 2005 et de 2011.

1. Le principe : liberté d'accès aux documents administratifs

340 Sauf en matière d'environnement (v. fin du présent §) où la communication est obligatoirement spontanée, les documents administratifs sont communicables « de plein droit » (art. 2, loi de 1978), c'est pourquoi, en vertu de ce *principe de transparence des personnes publiques*, il n'est pas possible de subordonner le droit d'accès aux documents administratifs à la preuve d'un intérêt à cet accès (16 avr. 2012, *min. Budget*, 320571). La communication est soumise à la quintuple condition qu'il s'agisse réellement de documents administratifs non nominatifs non déjà publiés et détenus par l'Administration :

– sont des *documents*, les notes, rapports, statistiques, instructions, en revanche ne sont pas des documents communicables les travaux inachevés (tels des « rushes » de France 2 en vue de la confection des journaux télévisés : TA Paris 8 févr. 2007, *Sté Media Ratings*), les états provisoires d'une étude ;

– ces documents doivent être *administratifs*, c'est-à-dire qu'ils doivent être d'origine administrative ou, à défaut, être détenus par une administration (Ass. 27 mai 2005, *Cne d'Yvetot*), d'où l'exclusion du droit à communication des actes de l'état civil, des actes notariés (9 févr. 1983, *Bertin*), des contrats de droit privé, même passés par l'Administration (Sect. 26 juil. 1985, *Amadou*), des documents de toute nature détenus par les juridictions et se rattachant à la

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

fonction de juger dont elles sont investies (Section, 7 mai 2010, *Albert X.*, 303168) sauf s'ils sont détachables de la procédure juridictionnelle (2 nov. 2005, *Sté Banque Delubac et Cie*), etc. ;
– ces documents doivent être *non nominatifs* nonobstant l'incertitude résultant de la combinaison des dispositions originaires de la loi de 1978 et de celles du 12 avril 2000 ; lorsqu'un document comporte le nom d'une personne, ce dernier doit être occulté avant sa communication (15 mai 2009, *min. Eco., Fin. et Emploi*, 307292). Dans le cas de documents relatifs aux impôts locaux, qui ont des caractéristiques particulières, la qualité de contribuable communal ouvre droit à la communication des seuls rôles afférents à des impositions locales relatifs à des contribuables nommément désignés, assujettis à la même imposition et figurant sur le même rôle que le demandeur (12 nov. 2007, *min. Eco., Fin. et Industrie*) ;
– ces documents *ne doivent pas avoir été déjà publiés*. Tel est le cas de documents se trouvant dans des recueils ou périodiques aisément accessibles (Sect. 17 janv. 1986, *Sté Chanel*) ou de l'affichage du compte rendu des séances d'un conseil municipal (7 juil. 2010, *Cne de Mailleroncourt-Saint-Pancras*) ;
– ces documents doivent être *détenus par le service auquel leur communication est demandée*, à défaut, celui-ci ne peut être tenu de les communiquer (CEDH 28 sept. 2004, *Loiseau c/ France*), notamment quand il les a perdus (11 déc. 2006, *min. Aff. étr.*). En revanche, il suffit que ces documents soient « détenus » par ce service, l'obligation de communication s'imposant même dans le cas où il n'en est pas l'auteur (25 juil. 2008, *CEA*).
Ce droit à communication est particulièrement étendu puisqu'il bénéficie aux Français comme aux étrangers, aux personnes physiques comme aux personnes morales dès lors que les documents émanent d'une personne publique (par ex. le Conseil supérieur de la prud'homie : 13 avr. 1988, *min. Aff. soc. c/ Féd. des synd. régionaux de fonctionnaires des conseils de prud'hommes*). Il a même été jugé que sont communicables les documents détenus par une personne privée (association) gérant un service public sans disposer de prérogatives de puissance publique (20 juil. 1990, *Ville de Melun et Assoc. « Melun culture loisirs »*) ou ceux transmis au juge judiciaire (5 mai 2008, *SA Baudin Chateauneuf*) ; en revanche, la solution est inverse en l'absence de gestion, par cette personne privée, d'un service public (26 févr. 2003, *Sté protectrice des animaux*).
Sont exclus du droit à communication ceux des documents dont la révélation pourrait porter atteinte à certains intérêts publics majeurs (v. sur ce point l'énumération de l'art. 50 de la loi du 17 mai 2011 ; confiance dans la monnaie, défense nationale, lutte contre la fraude fiscale [4 mai 2011, *min. Budget*, 328914, en matière douanière], secret des délibérations du Conseil constitutionnel : CC 10 nov. 1998, *Perdrix*, secret des délibérations gouvernementales : 15 mai 2009, *min. Éco, Industr. et Emploi c/ Colibert*, etc.). Dans ce cas une communication partielle est possible (16 juin 1998, *OPHLM de la Ville de Paris*, p. 688 et ordonnance du 6 juin 2005) sauf si elle entraîne une dénaturation du document ou le rend incompréhensible (16 juin 1989, *Banque de France*). Lorsqu'est contestée la légalité d'une décision non publiée en raison de son caractère secret, le Conseil d'État, pour sauvegarder au moins en partie le principe du contradictoire (§ 536), exige la communication de cette pièce au juge car c'est la seule voie lui permettant d'apprécier le bien-fondé de ce moyen (31 juil. 2009, *Assoc. AIDES*, 320196).
Dans le cas particulier des conclusions du rapporteur public (ex-commissaire du gouvernement) devant une juridiction administrative, celles-ci, même lorsqu'elles sont écrites, ne sont pas, en principe, communicables sauf si ledit commissaire accepte de satisfaire la demande de communication qui lui est faite (20 janvier 2005, *Hoffer*).
En résumé, il existe quatre catégories de documents : ceux qui ne sont pas des documents administratifs et ne sont donc pas communicables sur le fondement des lois de 1978 et 2000 ainsi que de l'ordonnance et du décret précités de 2005 (ainsi des sujets de l'examen d'accès à un CRFPA : 21 déc. 2007, *Léon*) ; ceux qui sont administratifs mais sont inachevés, provisoires ou incomplets, ou contiennent certains secrets ou informations : ils ne sont pas, non plus, com-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

municables (ex. les consultations juridiques données par un avocat à une personne publique : Ass. 27 mai 2005, *Cne d'Yvetot*) ; ceux qui sont nominatifs : ils peuvent être communicables en certains cas, mais ils sont non communicables lorsqu'il s'agit de protéger l'individu ; et ceux qui sont purement et simplement administratifs sans réserve : ils sont pleinement communicables (tels les documents ayant servi à l'établissement d'un rapport parlementaire et détachables de celui-ci : 3 juil. 2006, *Féd. chrétienne des Témoins de Jéhovah de France*).

Enfin, dans le cas spécial du droit de l'environnement, a été institué non un droit à une communication sur demande mais une *obligation de communication spontanée par l'Administration* (art. 5 de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 et directive communautaire du 28 janvier 2003, se substituant à celle du 7 juin 1990 ; pour une application de cette convention par le juge administratif, voir : 28 juil. 2004, *Comité de réflexion, d'information et de lutte antinucléaire et autre* ; v. aussi la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 *relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire*). En cette matière, un document préparatoire est communicable, la directive communautaire du 7 juin 1990 puis celle du 28 févr. 2003 primant sur ce point la loi française, ici l'art. L. 124-1 c. environnement (7 août 2007, *Assoc. habitants du littoral du Morbihan*). Il n'en va autrement que pour celles des dispositions de cette convention, tel l'art. 6, qui ne sont pas directement invocables par les particuliers, ne créant d'obligations qu'entre États (23 avr. 2009, *Assoc. France Nature Environnement*, 306242).

2. L'exercice du droit d'accès aux documents administratifs

341 Les administrés doivent s'adresser à l'autorité administrative détentrice du document souhaité. Le juge a admis, dans un cas particulier certes mais significativement, que la juridiction administrative des référés était compétente pour ordonner à une personne privée la communication d'un document en sa possession lorsque celle-ci s'avère utile pour la formation ultérieure d'un recours contentieux devant le juge administratif (Paris 22 sept. 1994, *ANPEEC*). Les administrés ont droit à la consultation, gratuite et sur place, des documents concernés. Sur leur demande, des copies, payantes, peuvent être délivrées. Cette seconde solution est de droit lorsqu'elle est choisie par l'administré et que ne s'y oppose aucune circonstance de fait ou aucune règle de droit (15 mai 2006, *Daubignères*).

Si l'Administration refuse explicitement de communiquer le document, ou garde le silence pendant un mois (refus implicite), l'intéressé peut saisir, dans les deux mois du refus (explicite ou implicite), la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui a un mois pour formuler un avis motivé adressé à l'Administration et à l'intéressé. Ensuite, l'Administration fait connaître à la CADA, dans le délai d'un mois, la suite qu'elle entend y donner, et notifie à l'intéressé sa décision. Celui-ci dispose de deux mois, à compter de la notification, pour saisir éventuellement le juge administratif. Lorsque le refus de communiquer a été jugé illégal, et à condition qu'il ait causé un préjudice à raison même de cette illégalité, il engage la responsabilité de la personne publique concernée (Sect. 10 juil. 1992, *min. Agric. et Forêt c/ Touzan*).

La saisine du juge est impossible s'il n'y a pas eu un recours préalable à la CADA car celui-ci est obligatoire (Sect. 19 févr. 1982, *Commaret* ; 25 juil. 1986, *de Rothiacob*), sauf en cas d'urgence (21 juil. 1995, *Préfet des Yvelines*).

L'exercice du droit d'accès trouve sa limite dans le bon sens. En premier lieu, ce droit ne saurait permettre aux administrés d'exiger que l'Administration se livre à de véritables recherches d'informations, fournisse une synthèse ou fabrique des documents qui n'existent pas actuellement. En second lieu, la demande de communication doit être à la fois précise et non répétitive.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Enfin, on relèvera que la reconnaissance d'un droit à communication au profit d'une personne qui décède avant de pouvoir l'exercer effectivement ne se transmet pas à ses héritiers en l'absence de droit particulier propre invoqué par eux à obtenir cette communication (Douai 21 oct. 2003, *Loyen*).

B. L'accès au droit

La loi du 12 avril 2000 (art. 2 à 6, 10 à 13) institue un principe d'accès plus facile des administrés à la connaissance des règles de droit et à leur compréhension (1. et 2.). Elle instaure aussi une plus grande transparence de l'action administrative (voir C. ci-après). (Pour le régime particulier d'information dans le domaine de l'environnement, voir § 340.)

1. La liberté d'accès aux règles du droit

342 La loi institue un principe de libre accès aux règles de droit applicables aux administrés par le moyen de la mise à leur disposition de ces règles et par celui de leur large diffusion. La loi ne semble d'ailleurs pas distinguer entre ceux des textes et documents ayant fait (ou faisant) l'objet de publications officielles et ceux demeurant confidentiels ou mal connus. La mise en œuvre de cette exigence n'est pas aisée d'autant que sa portée demeure incertaine : s'agit-il d'un accès « brut » à la règle telle qu'elle est ou bien s'agit-il d'un accès à une explication du texte, à une mini-consultation juridique ?
Par ailleurs, un décret du 8 déc. 2008 subordonne, à compter du 1er mai 2009, l'opposabilité, aux administrés, des circulaires et instructions ministérielles à l'obligation d'être tenues à disposition du public sur un site internet unique relevant du premier ministre (www.circulaires.gouv.fr). Quant à celles déjà existantes à cette date, elles devront respecter cette même exigence de publication et de date à peine d'être réputées abrogées (16 avr. 2010, *Azelvandre*, pour une instruction ; 23 févr. 2011, *CIMADE et a.*, pour une circulaire ; 16 avr. 2012, *Comité harkis et vérité*, 335140).

2. La politique du « tout codification »

343 Dans le même souci de simplification, le législateur a fortement accéléré la création ou la refonte de nombreux codes, l'ambition étant qu'un maximum de textes législatifs et réglementaires prennent place dans l'un de ces codes présentés sous une forme raisonnée et progressive, didactique aussi, à l'instar de ce que fut – et de ce que demeure – le « grand » Code civil de 1804, modèle absolu de toute codification. Le Parlement serait amené, à terme, à ne plus voter que des modifications, des abrogations ou des ajouts à des codes existants. Ce rassemblement des dispositions en collections ordonnées de textes se veut plus accessible au grand public que le système actuel de multiples lois et règlements épars. Il comporte cependant une importante lacune dans la mesure où ne sont pas codifiés les textes internationaux et communautaires pourtant supérieurs aux lois.

C. La transparence

Plusieurs lois ou décrets ont eu le souci d'affirmer et de développer l'exigence de transparence de l'action administrative, en particulier la loi du 12 avril 2000 (1. et 2.).

1. La transparence administrative

344 Cette loi s'efforce d'accroître la transparence administrative notamment en levant l'anonymat administratif. Désormais (art. 4 de la loi du 12 avril 2000), les administrés doivent être infor-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

més des nom et prénom, de la qualité et de l'adresse administrative de la personne chargée d'instruire leur demande ou tout autre affaire les concernant (15 juin 2005, *Y.*; 15 nov. 2006, *Devois*, 2 espèces). Par ailleurs, tout administré a le droit de connaître les mêmes indications concernant la personne auteur d'une décision dont il est le destinataire. Toutefois, « l'enfer étant pavé de bonnes intentions », il n'est pas sûr que la parfaite connaissance par un administré des éléments essentiels relatifs à l'agent administratif auquel il a affaire ne le pousse, grâce à cette connaissance, à tenter – le cas échéant – d'exercer sur lui toutes sortes de pressions en vue d'obtenir une décision favorable. La jurisprudence entend pourtant largement cette exigence, elle l'étend aux titres exécutoires (Versailles 28 déc. 2006, *Cne de Ris-Orangis*). Cependant, une décision prise sans indication du nom de son auteur n'est pas illégale s'il peut être identifié sans difficulté (Lyon 5 juil. 2007, *SCI Lade*; 30 déc. 2010, *Cadenel*, 329900).
Cette même loi, ainsi que celle du 6 août 2004, tentent d'accroître l'efficacité de la protection en matière de libertés face aux moyens informatiques en améliorant substantiellement la loi fondatrice du 6 janvier 1978, notamment par l'aggravation des sanctions pénales frappant la violation de ce texte.

2. La transparence financière

345 Pour développer la transparence de l'Administration dans ses aspects de gestion financière, la loi du 12 avril 2000 (art. 10 à 13) pose la règle de la communication au public des budgets et des comptes publics ainsi que de certains budgets et comptes privés. Dans la première catégorie entrent les budgets de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des organismes de sécurité sociale ainsi que de toute personne gérant un service public administratif. Dans la seconde catégorie figurent les budgets et les comptes des personnes privées ayant reçu des subventions d'une ou plusieurs personnes publiques dont le montant cumulé excède un certain seuil. Obligation est faite en ce cas de conclure une convention définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention ; un compte financier spécifique doit retracer la consommation desdits crédits de subvention.

2 L'édiction des actes administratifs unilatéraux

Il s'agit ici de déterminer à quelles conditions doit répondre l'acte administratif pour pouvoir être considéré comme juridiquement valide quant à sa forme (A.) et au point de vue de la compétence de son auteur (B.). Il conviendra ensuite d'examiner le *principe de précaution* souvent invoqué pour provoquer, paralyser, retarder ou modifier l'édiction ou la portée des actes administratifs (C.).

A. La forme des actes administratifs unilatéraux

La question de la forme des actes administratifs est la zone d'interférence entre les exigences de forme propres aux besoins de l'Administration et celles imposées par le juge dans l'intérêt des administrés, elle se manifeste au moment de l'édiction (1.) de l'acte comme à l'intérieur de l'acte lui-même (2.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Les formalités accompagnant l'édiction des actes

Outre les exigences de datation, de signature ou de visa qui régissent tout acte administratif de façon à authentifier la volonté de l'Administration et à permettre l'identification de son auteur, l'acte doit, plus fondamentalement, satisfaire à un certain nombre d'exigences qui entourent son édiction. Cinq d'entre elles seront retenues ici.

● La procédure consultative

346 La procédure consultative est très répandue dans l'Administration avec le développement de la tendance à la concertation entre Administration et administrés. Tout d'abord les hypothèses de consultation sont diverses. On a vu plus haut (§ 300) que la consultation peut être *spontanée, facultative, obligatoire ou sur avis conforme*.

La consultation doit être effective et complète. L'organisme consulté doit être régulièrement composé (23 avr. 2009, *Union de la publicité extérieure*, 313771 ; 17 janv. 2011, *Annick X. et autres*, 331050), il doit avoir été convoqué dans les délais prévus, être avisé complètement des questions à débattre et correctement informé (documents, cartes, dossiers, rapports, etc.) ; il doit respecter le quorum nécessaire à la validité de ses délibérations (23 déc. 2010, *Sté Bricorama France*, 333805). Lorsqu'après avoir recueilli l'avis, l'Administration change d'opinion, modifie ses projets, etc., elle doit convoquer à nouveau l'organisme précédemment consulté. Ces obligations s'imposent même lorsque l'Administration décide librement de recourir à une consultation (10 juil. 2007, *Syndicat CFDT-Culture*, 287646 : obligation de consulter à nouveau quand, dans le cadre d'une consultation facultative, ont été apportées des modifications qui posent des questions nouvelles) ou à une enquête (5 sept. 2008, *Sté Seroba et autre*). L'absence de nouvelle consultation constitue une illégalité du moins lorsqu'elle a exercé, en fait, une influence sur la décision attaquée (24 juil. 2009, *Féd. des synd. SUD des activités postales et de télécom.*, 310482 ; ce que confirment l'art. 70 de la loi du 17 mai 2011 et son interprétation jurisprudentielle : Ass. 23 déc. 2011, *Danthony et autres*, 335033 et Section, du même jour avec mêmes requérants, 335447). Dans le cas du Conseil d'État, l'absence ou l'irrégularité de la consultation d'une de ses formations administratives entachait d'incompétence la décision finale (4 avr. 1997, *Marchal*) et ce moyen était d'ordre public (12 mars 2007, *GISTI*). Ces solutions paraissent abandonnées aujourd'hui. Lorsque le Conseil d'État a été appelé à donner son avis sur un texte de projet de loi différent de celui qui sera soumis au Parlement, la loi votée subséquemment sera déclarée inconstitutionnelle (CC 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et autres*). Enfin, le texte finalement retenu par le gouvernement après consultation du Conseil d'État ne peut pas être différent à la fois du projet soumis au Conseil d'État et du texte adopté par ce dernier (9 déc. 2011, *Ordre des avocats au barreau de Strasbourg*, 334463).

L'Administration a toujours la faculté d'organiser en lieu et place de la consultation préalable prévue par un texte avant l'édiction d'un acte réglementaire non nominatif l'ouverture d'un site internet destiné à recueillir pendant quinze jours au moins les observations des personnes intéressées (loi du 17 mai 2011).

● La procédure contradictoire

347 La procédure contradictoire est issue de la règle romaine *« audi alteram partem »* (« écoutes l'autre partie ») qui fait obligation à l'Administration de respecter la contradiction des points de vue avant qu'elle ne prenne une décision (même de suspension : 27 juin 2008, *Sté Coating Industries*) qui est ou qui s'apparente à une sanction. C'est un principe général du droit (Sect. 5 mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier*, p. 133 ; 20 déc. 2006, *Mathringhem*, dans le cas d'une autorisation de résiliation d'un bail rural ; 19 janv. 2009, *Sté Air France*), il existe donc même sans texte et il est applicable même aux militaires malgré la force des exigences de la discipline en ce qui les

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

concerne (10 nov. 2004, *Jean-Hugues M.*). La solution est la même en droit communautaire (CJCE 21 nov. 1991, *Technische Universität München*). Des textes ont consacré cette obligation : le célèbre art. 65 de la loi du 22 avril 1905 adopté en faveur des fonctionnaires à la suite du scandale provoqué par l'« affaire des fiches » ; le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 (art. 8), aujourd'hui abrogé.

Cette exigence de caractère contradictoire revêt une quintuple portée (30 janv. 2012, *min. Int.*, 349009) : 1°) elle ouvre à la personne visée par une menace de mesure négative (retrait d'un agrément, déplacement d'office, retrait de la reconnaissance d'utilité publique, interdiction d'exercer une profession, etc.) le droit de se défendre ; 2°) elle impose à l'autorité publique de communiquer son dossier à l'intéressé même lorsque ne sont envisagées que des « mesures prises en considération de la personne » (Sect. 24 juin 1949, *Nègre* ; Sect. 20 janv. 1956, *Nègre* ; 1er juil. 2009, *Jean X.*, 303808 ; 27 janv. 2010, *Bruno X.*, 318239 ; 16 mars 2012, *Patrick X.*, 336420) ; 3°) elle oblige à une information suffisante sur ce qui est reproché à l'intéressé, sur la mesure théoriquement encourue et sur ce qu'il est envisagé de décider à son égard ; 4°) elle exige que soit laissé à la personne visée un délai « raisonnable », c'est-à-dire suffisant pour lui permettre de préparer sa défense (un délai de 24 heures est insuffisant pour permettre de préparer utilement la défense d'une maison de retraite qu'un préfet envisage de fermer : Paris 23 juin 2004, *préfet du Val de Marne*) ; 5°) elle empêche l'autorité compétente de décider avant d'avoir entendu l'intéressé.

Dans certains cas, une technique très proche est prévue, celle de la mise en demeure qui doit précéder la prise de décisions pouvant avoir des effets négatifs sur leurs destinataires (pour l'audiovisuel : Ass. 11 mars 1994, *SA « La Cinq »* ; pour les assurances : 21 févr. 1996, *Mutuelle antillaise d'assurances et autres*).

● Le principe du parallélisme des formes

348 Le principe du parallélisme des formes exige que la décision inverse, dans le silence des textes à ce sujet, soit prise dans les mêmes formes que celles prévues pour pour l'adoption de l'acte initial (Sect. 18 nov. 1938, *Sté languedocienne de T.S.F.* ; Sect. 10 avr. 1959, *Fourré-Cormeray*, p. 233, concl. C. Heumann). La question est, bien souvent, de déterminer si l'on est réellement en présence d'un acte inverse : ainsi la révocation du directeur du Centre national de la cinématographie n'est pas l'inverse de sa nomination car les motifs de la révocation ne sont pas nécessairement les contraires de ceux qui ont justifié la nomination (*Fourré-Cormeray*, préc.). De même, le rejet d'une demande d'autorisation de changement de nom n'est pas l'acte inverse de l'autorisation de changer de nom : si cette dernière ne peut être accordée que par décret en Conseil d'État, le refus peut résulter d'un décret simple (10 déc. 1993, *Raimbaud*). Pareillement, le refus de prendre un décret n'a pas à être pris par décret, le parallélisme ne jouant pas ici (30 déc. 2011, *A.D.I.E.*, 345637).

● L'impartialité de l'Administration active

349 Le principe d'impartialité est un principe général du droit régissant l'activité des personnes publiques. Il est applicable « à tous les organismes administratifs » (18 nov. 2002, *Marchand et autre*) même aux membres des organismes paritaires de la fonction publique (commissions administratives paritaires et comités techniques : 24 juil. 2009, *UNSA-fonctionnaires*, 307335). Il impose tout d'abord à l'administration de ne se déterminer et de ne décider qu'au seul vu des éléments et pièces fournis sans prendre en considération, par exemple, la personne, les idées ou la condition sociale de l'intéressé (12 févr. 2007, *Sté Lab. Jolly-Jatel et autres* : impartialité d'experts chargés d'évaluer des médicaments) ; il lui impose également de veiller à ce que les auteurs d'avis

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

donnés à ou de décisions prises par l'administration ne soient pas suspects de partialité (11 févr. 2011, *Sté Aquatrium*, 319828, à propos de l'AFSSA).

● La formalité impossible

350 Toutefois, ces exigences de forme cèdent devant des circonstances exceptionnelles ou lorsqu'elles sont impossibles à respecter : c'est *la théorie de la formalité impossible*. On ne peut reprocher à l'Administration de ne pas procéder à une consultation lorsque l'organisme à consulter n'existe plus ou n'existe pas encore (Bordeaux 2 mars 2004, *Cne de Villedieu-sur-Indre*), ou lorsque cet organisme s'est mis lui-même hors d'état de fonctionner (refus de siéger, grève : 29 avr. 2009, *Synd. adm. centrale des Aff. soc. CFDT*, 297729). Encore faut-il qu'il ait été réellement impossible de respecter la formalité exigée (13 janv. 2010, *Synd. CGT-FO de l'ANPE*, 305944).

2. Les exigences inhérentes à l'acte : la motivation

351 Jusqu'à la loi du 11 juillet 1979 le principe était que l'Administration n'était pas tenue, sauf texte contraire exprès, de faire connaître aux administrés les motifs de ses actes ; en revanche, en vertu d'une jurisprudence audacieuse, elle devait les révéler au juge en cas de demande de celui-ci. La loi de 1979 n'institue pas une obligation générale de motivation (6 juin 2008, *Sté Hélioscopie*). L'exigence de motivation n'est ni un principe général du droit ni une règle ou un principe de valeur constitutionnelle (CC 2004-497 DC, 1er juil. 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle). La loi a d'ailleurs prévu des exceptions : certaines décisions ne doivent pas être motivées, ainsi celles intéressant la sécurité publique (refus d'autoriser le commerce de matériels de guerre : 3 mars 2010, min. Défense, 318716). La loi de 1979 n'abroge d'ailleurs pas les régimes particuliers de motivation déjà existants et n'empêche pas l'apparition de nouveaux régimes distincts.

● L'étendue de l'obligation de motivation

352 Trois types de décisions doivent être motivées : 1°) les décisions administratives individuelles défavorables (restriction d'une liberté, mesure de police [24 nov. 2010, *Hicham X.*, 344411], sanction, refus d'autorisation ou d'une décision créatrice de droits comme le retrait d'un logement de fonction [29 nov. 2006, *Parère*], retrait d'une décision, même irrégulière, créatrice de droits [3 nov. 2003, *Lhoumeau*], rejet d'un recours adm. préal. obligatoire [art. 14, loi du 17 mai 2011], etc.). Cette exigence de motivation est limitée aux seules décisions individuelles défavorables énumérées par la loi (16 mai 2012, *M. et Mme Gérald X.*, 339312). Ainsi, n'ont pas à être motivés le rejet d'une candidature à un emploi de chef des services hospitaliers (20 déc. 2006, *Griessinger*) ou les décisions réglementaires (refus du directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé d'user de ses pouvoirs de police sanitaire : 29 juin 2007, *Sté Lab. Bessin International*), 2°) les décisions administratives individuelles dérogatoires à des règles générales fixées par les lois ou les règlements, 3°) les décisions des organismes de sécurité sociale ou des institutions d'assurance chômage lorsqu'elles refusent un avantage dont l'octroi constitue un droit, ou lorsqu'elles refusent d'attribuer des aides ou des subventions à caractère sanitaire ou social, même quand ces prestations sont facultatives. De plus, selon la loi du 12 avril 2000 (art. 24), lorsque l'Administration s'apprête à prendre spontanément une décision individuelle qui doit être motivée au sens des articles 1er et 2 de la loi de 1979, elle ne peut le faire qu'après avoir mis le destinataire en mesure de présenter des observations écrites et, s'il le souhaite, des observations orales (30 mars 2007, *Union départ. des mutuelles de la Guadeloupe*).

Ces principes bénéficient aux Français comme aux étrangers, aux personnes physiques comme aux personnes morales et ils s'imposent à toutes les personnes publiques.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Le contenu de l'obligation de motivation

353 La motivation doit comporter à la fois « l'énoncé des considérations de fait et de droit qui constituent le fondement de la décision », ce qui exclut les motivations stéréotypées ou par référence, sauf, en ce dernier cas, lorsque la référence est unique et le texte très précis. Ainsi est suffisamment motivée la décision refusant l'inscription d'un bachelier en classe préparatoire parce que ses résultats scolaires sont insuffisants et en raison du nombre de places disponibles (Sect. 23 oct. 1987, *Cts Métrat*). Est insuffisamment motivée la mesure d'expulsion d'un étranger fondée sur la simple mention « préparait des actions violentes » sans faits précis à l'appui (13 janv. 1988, *Belkacem Abina*). (Sur l'étendue de l'obligation de motivation des arrêtés préfectoraux ordonnant la reconduite à la frontière, v. 23 mai 2007, *min. Intérieur*).

● Le défaut de motivation

354 L'absence de motivation entache d'illégalité la décision qui aurait dû être motivée (28 sept. 2007, *Mme X.*, 280687) ; cette illégalité n'est pas un moyen d'ordre public (v. § 580). Les décisions implicites, par nature non motivées, ne sont pas illégales de ce seul fait : les intéressés disposent de deux mois pour en demander expressément (10 avr. 2009, *Saïd X.*, 315231) les motifs et l'Administration doit, à peine d'illégalité, (10 janv. 2007, *C.N.O.S.F.* ; 12 juin 2009, *Sté Pioneer génétique*, 304471), répondre dans le mois qui suit à la demande de communication des motifs et non plus tard (Nancy 10 déc. 2007, *Sté Royal Kebab*). En cas d'*urgence absolue* et non de simple urgence, l'Administration est dispensée de motiver ses décisions mais l'intéressé peut en demander les motifs dans les deux mois et la réponse doit être fournie dans le mois qui suit cette demande. L'absence de motivation alors que n'est pas reconnu le caractère absolu de l'urgence entraîne l'illégalité de la décision.

B. La compétence pour prendre des actes administratifs unilatéraux

355 La compétence est l'aptitude légale d'une autorité à prendre certaines décisions. Les règles déterminant l'autorité compétente sont très strictes parce qu'elles traduisent l'organisation constitutionnelle de l'État. Le vice d'incompétence est donc très grave et c'est pourquoi il est toujours d'ordre public. Ceci explique le degré de précision juridique caractérisant le statut de la compétence des agents administratifs (1. à 6.).

1. La notion d'autorité compétente

356 Déterminer quelle est l'autorité compétente pour décider est assez aisé en ce qui concerne les *autorités locales*, qu'il s'agisse d'agents décentralisés (maires, présidents de conseils généraux ou régionaux ou d'intercommunalités), car les collectivités territoriales sont très bien délimitées, ou d'agents déconcentrés (préfets, préfets de zone, etc.). Cette détermination est plus compliquée au *plan national* car plusieurs autorités sont susceptibles d'agir de manière conjointe ou simultanée et cela à des titres différents de compétence : souvent, sous la forme d'arrêtés conjoints, interviennent plusieurs ministres ; par exemple, pour l'enseignement agricole, le ministre de l'Éducation et celui de l'Agriculture ; pour un emploi dans un poste diplomatique, le ministre des Affaires étrangères et celui des Finances, etc.

L'autorité compétente pour modifier, abroger ou retirer un acte administratif est celle qui, au moment où intervient cette modification, cette abrogation ou ce retrait, aurait été compétente pour prendre initialement cet acte (Sect. 30 sept. 2005, *Ilouane*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. L'obligation d'exercer sa compétence

357 L'autorité compétente doit exercer sa compétence toutes les fois que le cas se présente. Lorsqu'elle a un doute sérieux sur une question qui lui est posée, elle doit cependant la trancher et cela même si cette difficulté, en cas de contentieux, relèverait du juge judiciaire (4 oct. 1961, *Pozniakoff*). Ainsi, l'Administration peut-elle trancher, afin d'exercer sa compétence, des questions de droit privé comme la nationalité d'une personne physique, la validité d'un mariage ou une difficulté portant sur le droit de propriété privée (4 janv. 1985, *Sté Serdi*). Depuis Laferrière on dit qu'*il n'y a pas de question préjudicielle devant l'Administration active* : elle est tenue d'agir lorsqu'elle a reçu compétence dans un domaine ou sur une matière.
Par ailleurs, l'organe administratif compétent a l'obligation d'épuiser sa compétence c'est-à-dire d'aller jusqu'au terme de ce qu'implique l'exercice de sa compétence ; ainsi, l'absence d'arrêté d'exécution d'un décret rend ce décret inapplicable et constitue une illégalité (11 déc. 2006, *Zagli*).

3. Les trois éléments de détermination de la compétence

358 Ces trois éléments de détermination de la compétence sont le territoire (compétence *ratione loci*), l'époque (compétence *ratione temporis*) et la matière (compétence *ratione materiae*). L'autorité administrative est d'abord chargée, le plus souvent, d'un territoire et c'est son premier titre de compétence (un préfet n'a pas compétence dans un département qui n'est pas le sien : 23 déc. 1904, *Veuve Thomas*). L'autorité n'est, ensuite, compétente que pendant l'intervalle de temps qui va de son investiture (c'est l'*installation dans les fonctions* : 24 sept. 2012, *Cne de Valence*, 342990, point 3) à sa désinvestiture ; en dehors des limites de cette période elle n'a pas encore ou plus compétence. Toutefois, afin d'assurer la continuité des services publics, il est admis qu'une autorité qui n'est en principe plus compétente car est arrivé le terme de ses fonctions, demeure cependant compétente jusqu'à l'installation effective de son successeur mais avec des pouvoirs réduits puisqu'elle ne peut qu'expédier les *affaires courantes* (ainsi en va-t-il d'un gouvernement démissionnaire qui se survit jusqu'à la mise en place du gouvernement suivant : Ass. 4 avr. 1952, *Synd. régional des quotidiens d'Algérie*, p. 210 ; de même, un préfet dont les fonctions cessent dans son département le 12 juillet, car il est nommé hors cadre, peut continuer à exercer dans ce département jusqu'au 16 juillet, date de l'installation de son successeur : Ass. 27 avr. 1973, *Serre* ; sur la notion de gestion des affaires courantes : 23 déc. 2011, *min. Int.*, 348648, appliquée ici à un établ. publ. de coop. intercnale). L'autorité n'est, enfin, compétente que dans certaines matières dont elle ne peut sortir sauf l'hypothèse des circonstances exceptionnelles : un proviseur de lycée n'est pas compétent pour fixer les programmes du baccalauréat, un préfet ne peut signer en son nom un traité international, un ministre ne peut modifier une loi (11 avr. 2005, *SFR*), etc. Cette dernière composante de la compétence est d'ailleurs celle qui soulève, en pratique, le plus grand nombre de difficultés.

4. Les « incidents » de compétence

359 Ces « incidents » peuvent affecter l'exercice normal de la compétence. Si l'on laisse de côté la théorie des circonstances exceptionnelles (*cf.* § 74 et s.), trois grandes catégories d'incidents se rencontrent.

• ***La suppléance*** suppose que le titulaire de la fonction est empêché d'exercer normalement sa compétence (maladie, grossesse, éloignement, congés, etc.) : il est remplacé par une personne désignée par les textes comme son remplaçant automatique. En cas d'empêchement du chef de l'État, en France, sa suppléance est assurée par le président du Sénat.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

• ***L'intérim***, qui ne peut être que de brève durée, concerne également une situation d'empêchement, comme au cas précédent, mais avec cette différence que la détermination de la personne remplaçante n'est pas fixée par les textes, elle est donc libre.

Dans les deux cas, suppléance ou intérim, le remplaçant exerce les compétences de celui qu'il remplace.

• **La *délégation*** – dont le régime a été précisé et modifié par le décr. n° 2005-850 du 27 juil. 2005 – est la situation à la fois la plus complexe et la plus fréquente : toutes les autorités administratives sont dans la nécessité de déléguer une partie de leurs compétences ainsi que de leur pouvoir de signer. On distingue deux sortes de délégations : la *délégation de compétence* (dite aussi *de pouvoir*) et la *délégation de signature*. Cette distinction n'est pas purement « formelle » car elle a de fortes incidences pratiques (Douai, 29 nov. 2011, *Cne de Noyon*). La première sorte de délégation consiste, pour le titulaire d'une fonction, à confier à une ou plusieurs personne(s) une partie – et une partie seulement – de ses pouvoirs. La délégation de signature consiste à conférer à une personne le pouvoir de signer à la place de l'auteur de la décision.

Les deux délégations ont en commun de ne pouvoir exister que :

– si un texte les a expressément prévues ;

– si, par *a contrario*, même prévues par un texte, elles ne sont pas, même implicitement, interdites par un texte relatif à la matière dans laquelle elles interviennent ;

– si elles ont été publiées avant leur mise en œuvre (Lyon 14 juin 1993, *min. Équipt* ; 4 févr. 2004, *Caisse des dépôts et consignations*) ;

– une délégation de signature, même régulièrement publiée, ne prend effet qu'à partir de la nomination effective, elle-même publiée, du bénéficiaire de la délégation dans la fonction au titre de laquelle il a reçu délégation (26 mars 2010, *Assoc. nat. d'assistance aux frontières pour les étrangers*, 330007) ;

– si elles ne sont que partielles car, à défaut, ce ne serait plus une délégation mais une abdication (Ass. 13 mai 1949, *Couvrat*) ;

– si elles comportent une précision suffisante quant à leur portée.

La subdélégation, qui ne peut être qu'une subdélégation de signature, est possible aussi bien dans le cadre d'une délégation de signature que dans celui d'une délégation de compétence. Par ailleurs, en vertu du décret précité de 2005, le seul fait de la nomination d'une personne comme ministre ou secrétaire d'État vaut automatiquement délégation de signature, de sa part, – à un certain nombre de personnes placées sous son autorité (*cf.* art. 1er du décret) – dès le lendemain de la publication de cette nomination. Le changement du titulaire de la fonction ministérielle ne met pas fin à cette délégation de signature. Toutefois, le délégant peut décider de mettre fin à tout moment à cette délégation automatique : cette révocation de la délégation emporte *ipso facto* révocation des subdélégations de signature qui avaient pu être consenties par l'agent concerné.

Pour les directeur et chef de cabinet ministériels, la délégation de signature suppose un acte exprès du ministre ou du secrétaire d'État ; de plus, une telle délégation prend fin en même temps que les fonctions de l'autorité ministérielle qui l'a accordée.

Dans les deux cas, délégation de compétence et délégation de signature, la délégation est faite à une entité administrative abstraitement entendue (secrétaire général de ministère, directeur d'administration centrale, etc.). Le décret de 2005 a mis fin, sur ce point, au particularisme des délégations de signature (accordées à un agent nommément désigné, elles devenaient caduques en cas de changement de titulaire du poste). Les deux délégations se différencient par leurs effets : la délégation de compétence est la seule qui opère un dessaisissement du délégant, les actes du délégataire y prennent le rang habituel de ses propres autres actes, alors que dans la déléga-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

tion de signature les actes du délégataire se situent au même niveau hiérarchique que les actes du délégant.

5. Le principe du parallélisme des compétences

360 En principe, les textes définissent l'autorité compétente pour prendre une décision déterminée. En revanche, il arrive qu'ils soient muets sur l'autorité compétente pour modifier, abroger ou retirer cette décision. En ce cas, la jurisprudence applique *le principe du parallélisme des compétences* (Ass. 13 mars 1953, *Teissier*; Sect. 10 avr. 1959, *Fourré-Cormeray*, préc.) analogue au principe du parallélisme des formes rencontré plus haut (§ 349). L'autorité actuellement compétente pour prendre l'acte initial est compétente pour prendre l'acte inverse (§ 356 et 27 nov. 2010, *Denis X.*, 316636); la notion d'« acte inverse » est appréciée strictement : la remise d'un fonctionnaire détaché à la disposition de son Administration d'origine n'est pas l'inverse de son détachement (Sect. 21 oct. 1960, *Mallet de Chauny*).

6. Compétences respectives du supérieur et du subordonné

361 L'autorité subordonnée, hors le cas où elle bénéficie d'une délégation, ne peut empiéter sur les compétences de son supérieur, ce qui est assez logique. Inversement, l'autorité supérieure ne peut empiéter sur les compétences de son subordonné. Cela peut surprendre mais le supérieur, s'il peut lui donner des ordres, rapporter ou modifier ses actes (Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*), n'a pas le pouvoir de substituer ses propres actes à ceux de son subordonné. Il n'en va autrement que dans le cas – très rare – où un texte exprès le permet (12 nov. 1949, *Yasri Allaoua*). De plus, le pouvoir hiérarchique suppose, pour pouvoir être validement exercé, la réunion de deux conditions : la personne concernée doit réellement être la subordonnée de celui qui s'en prétend le supérieur (12 nov. 1965, *Cie marchande de Tunisie* : sous le régime de la IVe République, le chef du gouvernement, président du conseil des ministres, n'est pas le supérieur hiérarchique des ministres); cette personne doit avoir agi préalablement à l'exercice du pouvoir hiérarchique. Cependant, le juge admet que le supérieur hiérarchique, saisi par un administré d'un recours contre une décision prise par son subordonné, puisse trancher les questions non abordées par ce dernier (23 juil. 1993, *min. Aff. Soc. et Emploi*).

Enfin, en toute hypothèse il faut rappeler ici, tout d'abord, que les décisions individuelles du supérieur hiérarchique doivent respecter les décisions réglementaires de son subordonné, ensuite, que lorsque les décisions individuelles d'un subordonné sont devenues définitives, elles ne peuvent plus faire l'objet que d'une abrogation pour l'avenir aux conditions ordinaires requises, donc assez restrictives, pour réaliser une telle abrogation (§ 372).

C. Le principe de précaution

362 Dans sa substance, il s'agit là d'un « principe » très ancien qu'exprime l'adage de bon sens : « dans le doute, abstiens-toi » et que saint Thomas d'Aquin a théorisé au XIIIe siècle sous la forme de la *« vertu de prudence »* (*Som. théol.*, IIa IIae, questions 47-56, surtout 49 art. 8). C'est cependant à partir de son inclusion dans le droit de l'environnement (2e et 3e conférences internationales sur la protection de la mer du Nord, 1987 et 1990; surtout, déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 3-14 juin 1992), qu'il a pris un essor fulgurant et, à certains égards, inquiétant, au point d'envahir désormais toutes les branches du droit public (1. à 3.). Du droit international de l'environnement, il est passé en droit communautaire (art. 130 R du traité de Maastricht) et en droit interne (lois du 2 févr. 1995 et du 1er juil. 1998) où il a été constitutionnalisé le 1er mars 2005 par l'insertion dans le préambule de la Constitution, de la Charte de l'environnement (art. 5; 30 janv. 2012, *Sté Orange France*, 344993); il est d'applicabilité directe sans le besoin d'une

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

mise en œuvre préalable par la loi ou par le règlement (19 juil. 2010, *Assoc. du quartier « Le Haut de Choiseul »*, 328687).

1. La notion de précaution

363 Ce principe, contrairement à une opinion courante mais erronée, ne concerne pas – ou ne devrait pas concerner – les situations de risque connu où ne se pose que la question de savoir si le risque se réalisera ou non ; l'aléa concernant la réalisation des risques connus relève exclusivement de la *prévention*, non d'un régime de précaution. Pourtant force est de constater que tant la jurisprudence que la réglementation opèrent fréquemment une confusion entre ces deux aspects.

Le principe de précaution, en saine vision des choses, n'est appelé à jouer – normalement – que s'il existe une double situation d'incertitude rendant impossible la réponse à chacune des deux questions suivantes : y a-t-il un risque ? Si ce risque existe, en quoi peut-il consister ? Lorsqu'il en est ainsi en raison des données actuelles de la connaissance, l'autorité publique peut-elle décider de ne pas décider ou de ne pas agir ?

2. Les conditions du recours au régime de précaution

364 La réponse à la dernière question précédente est délicate. L'application trop fréquente du principe de précaution produirait vite une paralysie de nombre d'activités humaines. Le rejet pur et simple de ce principe peut aboutir à des catastrophes.

La mise en œuvre du principe de précaution est subordonnée à la réunion des trois conditions suivantes. En premier lieu, il faut avoir la certitude que le risque – dont on ignore s'il existe – produirait, en cas d'existence, des dommages à la fois irréversibles et d'une grande gravité. En second lieu, les mesures prises au titre de la précaution, par exemple des mesures d'abstention, doivent être proportionnées à la menace potentielle présumée dans son existence mais inconnue quant à son contenu. Enfin, le coût des mesures de précaution doit être économiquement et socialement acceptable ; au-delà d'un certain seuil les mesures de précaution seraient plus coûteuses que le risque encouru. Par ailleurs, ce principe *« ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attribution »* (26 oct. 2011, *Cne de Saint-Denis*, 326492).

3. Le juge administratif et le principe de précaution

365 Le juge administratif impose, de ce chef, aux Administrations, d'exercer une double fonction d'anticipation : à l'égard des possibilités de survenance d'un risque et à l'égard de ses conséquences concrètes. L'anticipation fait ainsi partie de la légalité applicable aux actes administratifs concernés. Les décisions qui manifestent une bonne anticipation seront régulières, les autres non (dans le cas du sang contaminé, voir : Ass. 9 avr. 1993, *D., G., B.*, p. 110, concl. H. Legal). La jurisprudence, d'abord éparse et timide (4 janv. 1995, *min. Int. c/ Rossi* ; 30 avr. 1997, *Quévillon* ; Sect. 25 sept. 1998, *Greenpeace*), s'est faite plus offensive et plus massive (voir les concl. de J.-C. Bonichot sur CE 24 février 1999, *Sté Pro-Nat*, à propos de l'ESB ; Nantes 23 juin 1999, *Assoc. pour la défense des habitants des Essarts et autres riverains* ; Paris, 24 juin 1999, *Assoc. pour la protection de Saint- Leu Taverny* ; 28 juil. 1999, *Assoc. intercnale « Morbihan sous très haute tension »* où l'expression « principe de précaution » est – semble-t-il – employée pour la première fois).

L'absence de mesures de précaution constitue une faute, et le plus souvent une faute lourde, engageant immanquablement la responsabilité de la personne publique en cause. Le risque est de voir apparaître, en raison de la gravité des dommages, une présomption irréfragable

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

de responsabilité dans des hypothèses où il ne s'agit pas en réalité de responsabilité mais de solidarité humaine et sociale.

Aujourd'hui, malgré ces inconvénients et d'évidentes limites théoriques, la jurisprudence en matière de précaution connaît un réel développement. Le juge oscille entre des applications strictes du principe (en droit communautaire, voir : TPICE 11 sept. 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil et autre*, en matière de pharmacie vétérinaire ; en droit interne, voir : TA Strasbourg 22 févr. 2002, *Assoc. de défense des intérêts des quartiers Centre-Est de Strasbourg et autres c/ Préfet du Bas-Rhin, Sté Sogema*, concernant le stockage de farines animales) et des refus purs et simples d'application de celui-ci (9 oct. 2002, *Un. nat. de l'apiculture française*, relatif à l'insecticide « Gaucho » ; 22 août 2002, *SFR c/ Cne de Vallauris*, concernant le refus d'interdire, sur la base du principe de précaution, l'installation d'antennes relais de téléphonie mobile ; 20 avr. 2005, *Sté Bouygues Télécom* : inapplication de ce principe au droit de l'urbanisme). Le contrôle du respect du principe de précaution a commencé de s'exercer pour la mise en œuvre de l'art. L. 110-1-II du code de l'environnement (pour la première décision, voir : 4 août 2006, *CRILAN et autre*, Pet. Aff. 2007 n° 53 p. 15, note M. Staub) et il est appelé à connaître une certaine extension du fait de son inclusion à l'art. 5 de la Charte de l'environnement ; toutefois le juge n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur sa mise en œuvre (25 mai 2011, *ADECOTP et autres*, 336477).

En réalité, les enjeux sont tels qu'il faut se demander s'il est sage de continuer à traiter ce principe sous l'angle du droit de la responsabilité ; il serait sans doute plus judicieux d'en faire un objet de politique publique.

3 Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux

366 Le pouvoir réglementaire peut modifier à tout moment ses actes car les administrés n'ont aucun droit au maintien de la réglementation existante. C'est pourquoi, normalement, les modifications, suppressions ou adjonctions apportées aux règlements sont d'application immédiate. Il existe cependant deux limites à ce principe bien certain. D'une part, doit être respecté le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, d'autre part, doivent être tirées les conséquences du principe de sécurité juridique. Ce dernier impose, notamment, l'obligation pour l'Administration *« d'édicter […] les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ; […] il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause »* (Sect. 13 déc. 2006, *Lacroix*, *AJDA* 2007, Chron. p. 358, confirmé par 20 avr. 2011, *Synd. agences de presse télévisée*, 334911). Ces effets se manifestent lors de l'entrée en vigueur (A.) et lors de la sortie de vigueur (B.) de ces actes. Leur régime est dominé par le principe de la sécurité juridique et, lorsqu'il est fait application du droit de l'UE, par le principe de confiance légitime (C.).

A. Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux : l'entrée en vigueur

367 Les solutions qui vont être exposées ne peuvent être comprises que si l'on fait au préalable une double distinction. La première est celle entre la *validité* d'une décision et son *opposabilité*. La validité signifie qu'une décision est régulière, elle ne préjuge en rien de son opposabilité. L'opposabilité signifie qu'une décision a été correctement portée à la connaissance des

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

intéressés parce qu'elle a fait l'objet de la publicité adéquate, mais cette opposabilité ne prouve pas sa validité. Opposabilité et validité sont donc deux questions différentes. C'est ce qui permet de comprendre que la validité d'une décision (compétence de son auteur, respect des formes exigées) s'apprécie non au moment où elle est opposable mais au moment où elle est prise. L'opposabilité d'une décision est le moment clé puisqu'elle permet son entrée en vigueur. La seconde distinction est entre les deux modes principaux de *publicité* des décisions : celles à caractère individuel seront le plus souvent *notifiées*, celles à caractère réglementaire feront l'objet d'une *publication*.

L'entrée en vigueur des décisions administratives est subordonnée à l'accomplissement d'une formalité destinée à les faire connaître dans leur existence comme dans leur contenu : la publicité (1.) ; rares sont les hypothèses où une autre solution est appliquée (théorie de la connnaissance acquise) (2.). Par ailleurs, pour d'évidents motifs tenant notamment à l'exigence de sécurité juridique, ces décisions n'ont, en principe, pas d'effet rétroactif (3.).

1. La publicité des actes administratifs unilatéraux, condition de leur entrée en vigueur

368 En principe, l'existence d'une publicité et la détermination de la forme qu'elle doit revêtir sont prévues par un texte, généralement une loi ou un règlement (décret ou arrêté).

Les lois et règlements sont publiés au *Journal officiel* sous une forme « papier » ou sous forme électronique. Ils entrent en vigueur simultanément dans toute la France le lendemain de leur publication (ordonnance 2004-164 du 20 févr. 2004, abrogeant les anciennes modalités de publicité résultant de textes de 1816, 1817 et 1870). Par ailleurs, un certain nombre d'actes administratifs sont désormais publiés seulement sous forme électronique, cette publication faisant courir les délais (voir *JO* du 30 juin 2004, p. 11849).

La publication de décisions réglementaires sur un intranet est possible et opposable aux intéressés mais seulement si une décision antérieure, prise en la forme classique, prévoit ce mode de publicité (11 janv. 2006, *Synd. nat. CGT-ANPE*).

Lorsque le mode de publicité d'un acte juridique est prévu par un texte législatif ou réglementaire, il n'est pas possible de lui en substituer un autre (3 mars 1971, *min. Fin. c/ Sté des ateliers de Dunkerque et Bordeaux-France-Gironde*) en dehors des hypothèses de circonstances exceptionnelles (Ass. 5 avr. 1946, *Rony*). Cette publicité rend le texte opposable même aux tiers (Sect. 27 juil. 2005, *Millon*).

Lorsqu'aucun mode de publicité n'est exigé, la jurisprudence impose une publicité « suffisante », par sa teneur, et « adéquate », par sa forme, au public visé (25 janv. 1974, *Jean et autres*; 13 déc. 1974, *du Gratet du Bouchage*; 4 août 2006, *Bergeron*).

Par exception, l'entrée en vigueur d'un acte peut être retardée (entrée en vigueur postérieure à la publication) ou accélérée (par ex. en cas d'urgence). De plus, un certain nombre de décrets et d'arrêtés entrent en vigueur immédiatement, dès leur publication au *Journal officiel* (*cf.* décr. 2004-1532, 31 déc. 2004).

Dans le cas, fréquent, où une loi prévoit des décrets pour son application, elle entre cependant en vigueur immédiatement dans toutes celles de ses dispositions qui se suffisent à elles-mêmes (Sect. 13 juil. 1951, *Un. des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF…*; 28 mai 2003, *Creton et autres*; 3 oct. 2003, *Sté Norminter*; 23 mars 2005, *Lefebure*, ces deux décisions par *a contrario*).

Lorsque la loi nouvelle concerne des mandats électifs en cours, elle n'a d'effet sur eux que lors de leur plus prochain renouvellement (Section, 6 nov. 2009, *Réseau ferré de France*, 296011).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. La théorie de la connaissance acquise

369 Cette théorie permettait, traditionnellement, nonobstant toute publicité officielle, qu'un administré fût réputé avoir acquis connaissance de l'existence d'une décision non encore publiée et de son contenu dans deux cas. Soit parce que, membre d'un corps délibérant, il avait nécessairement connaissance des décisions prises par ce corps au cours de la séance à laquelle il assistait et donc avant toute publicité de cette décision. Soit parce qu'il était censé avoir eu incontestablement connaissance de cette décision du fait qu'il l'avait évoquée lui-même pour la contester ou pour s'en prévaloir. Cette théorie a profondément évolué : si le premier cas demeure (26 juil. 2011, *Geneviève X.*, 347086), le second est en fort déclin : ainsi, la formation d'un recours (gracieux ou contentieux) contre une décision n'est pas toujours considérée comme l'indice décisif que l'intéressé en a acquis incontestablement connaissance (par ex., pour les décisions de principe : Ass. 24 oct. 1997, *de Laubier*; Sect. 13 mars 1998, *Mauline et Assistance publique – Hôpitaux de Paris*; 8 juil. 2002, *Hôpital local de Valence d'Agen*), mais il est des arrêts en sens contraire (28 oct. 2002, *Saturnino*, p. 897; Marseille, 17 oct. 2006, *Sté Barbès Patrimoine*, *AJDA* 2006 p. 2453; 28 oct. 2009, *Jean-Yves X.*, 299252). Cette jurisprudence est plus généreuse que rationnelle.

3. La non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux

370 Les actes administratifs, en vertu d'un principe général du droit, ne produisent pas d'effet avant leur édiction (28 févr. 1947, *maire de Lisieux*; Ass. 25 juin 1948, *Sté du journal « L'Aurore »*, p. 289; 16 juin 2008, *Féd. des syndicats dentaires libéraux et autres*); ce principe interdit donc toute décision ayant des effets sur une situation juridique entièrement constituée avant l'entrée en vigueur de cette décision (mêmes arrêts; 16 juil. 2012, *Synd. nat. CGT des chancelleries et services judiciaires,* 343466). Le juge veille au respect de ce qui constitue un principe de sécurité dans les relations juridiques, principe auquel il existe trois exceptions en faveur des décisions administratives :
1°) Lorsqu'elles s'appliquent aux situations juridiques en cours qui n'ont pas acquis un caractère définitif;
2°) Lorsqu'elles sont prises en exécution d'une loi elle-même régulièrement rétroactive, mais une importante évolution jurisprudentielle a rendu très difficile l'existence de lois rétroactives (voir en particulier : CEDH 9 déc. 1994, *Raffineries Stran*; CEDH 23 oct. 1997, *National and Provincial Building Society et a.*; 28 oct. 1999, *Zielinski, Gonzalez et Pradal*; CC 99-422 DC du 21 déc. 1999 et 99-425 DC du 27 déc. 1999; et, pour le CE : 5 déc. 1997, *Lambert et min. Éduc. nat. c/ OGEC du collège privé de l'Abbaye de St-Sauveur-le-Vicomte*, 2 espèces; 28 juil. 2000, *Tête*; 25 avr. 2007, *Couegnat, Hebert*, 2 espèces; 20 juin 2007, *Bernard X.*, 299533; Nantes 19 déc. 2007, *Josse et autre*);
3°) Lorsqu'elles sont prises en conséquence d'une décision juridictionnelle d'annulation, laquelle a normalement un caractère rétroactif mais cette solution tend à être de moins en moins exacte (*cf.* en particulier les arrêts de Section du 24 octobre 1997, *Lugan et Sté Strasbourg FM* et § 587-588). Le principe de non rétroactivité ne fait pas obstacle, en revanche, à ce que l'administration, pour l'application d'une règle dans le futur, retienne des éléments antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la règle (30 déc. 2009, *Confédération des praticiens des hôpitaux et autres*, 306040).
Distincte de l'entrée en vigueur mais reliée à elle est la question de l'*application* (ou mise *en œuvre*) des décisions. Le Conseil d'État, dans un souci de protection des administrés, ne s'arrête pas à des considérations théoriques mais vérifie le sort effectivement fait à des décisions juridiquement en vigueur. Ainsi, juge-t-il qu'est illégale l'exécution d'une décision administrative dans un délai anormalement long et alors que les circonstances de fait qui, à l'origine, justifiaient cette décision ont disparu (1er avril 1998, *Préfet des Yvelines c/ Nsonde*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Pareillement, la notification excessivement tardive d'une décision (en l'espèce dix-huit ans après) constitue une nouvelle décision (Sect. 26 mars 1999, *Villegas*).

B. Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux : la fin de vigueur (abrogation et retrait)

371 Comme il n'y a pas de désuétude pour les décisions administratives, l'auteur d'une décision peut en prévoir une durée limitée d'application. Ce cas ne soulève aucune difficulté. En revanche, il importe de savoir, en dehors de l'hypothèse précédente, si l'auteur d'une décision est indéfiniment lié par elle ou s'il peut, voire « doit », ultérieurement la supprimer. En réalité, une décision de l'Administration ne cesse de produire effet qu'en vertu d'une autre décision qui prononce, fût-ce implicitement, soit son abrogation pour l'avenir (1.), soit même son retrait rétroactif (2.). La disparition de la base juridique (traité, loi, décret ou autre) sur laquelle reposait jusque-là une décision administrative produit les effets d'une abrogation.

1. L'abrogation d'une décision administrative pour l'avenir (v. § 48)

372 L'abrogation consiste à décider que, pour l'avenir, une décision cessera de produire tout ou partie de ses effets, cette abrogation pouvant être explicite (cas le plus fréquent et le plus normal) ou implicite (on sait qu'il en va de même pour les lois : Ass. 16 déc. 2005, *Synd. nat. des huissiers de justice*). Il n'est pas possible d'exiger de l'Administration qu'elle maintienne perpétuellement en vigueur toutes ses décisions. Cependant, on ne pourrait tolérer qu'elle s'en défasse librement. Les solutions retenues combinent trois éléments : le caractère réglementaire ou non de la décision ; le fait qu'elle est ou non régulière ; la circonstance qu'elle a créé ou non des droits.

373 • **L'abrogation d'une décision réglementaire** concerne deux situations. Si la décision est illégale ou sans objet, son abrogation est toujours possible ; elle s'exerce selon deux modalités (art. 5, loi 17 mai 2011). Soit l'abrogation résulte d'une décision spontanée de l'Administration, les administrés ne disposant d'aucun droit au maintien des règles générales (17 mars 1911, *Blanchet*) alors même qu'elles auraient été édictées pour une durée préfixe et que cette abrogation surviendrait avant le terme ainsi fixé (25 juin 1954, *Synd. de la meunerie à seigle*). Soit l'abrogation intervient sur demande des intéressés. Ceux-ci ont, en effet, un véritable droit à demander et à obtenir l'abrogation d'un règlement qui est illégal soit dès l'origine (Ass. 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*, et décret du 28 novembre 1983, art. 3), soit par suite de changements survenus dans les circonstances de droit (10 janv. 1930, *Despujol* ; 10 janv. 1964, *Synd. nat. des cadres des bibliothèques* ; 20 déc. 1995, *Vedel et Jannot* ; 10 oct. 2003, *Cne de Rilleux-la-Pape*) ou de fait (10 janv. 1964, *min. de l'Agriculture c/ Simonnet*) qui, lors de son édiction, motivaient légalement ce règlement.
Si la décision rglementaire est régulière son abrogation est également toujours possible car il n'y a pas de droit acquis au maintien d'un règlement ; c'est pourquoi il n'existe aucune réparation du préjudice résultant de modifications aux textes réglementaires (26 juil. 2007, *Castel*). De là aussi cette conséquence que le pouvoir réglementaire a l'obligation d'adapter à tout moment ses décisions aux circonstances (28 nov. 2011, *ANODE*, 353554, à propos de l'augmentation des tarifs du gaz).

374 • **L'abrogation d'une décision non réglementaire** recouvre trois cas. 1°) Si la décision non réglementaire n'a pas fait naître de droits, elle peut toujours être abrogée soit sur décision spontanée de l'Administration, soit, en vertu d'un principe général du droit (30 nov.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1990, *Association « Les Verts »*, p. 339), sur demande d'un administré fondée sur ce que cette décision est devenue illégale par suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait survenus après son édiction. 2°) Si la décision non réglementaire, à la fois, a créé des droits (ainsi de celle attribuant la qualité de « rapatrié » : 20 févr. 2008, *Gener*), et est régulière, elle est, en général dite *intangible*. Son abrogation n'est possible que sur demande expresse des titulaires de ces droits – à condition, en ce cas, de ne pas porter atteinte aux droits des tiers (2 févr. 2011, *Sté TV Numeric*, 329254) – ou dans les cas prévus par une loi ou un règlement (30 juin 2006, *Sté Neuf Télécom SA*). La décision susceptible de créer des droits se définit négativement comme celle n'entrant pas dans la catégorie des décisions non créatrices de droits ; ne sont pas créatrices : les décisions négatives, les décisions provisoires, les décisions conditionnelles, celles purement récognitives (24 oct. 2012, *Christophe X.*, 335528 ; *cf.* P. Mozol, « Les enseignements de la notion d'acte récognitif », RRJ 2004 p. 2443) ou préparatoires, etc. De façon générale, ne sont pas créatrices toutes les décisions précaires et révocables par lesquelles l'Administration a manifesté son intention de ne pas se lier pour l'avenir. En revanche, les décisions pécuniaires sont désormais créatrices de droits (6 nov. 2002, *Soulier*) pour autant qu'elles constituent réellement des décisions, c'est-à-dire des prises de position sur un droit et non, par exemple, la constatation d'une simple erreur de calcul (28 nov. 2011, *min. Éduc. nat.*, 334787). 3°) Si la décision non réglementaire est à la fois créatrice de droits et illégale elle ne peut être abrogée que dans le délai – purement prétorien – de quatre mois suivant son intervention (Section, 6 mars 2009, *Coulibaly*, 306084), ce qui constitue un alignement sur la durée inventée par l'arrêt *Ternon* pour les retraits d'actes administratifs réglementaires irréguliers créateurs de droits (*cf.* § 379).

2. Le retrait rétroactif des décisions administratives

375 Le retrait est une mesure grave : l'Administration anéantit sa décision non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence communautaire (CJCE 13 janvier 2004, *Kühne et Heitz NV et autre*) pourrait conduire le juge français à se montrer plus sévère envers le pouvoir de retrait rétroactif des actes administratifs. Il faut en outre faire la différence entre retrait et modification : la décision qui met fin à une décision précédente et la remplace par une autre, identique à la précédente sauf sur un point, est une modification non un retrait de celle-ci (Sect. 6 mars 2002, *Besombes et autres*). L'autorité compétente pour opérer le retrait d'une décision est celle qui, à la date de ce retrait, serait compétente pour prendre la décision dont le retrait est envisagé (Sect. 7 oct. 1994, *Joly*). Le régime du retrait est dominé par la distinction des décisions régulières et des décisions irrégulières.

376 • **Le retrait rétroactif des décisions régulières.** Deux cas se présentent. Tout d'abord, le retrait est impossible si ces décisions sont créatrices de droits (21 nov. 1947, *Ingrand* ; 1er déc. 1950, *EDF*), ainsi en va-t-il de la décision par laquelle l'administration renonce à exercer son droit de préemption (12 nov. 2009, *Sté COMILUX et autre*, 327451). La solution est la même quand la décision créatrice de droits est tacite (Sect. 17 févr. 1978, *min. Santé c/ Sté Scarron Parc*). Il n'en va autrement que dans le cas où le retrait ou la modification de la décision créatrice de droits est sollicité par le bénéficiaire de cette décision (Sect. 9 janv. 1953, *Desfour* ; 29 juin 2009, *Fatiha X.*, 327275) mais à condition qu'un tel retrait ne lèse point les droits des tiers (Sect. 6 févr. 1948, *Mollet et Salvan*). Ensuite, le retrait est toujours possible si ces décisions n'ont pas créé de droits (26 mai 1950, *Carrel*).

377 • **Le cas particulier du retrait rétroactif des nominations irrégulières de magistrats.** Le retrait par l'Administration de la décision – même irrégulière – nommant un magistrat est impossible en vertu des principes de séparation des pouvoirs et d'inamovibilité ; seule la loi organique peut régler ce cas (Section, 1er oct. 2010, *Nadège T.*, 311938).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

378 **Le retrait rétroactif des décisions irrégulières, explicites ou implicites, n'ayant pas créé de droits**, est toujours possible (14 nov. 1958, *Ponard*), et c'est même là une obligation pour l'Administration (13 févr. 1948, *Synd. nat. des statistiques*). Tel est le cas des décisions purement récognitives.

379 **Le retrait rétroactif des décisions irrégulières explicites et créatrices de droits**, *(ce sont les décisions attributives)* est toujours possible pour illégalité pendant un délai – de création purement prétorienne – de quatre mois (Ass. 26 oct. 2001, *Ternon*; 3 oct. 2003, *Wetzstein*; 27 avr. 2007, *Sté Métropole télévision*; 7 janv. 2013, *Alain X.*, 342062). Passé ce délai, elle ne peut plus les retirer, même en cas de formation d'un recours contentieux (abandon partiel, sur ce point, de 3 nov. 1922, *dame Cachet*; voir Douai 18 nov. 2003, *Pierru*; 3 mai 2004, *Fort*), sauf dans trois cas : 1°) sur demande de l'administré bénéficiaire de cette décision irrégulière (13 nov. 2006, *France Télécom*; 27 juin 2007, Avis, Mireille X., 300143); 2°) s'agissant du retrait d'aides communautaires illégalement accordées (Paris 5 oct. 2004, *min. Culture et Communication*); 3°) en cas de disposition législative ou réglementaire expresse fixant une autre durée (28 sept. 2005, *Sté Soinne et associés*). Le retrait doit être motivé (3 nov. 2003, *Lhoumeau*).

Dans un souci de sécurité juridique des administrés (inauguré par Ass. 24 oct. 1997, *de Laubier*, préc.), le juge a opté, d'une part, pour une dissociation des points de départ du délai de recours contentieux (jour de la notification ou de la publication de la décision) et du délai de retrait (jour où est prise, même sans publicité, la décision), d'autre part, pour une dissociation de la durée des délais de recours contentieux (deux mois) et de la durée du délai de retrait (quatre mois). Il est ainsi mis fin à la contestable jurisprudence *Ville de Bagneux* (Ass. 6 mai 1966). Toutefois cette solution ne joue pas, on l'a relevé ci-dessus, quand l'irrégularité résulte de la violation du droit communautaire (Paris 5 oct. 2004, préc.).

Lorsqu'une telle décision émane d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales, le délai de quatre mois est décompté à partir du jour où elle a été prise non à compter de sa transmission au préfet (27 juin 2007, *Mireille X.*, préc.).

Si le retrait des décisions explicites créatrices de droits, lorsqu'il est possible, doit toujours intervenir avant l'expiration du délai de retrait, sa notification peut être postérieure (Section 21 déc. 2007, *Sté Bretim*), ce qui est une solution guère convaincante.

380 **Le retrait rétroactif des décisions irrégulières implicites (ou tacite) créatrices de droits** est régi par la loi du 12 avril 2000 (art. 23) qui, abandonnant la solution issue de l'arrêt *Eve* (Sect. 14 déc. 1969), décide qu'un tel retrait est possible dans le délai de deux mois à compter du jour où est intervenue la décision lorsque aucune mesure d'information des tiers n'a eu lieu; elle est encore retirable, en cas de formation d'un recours contentieux contre cette décision, pendant toute la durée de l'instance (Avis, 12 oct. 2006, *Cavallo*). C'est donc la solution *« Dame Cachet »* et non la solution *« Ternon »* qui s'applique ici (26 janv. 2007, *SAS Kaefer Wanner*).

Il est urgent de simplifier une matière devenue trop compliquée.

381 • **Le retrait rétroactif des décisions obtenues par fraude**. En application du principe *fraus omnia corrumpit*, les *décisions obtenues par fraude* peuvent être retirées sans condition de délai puisqu'elles ne sont jamais susceptibles de créer des droits (Ass. 12 avr. 1935, *Sarovitch*; Marseille 1er juil. 1999, *Morisson*; 3 avr. 2006, *SIVU de l'Amana*; 31 mars 2010, *min. Éduc. nat.*, 332650) sous réserve que, lors du retrait, soit respecté le caractère contradictoire de la procédure (30 mai 1994, *Préfet de Haute-Savoie c/ Diallo*; Bordeaux 2 nov. 2006, *SCI Le Clos bleu vision*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C. Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux : les principes de la confiance légitime et de la sécurité juridique (cf. § 116)

382 Ces deux principes sont inspirés du concept allemand de la *Vertrauensschutz* et jouent principalement en matière économique. Ils sont également reconnus en droit communautaire (CJCE 3 mai 1978, *Töpfler*; CJCE 19 mai 1983, *Mavridis*). Ces deux principes, de confiance légitime et de sécurité juridique, entretiennent un tel cousinage intellectuel et juridique que l'on peut se demander s'il y a réellement des différences notables entre eux (en ce sens, les très justes observations de J.-M. Woerhling, *« L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de protection des situations constituées »*, *RDP* 2007 p. 285).

383 Le *principe de confiance légitime* concerne l'hypothèse où un particulier, raisonnablement fondé à penser que le comportement futur prévisible de l'Administration ou la réglementation dont elle est l'auteur demeureront les mêmes, qui est trompé dans sa prévision, peut se prévaloir du *principe de confiance légitime*. Lorsque l'administration, par ses affirmations, par ses décisions ou même par son comportement, a laissé croire à un administré que ses droits subjectifs actuels demeureront en l'état du fait du maintien, dans le futur, de la réglementation ou de l'attitude existante, elle doit réparer le préjudice qui résulte de ce que cette croyance est, par la suite, trompée. Dès lors que l'Administration s'apprête à modifier substantiellement une réglementation ou une pratique, elle a l'obligation d'en aviser les intéressés suffisamment à l'avance et de prendre, le cas échéant, des mesures transitoires afin que le passage de l'ancienne à la nouvelle réglementation s'effectue le plus sereinement possible au regard des droits subjectifs desdits administrés (sur ces dispositions transitoires: 10 avr. 2009, *Assoc. pour le maintien de l'élevage en Bretagne [AMEB]*, 310184). Ce principe de confiance légitime interdit la rétroactivité et prohibe aussi les changements brutaux des actes et statuts juridiques lorsqu'ils ont des effets importants sur la personne, les biens ou les droits des individus (Sect. 13 déc. 2006, *Lacroix*, préc.). Seul un *« intérêt public péremptoire »* pourrait justifier qu'il soit passé outre à ce principe (CJCE 16 mai 1979, *Tomadini*; TA Strasbourg 8 déc. 1994, *Entr. Freymuth*). Le Conseil d'État, pour l'heure, limite l'application de la confiance légitime au seuls *« actes pris par le gouvernement français pour la mise en œuvre du droit communautaire »* (Sect. 30 déc. 1998, *Entr. Chagnaud SA*; Ass. 5 mars 1999, *Rouquette*, *AJDA* 1999 p. 462; 7 juil. 2006, *Sté Power*; 30 mars 2007, *Sté ENEL*; 13 oct. 2008, *Pierre X.*, 310981; 27 juil. 2009, *Sté Lactalis Industrie*, 292620; 16 mai 2011, *S.I.E.R.V.*, 320577; 22 janv. 2013, *Féd. nat. indépdte des mutuelles*, 355844) ou *« si la situation soumise au juge français est régie par le droit communautaire »* (28 juil. 2011, *Edmond X.*, 326620; 12 avr. 2012, *Synd. nat. producteurs d'énergie photovoltaïque et autres*, 337528). Le juge se refuse à en faire un principe général du droit interne français même si, en pratique, il se montre très soucieux de veiller au respect de la confiance des administrés en l'Administration.

384 Le *principe de sécurité juridique*, à la différence du précédent, constitue un principe général du droit interne français (Ass. 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, concl. Y. Aguila, *RFDA* 2006 p. 463; Sect. 27 oct. 2006, *Sté Techna*) auquel le juge administratif donne une portée juridique et un champ d'application considérables (30 mars 2007, *Sté ENEL*, préc.) notamment concernant la véritable obligation faite à l'Administration, en nombre de cas, d'édicter des mesures et un droit transitoires entre l'ancien et le nouvel état de la réglementation (déjà, voir : Paris 8 nov. 2005, *Sté Exofarm*, où la responsabilité de l'administration est engagée pour faute du fait d'une décision mettant brutalement fin à une tolérance administrative pourtant contraire au droit communautaire; mais surtout : Sect. 13 déc. 2006, *Lacroix*, préc.; v. aussi, dans le domaine des concours, 25 juin 2007, *Synd. CFDT du min. des Aff. étr.*, et également § 560).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

4 La puissance intrinsèque des actes administratifs unilatéraux : l'autorité des actes administratifs unilatéraux

Cette puissance s'exprime principalement par l'autorité qui s'attache aux actes administratifs, celle-ci se manifeste par des caractères qui leur sont propres (A.) et qu'accuse le régime d'exécution desdits actes (B. et C.).

A. Les caractères de l'autorité des actes administratifs unilatéraux

385 On résume l'ensemble de ces caractères par l'expression « autorité de chose décidée » qui veut caractériser ces actes, intermédiaires entre les jugements et les actes de droit privé. Deux éléments seront ici retenus concernant ces caractères.

• **L'acte administratif n'a pas l'autorité de la chose jugée.** L'acte administratif n'a pas la « force de vérité légale » qui s'attache aux décisions de justice. Une fois épuisées les voies de recours, la décision de justice est définitivement intégrée à l'ordre juridique. En revanche, même lorsque l'on évoque le caractère « définitif » d'un acte administratif, cela n'exclut pas qu'il peut encore donner lieu à une action en responsabilité ou, s'il est réglementaire, à une action en exception d'illégalité. Par ailleurs, l'acte administratif peut faire l'objet – à certaines conditions – d'un retrait ou d'une abrogation, ce qui est impossible pour un jugement qui, une fois rendu, est fixé *ne varietur*.

• **L'acte administratif a une puissance supérieure à celle reconnue à l'acte de droit privé.** Cette supériorité résulte du *privilège du préalable* (droit d'imposer aux tiers des obligations sans leur consentement) et de ce que l'Administration peut se délivrer à elle-même, sans recourir au juge, un titre exécutoire pour assurer l'exécution de ses propres décisions : ainsi, la saisine du juge ne suspend pas l'obligation d'exécuter l'acte administratif contesté ; l'Administration peut, parfois, recourir à l'exécution forcée de ses actes en cas de refus d'un administré (*cf.* 387), alors qu'il est toujours impossible aux particuliers de procéder eux-mêmes à une exécution forcée ou, *a fortiori*, de se faire eux-mêmes justice.

L'acte administratif, lorsqu'il n'est pas un acte authentique, revêt une force probante très grande : il est tenu pour vrai sauf preuve contraire (4 mai 1955, *Athias*) ; lorsqu'il est un acte authentique, il ne peut être contesté que par voie d'inscription de faux portée devant le juge administratif (Section 30 nov. 2007, *Pucci*).

C'est cette situation spéciale de l'acte de l'Administration qui explique cette jurisprudence constante selon laquelle il est impossible à l'Administration de solliciter du juge un titre qu'elle peut parfaitement se délivrer à elle-même ou que, parfois, elle s'est déjà délivré (30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, p. 483 ; Lyon 22 février 1994, *Cnauté urbaine de Lyon*).

B. L'exécution des actes administratifs unilatéraux : les sanctions, hypothèse normale d'exécution

386 Les administrés ne se soumettent pas toujours volontiers aux charges que leur impose l'Administration. Il faut néanmoins que les décisions de l'Administration reçoivent application. Lorsque les administrés n'exécutent pas les décisions de l'Administration, celle-ci dispose d'une gamme étendue de sanctions qui peuvent aller jusqu'à l'exécution forcée de ces

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

décisions sous réserve de ne pas excéder certaines limites : le recours irrégulier par une personne publique à l'exécution forcée est, en effet, assez sévèrement sanctionné.
Le refus d'exécuter une décision administrative est réprimé par deux voies. D'une part, existe la sanction pénale (contravention aux règlements « légalement faits par l'autorité administrative », infractions spécifiques instituées par certains textes). D'autre part, il existe des sanctions administratives, nombreuses, qui n'obéissent qu'en partie aux règles régissant les sanctions pénales ; elles frappent les comportements les plus divers (infractions aux codes de la route ou des débits de boissons, sanctions disciplinaires, etc.). Longtemps, ces sanctions ont constitué un îlot soustrait à nombre de garanties juridiques : les jurisprudences combinées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, aiguillonnées par l'action de la Cour EDH, ont ramené cette matière dans le champ d'une légalité plus conforme aux exigences contemporaines.

C. L'exécution des actes administratifs unilatéraux : l'exécution forcée, hypothèse exceptionnelle d'exécution

387 Le principe est que l'Administration – hormis quelques cas exceptionnels définis par Jean Romieu dans ses conclusions sur la décision du Tribunal des conflits du 2 déc. 1902, *Sté immobilière de Saint-Just* (p. 713) – n'a pas le droit de recourir à la force pour faire exécuter ses décisions.

• **Pour pouvoir décider de recourir légalement à l'exécution forcée**, il faut se trouver dans l'un des trois cas suivants : 1°) la possibilité de recourir à l'exécution forcée est prévue par une loi ; dans ce cas, dès que la situation est celle régie par la loi, le recours à l'exécution forcée est possible ; 2°) aucune autre sanction, même pénale, n'existe (17 mars 1911, *Abbé Bouchon*) ; le recours à l'exécution forcée est alors possible ; 3°) il y a urgence (Paris 4 nov. 2003, *Niakate*) ; dans ces conditions, dit Romieu (concl. précitées), *« il est de l'essence même du rôle de l'Administration d'agir immédiatement et d'employer la force publique sans délai ni procédure lorsque l'intérêt immédiat de la conservation publique l'exige ; quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers »*.
Faute pour l'Administration de se trouver dans l'une de ces trois situations, le recours à l'exécution forcée serait illégal (Sect. 26 janv. 1980, *Cne d'Ax-les-Thermes et autre*).

• **Pour pouvoir mettre effectivement en œuvre l'exécution forcée**, trois conditions doivent être réunies cumulativement : 1°) la nécessité de procéder à l'exécution forcée doit trouver sa source dans une loi précise ; en d'autres termes, l'exécution forcée ne doit tendre qu'à exécuter une loi déterminée ou un règlement pris en exécution d'une telle loi ; 2°) l'Administration doit s'être heurtée à une « mauvaise volonté caractérisée » des intéressés (*cf.* conclusions Célier sur 22 nov. 1946, *Mathian*) ; ceci implique que, préalablement au recours à l'exécution forcée, l'Administration ait mis les intéressés en demeure de s'exécuter ; 3°) l'exécution forcée ne doit tendre qu'à la réalisation d'une opération prescrite par la loi ; l'usage de la contrainte ne doit pas excéder ce qui est indispensable pour assurer l'exécution de la loi.

• **La sanction du recours illégal à l'exécution forcée**

388 En premier lieu, ce recours illégal est effectué par l'Administration à ses risques et périls et il est susceptible d'engager sa responsabilité fautive.
En second lieu, ce recours irrégulier sera qualifié de voie de fait (§ 491) s'il porte atteinte à un droit ou à une liberté fondamentaux (TC 25 nov. 1963, *Cne de Saint-Just-Chaleyssin* : violation du respect dû aux tombes des morts ; TC 12 janv. 1987, *Caille*), à tout le moins il sera entaché d'illégalité

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

(8 avr. 1961, *Klein*). Toutefois, le recours, même illégal, à l'exécution forcée ne constitue pas une voie de fait lorsque cette exécution forcée est prévue par un texte (TC 20 juin 1994, *Madaci et autres*; TC 2 mai 1997, *préfet de police c/ TGI de Paris*).

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, *Les substitutions de compétence en droit public*, Thèse Paris I, 1995.
R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Sirey, 1920-1922.
G. Darcy, « La décision exécutoire », *AJDA* 1994, p. 663.
P. Delvolve, *L'acte administratif*, Sirey, 1983.
L. Desfonds, « La notion de mesure préparatoire en droit administratif français », *AJDA* 2003, p. 12.
G. Dupuis (sous la direction de), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1979.
C. Eisenmann, « Les actes de l'Administration », *Cours de doctorat, Les Cours de droit*, 1949-1950 et « Les actes juridiques de droit administratif », *Cours de doctorat, Les Cours de droit*, 1956-1957.
B. Faure, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998, p. 547.
L. Favoreu et T. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Dalloz, 1992.

POUR ALLER PLUS LOIN

H. Belrhali-Bernaud, *Les avis conformes du Conseil d'État*, *AJDA* 2008 p. 1181.
B. Chenot, *Conclusions sur Ass. 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier*, *RDP* 1944, p. 256; Dalloz 1945, p. 110 : texte essentiel pour comprendre la philosophie du principe du respect des droits de la défense en procédure administrative non contentieuse.
P. Delvolve, F. Seners, *Respectivement, « note sous et conclusions sur Ass. 26 octobre 2001, Ternon »*, *RFDA* 2002, p. 88 et 77 : l'influence du souci de la sécurité juridique sur le régime du retrait des actes administratifs unilatéraux.
A. Lallet et J.-Ph. Thiellay, « LA CADA a trente ans », *AJDA* 2008 p. 1415.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

9

Le contrat administratif

Si l'acte unilatéral (voir chapitre 8) apparaît comme tout à fait caractéristique de l'intervention administrative, il n'en reste pas moins que les personnes publiques recourent fréquemment à l'accord de volontés, au contrat donc, afin de poursuivre leur mission (2., 3. et 4.). Cette affirmation de principe appelle des observations liminaires importantes (1.).

1 Observations liminaires : liberté contractuelle et contrat administratif

Ces observations très importantes sont au nombre de cinq.

389 **En premier lieu**, la distinction entre contrat et acte unilatéral n'est pas toujours facile et des hésitations sont parfois possibles (En ce sens, voir, par exemple, les concl. de J.-C. Bonichot sur 14 janv. 1998, *Synd. des personnels des affaires sanitaires et sociales-FO*, *Petites Affiches* 1998 n° 151 p. 20). Ainsi les délibérations de deux communes tendant à définir des obligations réciproques, bien qu'étant chacune un acte unilatéral, forment ici un accord contractuel (Paris 20 nov. 2007, *Cne de Bry-sur-Marne*). Il convient aussi de rappeler que le juge administratif – comme le juge civil (Cass. civ. 3e, 24 sept. 2008) – ne s'arrête jamais à la qualification que les parties ont donnée à un acte en le dénommant « contrat », « pacte », « accord », etc. Il faut encore qu'il y trouve réellement les éléments qui font qu'un acte juridique est un contrat. (à propos des « contrats de plan État-régions » de la loi du 29 juil. 1982 : 25 oct. 1996, *Ass. Estuaire-écologie*; v. aussi, 30 juin 1999, *SMITOM*). Il en va de même, comme d'ailleurs en droit civil, pour la détermination de la catégorie à laquelle appartient le contrat litigieux (Nancy 6 avr. 2006, *EURL « Saut du Doubs »*).

390 **En deuxième lieu**, les personnes publiques disposent, comme les personnes privées (20 avr. 2011, *Synd. agences de presse télévisée*, 341051), de la liberté contractuelle, c'est-à-dire de la triple faculté de décider, ou non, de conclure un contrat, de choisir le type de contrat qu'elles veulent adopter et de fixer librement ses clauses (30 janv. 2012, *Gilbert X.*, 342355). Cette liberté est un principe général du droit (20 janv. 1989, *Sté Berry-Loire*; 27 avr. 1998, *Cornette de Saint-Cyr*). Ceci implique que seule une loi peut y porter atteinte (Sect. 3 oct. 1980, *Féd. franç. des professionnels immobiliers et commerciaux*; égalt, *Cornette de Saint-Cyr*, préc.) et qu'en cette occurrence la loi sera interprétée restrictivement (Sect. 28 janv. 1998, *Sté Borg Warner*). Elle pourrait même, le cas échéant, être déclarée inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel, après bien des hésitations, ayant érigé cette liberté au rang constitutionnel (CC 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi sur les*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

35 heures; 99-416 DC, CMU; 99-419 DC, 9 nov. 1999, PACS; 99-423 DC, 13 janv. 2000, *Loi sur les 35 heures*; 2000-436 DC, 7 déc. 2000, SRU, qui marque un pas décisif, confirmé par n°2000-437 DC, 19 déc. 2000, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001*) et le Conseil d'État va également en ce sens en faisant découler la liberté contractuelle, comme la liberté d'entreprendre, de l'art. 4 de la Déclartation de 1789 (29 oct. 2012, *Assoc. « Union des agents sportifs du football », UASF et autre*, 361327). Cette liberté concerne aussi bien les contrats que les personnes publiques passent avec des personnes privées que ceux qu'elles concluent entre elles (20 mai 1998, *Cnauté de communes du Piémont de Barr*; 17 mars 1999, *Synd. d'agglom. nouv. de Cergy-Pontoise, Sté Téléservice d'Île-de-France*).

391 **En troisième lieu**, la liberté contractuelle des personnes publiques, bien que certaine, connaît d'importantes limites. Il existe tout d'abord des règles ou principes d'ordre public qui font parfois échec à cette liberté ou en limitent la portée. Des dispositions législatives expresses peuvent déroger à ce principe de liberté contractuelle (Paris 4 déc. 1997, *Sarfati*). La prohibition du détournement de procédure interdit aux personnes publiques, sous prétexte de liberté contractuelle, d'utiliser celle-ci pour échapper à certaines de leurs obligations ou pour maquiller la nature réelle d'un acte juridique (15 avr. 1996, *préfet des Bouches-du-Rhône*). Pareillement, le juge administratif peut moduler les pénalités contractuelles de retard (29 déc. 2008, *OPHLM de Puteaux*). Enfin, et surtout, toute la matière est dominée par les principes généraux du droit de la commande publique dont le respect s'impose à la puissance publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures : 23 déc. 2009, *Établt public du musée et du domaine national de Versailles*, 330054).

392 **En quatrième lieu**, l'Administration n'est pas libre de recourir, dans tous les cas, au procédé contractuel. Il est des clauses qui lui sont interdites, sauf loi contraire, ainsi le compromis ou la clause compromissoire; les lois dérogatoires à cette interdiction ont eu tendance à se multiplier ces dernières années. Dans d'autres cas, certains types de contrats sont imposés à la puissance publique; il ne lui est donc pas possible, si elle veut emprunter la voie contractuelle, de recourir à d'autres types de contrats. Enfin, il est des matières où le recours au contrat est interdit (police [Lyon 7 mai 2003, *Cnauté des communes des vallons du Lyonnais*], exercice de prérogatives de puissance publique lorsque celles-ci sont confiées par la loi à une personne publique : 1er avr. 1994, *Cne de Menton*).

393 **En cinquième lieu**, les contrats que passe l'Administration peuvent être tantôt des contrats de droit public tantôt des contrats de droit privé. Ceci découle de la très juste observation faite dès 1903 par Jean Romieu (concl. sur 6 févr. 1903, *Terrier*) selon laquelle l'Administration peut, si elle le souhaite, décider de satisfaire l'intérêt général en recourant aux procédés du droit privé si ceux-ci permettent d'obtenir un résultat pratique identique à celui qu'aurait procuré le recours aux procédés exorbitants qui caractérisent le droit public. On sait que si les contrats de droit privé sont soumis aux règles du Code civil pour l'essentiel et à la compétence du juge judiciaire, ceux de droit public relèvent du droit et du juge administratifs. La qualification d'un contrat comme étant administratif ou de droit privé est une question d'ordre public qui échappe entièrement à la volonté des parties car la distinction entre ces deux catégories de contrats n'a pas été instituée dans l'intérêt des parties à un contrat, mais exclusivement dans l'intérêt général dont la satisfaction, en matière contractuelle, suppose l'instauration d'un régime de droit public.

En outre, il convient, dans chacun de ces deux cas, contrat de droit privé ou contrat de droit public, de déterminer celles des règles qui relèvent de l'un ou l'autre droit. En effet, lorsqu'est conclu par l'Administration un contrat dit de droit privé, la nature administrative de la personne contractante entraîne toujours des résurgences de droit public (par ex. l'application de la prescription quadriennale). De même, tout contrat administratif peut comporter appli-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

cation de règles qui sont communes aux contrats privés et aux contrats publics (conditions de validité du contrat – cause, objet, etc. –, droit de la consommation, droit de la concurrence).
Également, s'agissant du droit applicable aux *contrats internationaux* de l'Administration, ceux d'entre eux qui sont de droit privé au sens du droit interne, relèvent du mécanisme institué par le règlement communautaire dit « Rome I », du 17 juin 2008, ceux qui sont administratifs continuent, pour leur part, à être soumis aux règles de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles internationales.
On notera que la question de savoir si une personne publique française peut conclure un contrat de droit étranger relève de la compétence du juge administratif (TC 24 avr. 2006, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*).

2 Qu'est-ce qu'un contrat administratif ?

Après avoir exposé les critères du contrat administratif (A.), on recensera les différents types de contrats administratifs (B.).

A. Les critères du contrat administratif

394 La détermination de la nature juridique, administrative ou non, d'un contrat conclu par une personne publique ou, à certaines conditions, par une personne privée est importante car elle fixe le droit applicable à ce contrat ainsi que la compétence juridictionnelle pour en connaître. Cette nature juridique s'apprécie à la date de la conclusion de ce contrat (TC 16 oct. 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*). Les litiges relatifs à un contrat administratif ou à un contrat accessoire à un contrat principal lui-même de nature administrative relèvent du juge administratif (TC 19 mars 2007, *France Télécom*). Enfin, les critères d'identification d'un contrat comme étant administratif s'appliquent à tout contrat, y compris de recrutement d'agents, conclu entre des personnes publiques (ou privées) françaises en France (25 juil. 2008, *Institut européen d'archéologie sous-marine*; 14 avr. 2010, *Pierre X.*, 300353).

395 La nature du contrat peut être fixée par la loi. Ainsi sont administratifs les marchés de travaux publics (loi du 28 pluviôse an VIII), les contrats d'occupation du domaine public (décret-loi du 17 juin 1938), les emprunts publics de l'État (lois des 17 juillet 1790 et 26 septembre 1793), les marchés publics régis par le code des marchés publics (loi du 11 déc. 2001, dite loi « Murcef » : TC 22 mai 2006, *OPHLM de Montrouge*; y compris les contrats d'assurance remplissant cette condition : 31 mars 2010, *G. Renard*, 333627) ou les contrats de partenariat (ordonnance du 17 juin 2004). La loi peut d'ailleurs également qualifier un contrat de l'Administration de contrat de droit privé (ainsi en va-t-il du contrat d'affermage des taxes communales [décret du 17 mai 1809; TC 23 avr. 2007, *Cne de Cabourg*] ou des contrats conclus entre La Poste ou France Télécom et leurs usagers : loi du 2 juillet 1990, art. 25), cette qualification a pour effet d'exclure automatiquement de tels contrats de la catégorie des contrats administratifs. Ces qualifications légales ou réglementaires ne peuvent pas être à effet rétroactif (6 juin 2012, *Cne de la Vallée au blé*, 346126). Cependant, dans la plupart des cas, les textes sont muets sur la nature du contrat qu'ils créent ou qu'ils régissent et c'est à la jurisprudence qu'il revient de déterminer cette nature. Pour cela elle recourt à un critère organique (1.) qu'elle combine avec l'un des critères matériels (2.) (v., illustrant l'état actuel de la jurisprudence : TC 15 nov. 2004, *SA Loxxia bail Slibail c/ Lycée régional Hélène Boucher*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Le critère organique du contrat administratif

396 Pour qu'un contrat soit, organiquement, administratif, il faut qu'au moins une personne publique soit présente ou représentée dans ce contrat. Cette présence, directe ou indirecte, est absolument nécessaire. En effet, à défaut de cette présence, il est inutile de poursuivre l'analyse juridique pour qualifier le contrat : celui-ci ne peut pas être un contrat administratif.

● Le contrat conclu exclusivement entre des personnes publiques

397 Un tel contrat est *ipso facto* un contrat administratif (Cass. civ. 1re, 30 sept. 2003, *SMPDC*) car il bénéficie d'une présomption d'administrativité. Le critère organique suffit sans qu'il y ait lieu de pousser plus loin l'analyse juridique. Toutefois, deux exceptions principales existent. Tout d'abord, dans de rares cas, un tel contrat ne sera pas qualifié d'administratif s'il ne fait naître entre ces personnes publiques, à raison de son objet, que des rapports de droit privé (13 févr. 1942, *Cne de Sarlat*; TC 21 mars 1983, *UAP*; 11 mai 1990, *BAS de Blénod-les-Pont-à-Mousson*; TC 7 oct. 1991, *CROUS de Nancy-Metz*; Marseille 9 juil. 2007, *Cne d'Alet-les-Bains*). Ensuite, le contrat conclu entre deux personnes publiques dont l'une est étrangère, échappe à la compétence du juge administratif lorsque la loi qui lui est applicable est la loi étrangère (30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, préc.).

● Le contrat conclu entre personne(s) publique(s) et personne(s) privée(s)

398 Un tel contrat est normalement un contrat de droit privé car il ne satisfait qu'en partie au critère organique (présence d'une seule personne publique). Toutefois, il peut être qualifié de contrat administratif s'il satisfait, en outre, à l'un des deux critères matériels suivants qui seront exposés plus loin (§ 400 et s.) : il concerne le service public ou il a un certain contenu exorbitant.

● Le contrat conclu exclusivement entre des personnes privées

399 Un tel contrat est normalement toujours un contrat de droit privé (28 nov. 1952, *Sté auxiliaire de distribution d'eau*; 7 mars 2005, *Sté Seco-Rail*). Cette conséquence n'est nullement modifiée par le fait que ce contrat a un contenu exactement semblable à celui d'un contrat administratif (TC 10 janv. 1983, *Centre d'action pharmaceutique et autres c/ Union des pharmaciens de la région parisienne et autres*; 7 déc. 1984, *Centre d'études marines avancées et Cousteau*) ou qu'il fait l'objet d'une approbation par une personne publique (4 mai 1984, *Maternité régionale A. Pinard*), ou qu'il concerne une mission de service public (TC 4 mai 1987, *Du Puy de Clinchamps*; TC 4 mai 1987, *Égloff*) ou qu'il comporte la réalisation de travaux publics (Lyon, 25 janv. 1996, *Sté Bouygues*). Il en va de même des contrats conclus entre des personnes privées à leur seule initiative alors même qu'ils reproduisent les termes d'une convention-type rédigée sous l'égide d'un établissement public administratif et qu'ils doivent être approuvés par ce dernier, car ils ne sont pas conclus pour le compte d'un organisme de droit public (TC 9 juil. 2012, *Centre médical chirurgical obstétrical*, *CMCO*, 3863).

Toutefois, et par exception, un tel contrat peut être qualifié administratif à deux conditions qui doivent être remplies cumulativement. D'une part, il faut que l'une des personnes privées contractantes se trouve dans une des hypothèses où il peut être dérogé au critère organique. D'autre part, il faut que le contrat satisfasse à l'un des deux critères matériels décrits ci-après (§ 400 et s.).

La première condition est réalisée dans chacun des quatre cas suivants : 1°) le contrat porte sur un objet appartenant par nature aux personnes publiques (TC 8 juil. 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, p. 603; TC 12 nov. 1984, *Sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*; 3 mars 1989, *Sté des*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

autoroutes de la région Rhône-Alpes; TC 30 juin 2008, *X. c/ Assoc. socio-culturelle de l'École nationale des greffes*; 23 déc. 2011, *Sté Autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, 340348); 2°) l'une des personnes privées est en réalité mandataire d'une personne publique (30 janv. 1931, *Sté La Brossette et fils*; TC 23 sept. 2002, *Stés SOTRAME et METALFORM c/ GIE SESAM-Vitale*); 3°) l'une des personnes privées, sans être véritablement mandataire, apparaît dans le contrat comme « agissant au nom et pour le compte » d'une personne publique (30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*; TC 7 juil. 1975, *Cne d'Agde*); 4°) l'une des personnes privées est « transparente » car elle a été créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et lui procure l'essentiel de ses ressources, (21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt*).

Toutefois, dans chacun de ces cas, il en va autrement lorsque le cocontractant agit en réalité uniquement pour son propre compte (7 mars 2005, *Sté Seco-Rail*, préc.).

La seconde condition est exposée ci-après (§ 400 et s.).

Ainsi donc, lorsqu'un contrat conclu uniquement entre des personnes privées satisfait néanmoins, *à la fois*, à l'un des quatre cas dérogatoires au critère organique qui viennent d'être indiqués et à l'un des deux critères matériels ci-après, il sera un contrat administratif.

2. Les critères matériels du contrat administratif

400 Les contrats conclus soit entre personne(s) publique(s) et personne(s) privée(s), soit exclusivement entre des personnes privées peuvent, par exception, être qualifiés de contrats administratifs si, outre la satisfaction du critère organique (premier cas) ou la satisfaction d'une des dérogations au critère organique (second cas), ils concernent le service public (§ 401) ou ont un contenu exorbitant (§ 402). Ces deux critères sont les seuls permettant, aux conditions susindiquées, de qualifier certains contrats comme contrats administratifs, l'absence de satisfaction de ces deux critères constitue un obstacle insurmontable à une telle qualification (TC 6 juil. 2009, *Sté coop. agric. Agrial c/ ONIGC*).

Il convient de préciser qu'il n'y a pas de hiérarchie entre ces deux critères matériels, aucun des d'eux ne prévalant sur l'autre (TC 7 juil. 1980, *Sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne*).

● Le critère tiré de la liaison du contrat avec le service public

401 Ce critère est alternatif.

1°) Cette liaison du contrat avec le service public peut d'abord se manifester par le fait que *le contrat fait participer le cocontractant privé à l'exécution même du service public* (Sect. 20 avr. 1956, *Ép. Bertin*, p. 167 : hébergement et fourniture d'aliments à des réfugiés russes; Sect. 20 avr. 1956, *min. de l'Agriculture c/ Cts Grimouard*, p. 168; TC 25 nov. 1963, *Veuve Mazerand*, p. 792; TC 18 mars 1991, *S. Kermann*; Nantes, 31 mai 2001, *Brunet* : contrat confiant à une personne privée des actions de communication d'un département), ce qui va au-delà d'une simple participation ou d'une collaboration et implique une association étroite à l'accomplissement d'un objet ou d'une mission qui constitue l'essence même du service public. Ainsi, un automate de dispensation de médicaments participe directement à l'exécution du service public hospitalier (TC 23 févr. 2004, *Sté Leasecom c/ CHG du pays d'Aix-en-Provence*) mais la gestion d'un réseau de télévision dans un hôpital n'associe pas son prestataire à l'exécution du service public hospitalier (TC 21 mai 2007, *SA CODIAM*).

2°) Cette liaison du contrat avec le service public peut ensuite se traduire par le fait que *le contrat a pour objet même l'exécution du service public* (14 nov. 1958, *Union meunière de la Gironde*; TC 24 juin 1968, *Sté « Distilleries bretonnes » et Sté d'approvisionnements alimentaires*; 26 juin 1974, *Sté « La Maison des isolants France »*; TC 29 déc. 2004, Dorel) car le contrat est l'une des modalités de l'exécution du service public.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

La différence entre ces deux cas réside en ce que, dans la première hypothèse, le contrat constitue à lui seul la modalité directe, exclusive et intégrale d'exécution du service public. Le service public est assuré du seul fait de l'exécution du contrat. Dans la seconde hypothèse, il existe un service public dont une partie seulement de l'exécution se fait au moyen du contrat. Celui-ci ne porte que sur une fraction de la réalisation du service public mais c'est là tout son objet.

Dans le cas spécial des agents contractuels d'un service public administratif, le Tribunal des conflits, dans le souci – très justifié – de simplifier une jurisprudence devenue déroutante à force de subtilité, décide que quel que soit l'emploi occupé, le contrat est administratif (26 mars 1996, *Berkani*) sauf disposition législative expresse contraire.

● Le critère tiré du contenu du contrat

402 En ce cas, le contrat contient une (ou plusieurs) clause(s) exorbitante(s) du droit commun, qui soit est(sont) insusceptible(s) de se rencontrer dans un contrat privé ou est(sont) très inégalitaire(s), soit accorde(nt) un fort pouvoir de contrôle à l'Administration, soit est(sont) inhabituelle(s) dans ce genre de relations (31 juil. 1912, *Sté des granits porphyroïdes des Vosges*, p. 909, concl. L. Blum). La notion de clause exorbitante est difficile à cerner ou à définir (Marseille 19 nov. 2007, *Sté « Hirondelles vauclusiennes de construction »*; TC 20 févr. 2008, *Verrière*). Le Conseil d'État a pu parler, pour la décrire, de stipulations *« ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »* (15 févr. 1936, *Sté française de constructions mécaniques*; 25 mars 1949, *Sté J. Huret*; TC 22 juin 1998, *Agent judiciaire du Trésor c/ Migliérina*). Si une clause de résiliation pour inexécution du contrat ne constitue pas une clause exorbitante (Douai 5 mai 2004, *Sté Normat*), en revanche une telle clause est exorbitante lorsqu'elle est applicable en dehors de tout manquement du cocontractant à ses obligations (Cass. 1re civ. 28 mars 2006, *SNCF*). Ainsi, sont exorbitantes les clauses qui font obligation d'assurer la continuité du service, de recruter de préférence le personnel parmi les habitants d'une commune déterminée, d'assurer gratuitement l'hébergement des skieurs en difficulté, de soumettre les tarifs et les comptes du cocontractant au contrôle de la commune, de rendre possible la résiliation pure et simple du contrat (Lyon 6 mai 2004, *Furelaud*; TC 20 juin 2005, *SNC Sté hôtelière guyanaise*).

Toutefois, il existe deux exceptions. Tout d'abord, on a vu plus haut (§ 251), que les contrats conclus par un service public à caractère industriel ou commercial (SPIC) avec ses usagers sont toujours des contrats de droit privé même s'ils contiennent une clause exorbitante (13 oct. 1961, *Établ. Campanon-Rey*; TC 17 déc. 1962, *Bertrand*; TC 21 juin 2004, *Synd. des copropriétaires de l'ensemble immobilier « Grand Boucle »*). Ensuite, lorsqu'un contrat administratif contient des clauses exorbitantes non pas du droit commun mais du droit administratif lui-même, il est illégal (6 mai 1985, *Assoc. Eurolat-Crédit foncier de France*). Enfin, la solution a été plus discutée s'agissant des contrats relatifs à la gestion du domaine privé et comportant une telle clause exorbitante : la jurisprudence, après beaucoup d'hésitations, les considère désormais comme administratifs (17 déc. 1954, *Grosy*; TC 17 nov. 1975, *Leclert*; TC 15 janv. 1990, *Macia*; 19 nov. 2010, *ONF*).

Ce critère dit de la clause exorbitante a paru, un certain temps, comporter une alternative (le « climat de droit public » ou le « régime exorbitant » *cf.* par exemple Sect. 19 janv. 1973, *Sté d'exploitation électrique de la Rivière du Sant*) ; celle-ci semble abandonnée désormais au moins implicitement (TC 5 juil. 1999, *Cne de Sauve c/ Gestetner*, et *UGAP*, 2 arrêts).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

B. Les différents contrats administratifs

403 Les types de contrats que peut passer l'Administration sont nombreux. On ne peut guère que les énumérer. Ceux qui confient à une personne, publique ou privée, tout ou partie de l'exploitation ou de la gestion d'un service public et dans lesquels la rémunération du délégataire est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service (15 avr. 1996, *préfet des Bouches-du-Rhône*, et loi du 11 décembre 2001) entrent dans la catégorie des « délégations de service public » (loi du du 6 février 1992) quelle que soit leur dénomination (1.). Les autres contrats se définissent négativement comme ceux n'entrant pas dans cette catégorie (2.), il faut mettre à part le cas, quelque peu complexe, des contrats de partenariat public-privé (3.).

1. Les contrats comportant délégation de la gestion d'un service public

404 *« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confère la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* (ici, 30% sont jugés suffisants) *»* (7 nov. 2008, *Dpt de la Vendée*, *AJDA* 2009, p. 2454, note L. Richer). Les contrats comportant délégation de la gestion d'un service public constituent une catégorie juridique qui comprend les cinq éléments suivants.

– La phase de négociation joue un rôle capital dans la formation du contrat de délégation de service public, à la différence de ce qui se passe pour les autres contrats administratifs ; c'est pourquoi elle est dominée par le principe général du droit de libre négociation (9 août 2006, *Cie gén. Eaux*).

– La délégation ne peut résulter que d'un contrat ; il ne saurait y avoir de dévolution unilatérale comportant une telle délégation (en ce sens l'avis du Conseil d'État n° 356931 du 9 mars 1995).

– La délégation comporte dévolution de l'ensemble ou d'une partie seulement de la *gestion* d'un service public (19 janv. 2011, *CCI de Pointe-à-Pitre*, 341669). Ce service peut être, indifféremment, un service public administratif ou à caractère industriel ou commercial. En revanche, une activité qui ne constitue pas un service public ne peut donner lieu à délégation (12 mars 1999, *ville de Paris c/ Sté Stella Maillot-Orée du Bois*).

– La délégation doit confier au délégataire la gestion même du service public ; ce dernier ne peut donc pas se borner à fournir au service des moyens, il doit être un véritable « entrepreneur du service public » (selon l'heureuse expression de J.-M. Auby, note sous 26 juin 1974, *Sté « La Maison des isolants France »*, *RDP* 1974 p. 1490).

– Enfin, la rémunération du délégataire doit comporter une part incompressible d'aléas économique et financier (7 nov. 2008, *Dépt de la Vendée*, préc.), le délégataire devant, en effet, courir un certain risque du fait que sa rémunération repose en partie soit sur les résultats financiers tirés de l'exploitation du service délégué, soit sur les redevances perçues sur les usagers du service, soit sur une combinaison des deux. Il en résulte que l'avenant qui modifie substantiellement le risque d'exploitation du délégataire affecte un élément essentiel de la délégation de service public (Paris 17 avr. 2007, *Sté Kéolis*). Toutefois, ce critère se concilie mal avec l'évolution jurisprudentielle récente de la CJUE (CJCE 18 juin 2007, *Commission c/ Italie*).

● La concession (voir aussi §§ 235-239)

405 La concession est un contrat par lequel une personne publique, le *concédant*, confie à une personne, normalement privée, le *concessionnaire*, la gestion d'un service public ou la réalisation d'un travail public, ou les deux à la fois, à charge pour ce dernier de se rémunérer sur les usagers en leur faisant acquitter une redevance pour le service fourni (TC 4 févr. 1974, *Ép. Di*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Vita c/ Mayet; avis du Conseil d'État du 14 oct. 1980). Il peut exister une concession de travaux publics sans service public (22 juin 1928, *Ép. de Sigalas* : concessions de chutes d'eau ; 13 nov. 1935, *Cie des eaux minérales de Royat* : bail d'eaux thermales avec stipulation de travaux de reconstruction et d'amélioration) ou une concession de service public sans travail public. Le cas le plus fréquent est celui de la concession de travaux publics et de service public : construction d'un ouvrage et exploitation du service public adossé à celui-ci (pont à péage, tunnel routier, autoroute).

La conclusion du contrat de concession, longtemps dominée par le principe de l'*intuitus personae*, c'est-à-dire la prise en considération de la personne avec laquelle on se propose de contracter, doit satisfaire aujourd'hui à une mise en concurrence effective car le contrat de concession est soumis au droit de la concurrence (Sect. 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, p. 406, concl. J.-H. Stahl). Les stipulations de l'acte de concession sont constituées, d'une part, par un cahier des charges (souvent rédigé suivant des cahiers types applicables en fonction de l'objet du contrat de concession), d'autre part, par le contrat de concession (partie proprement contractuelle de ce document). Cet acte comprend ainsi pour partie des dispositions réglementaires (clauses du contrat relatives aux conditions de la gestion du service public concédé) et pour partie des dispositions véritablement contractuelles (fixation des tarifs, des conditions financières – recettes, subventions, aides diverses –, conditions de l'équilibre financier et octroi des privilèges).

Les relations concédant-concessionnaire, tout en ressemblant, à celles rencontrées ordinairement dans tout contrat, en différent sensiblement sur certains points. Le concédant dispose de pouvoirs envers son cocontractant : contrôle de la correcte exécution du contrat, pouvoir de sanction. Il a aussi des obligations : garantie d'exécution paisible du contrat, respect des conditions de rémunération et des conditions de l'équilibre financier, etc. Le concessionnaire dispose de droits : droit à ce que lui soient accordés certains moyens d'action (possibilité d'exproprier, prérogatives de puissance publique, droit d'occupation temporaire, occupation du domaine public), droit à rémunération (redevance assise sur les usagers du service), droit à l'évolution des tarifs, droit à l'équilibre financier du contrat. Il peut se voir reconnaître, également, certains privilèges : monopole législatif d'exploitation, privilège d'exploitation ou, quand cela est juridiquement possible, protection contre la concurrence. Le concessionnaire a aussi des obligations : exécution correcte et loyale du contrat, accomplissement des obligations supplémentaires imposées par le concédant, soumission aux contrôles et aux ordres de service du concédant, prohibition de la sous-traitance sans l'accord du concédant.

La fin de la concession peut survenir de différentes façons : arrivée du terme prévu (expiration de la durée pour laquelle elle avait été conclue), survenance d'un cas de force majeure, rachat de la concession, ce dernier droit existe de plein droit au profit du concédant, enfin, déchéance du concessionnaire, qui est une sanction.

La concession est, par excellence, *le type même du contrat de délégation de la gestion d'un service public*.

● La régie intéressée

406 La régie intéressée est un contrat par lequel une personne publique confie à un cocontractant privé, personne physique ou personne morale, le régisseur, le soin d'exploiter un service public que cette personne publique a elle-même créé et organisé (19 janv. 1912, *Marc et Bérenger*; concl. Grévisse sur 19 oct. 1955, *Bergeon*). Le régisseur est rémunéré en fonction des résultats de l'exploitation du service, résultats qui ne sont pas des bénéfices financiers mais des prestations matérielles non directement financières (10 mars 1950, *Dépt de la Seine c/ Sté de transports en commun de la région parisienne*; 21 oct. 1985, *Sté des transports automobiles Michel Delattre*). Il s'agit, en réalité, pour l'Administration, de s'assurer le concours actif du régisseur en lui attribuant des primes. L'Administration se fait assister par le régisseur et, en ce sens, la régie

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

intéressée ressemble à la concession, mais elle ne lui est pas assimilable en raison du mode de rémunération du régisseur. En dehors de ce critère, la régie intéressée peut se comparer à la concession. C'est pour cela qu'elle est peu utilisée : elle cumule les inconvénients de la régie (risques assumés directement par l'Administration) et ceux de la concession.
Il s'agit normalement d'un *contrat de délégation de la gestion d'un service public* du moins lorsque la régie est vraiment « intéressée » (30 juin 1999, *SMITOM*, *AJDA* 1999 p. 714, concl. C. Bergeal).

● L'affermage

407 L'affermage est un contrat par lequel une personne publique charge sous son contrôle un cocontractant (le fermier) d'exploiter un service public déjà existant (comme dans la régie intéressée), moyennant la perception de redevances sur les usagers (ce qui est une différence avec la régie intéressée). Une double différence sépare l'affermage de la concession de service public : d'une part, le fermier reçoit de l'Administration des ouvrages et installations qu'il n'a pas lui-même créés, et d'autre part, il verse à celle-ci, de ce fait, une redevance pour leur utilisation (29 avr. 1987, *Cne d'Élancourt*). Toutefois, ces différences permettent de distinguer l'affermage de la concession mais non de définir l'affermage lui-même. Il demeure une différence importante entre les régimes juridiques des deux types de contrats : le juge se reconnaît le pouvoir d'annuler la résiliation illégale d'une concession non celle d'un affermage, cette dernière se résolvant par l'octroi de dommages-intérêts. Ceci explique le régime de responsabilité normalement applicable aux dommages résultant d'un affermage : imputabilité au délégataire (fermier) des dommages liés au fonctionnement de l'ouvrage, imputabilité à la personne publique propriétaire, des dommages liés à l'existence de l'ouvrage, sa nature ou son dimensionnement (26 nov. 2007, *Migliore*). L'affermage peut ne porter que sur une partie d'un service public à condition que n'en résultent pas pour les usagers des différences de traitement autres que celles découlant soit d'une nécessité d'intérêt général soit de l'existence entre eux de différences objectives de situations (8 avr. 1998, *Assoc. pour la promotion et le rayonnement des Orres c/ Cie gén. des eaux*). Si, par la suite, le fermier réalise des investissements ou des ouvrages, sa qualité de fermier demeure sous la condition que sa participation financière dans ces investissements ou ouvrages reste minoritaire par rapport aux engagements financiers de la collectivité publique cocontractante (3 nov. 1995, *Sté Lyonnaise des eaux-Dumez*).
L'affermage des droits de places sur les halles et les marchés ainsi que l'affermage des taxes municipales ne relèvent pas, en dépit de leur dénomination, du régime de l'affermage proprement dit. Il s'agit, pour un particulier lié à une personne publique par contrats, de percevoir ces taxes pour le compte de celle-ci et de les lui remettre. De tels contrats sont de droit privé, leur contentieux relève du juge judiciaire en vertu des textes (décret du 17 mai 1809).

2. Les contrats ne comportant pas délégation de la gestion d'un service public

Définie de façon purement négative, cette catégorie n'est pas homogène et l'on doit se résoudre à énumérer.

● Le marché public

408 Le marché public est un contrat d'achat dans lequel la rémunération est versée par l'Administration à son cocontractant (dénommé entrepreneur) sous forme d'un prix et non d'une redevance assise sur les usagers (5 juin 2009, *Sté Avenance – Enseignement et Santé*, 298641 ; cette définition fait des contrats de mobilier urbain des marchés publics [4 nov. 2005, *Sté J.-C. Decaux*]). C'est là une différence essentielle avec la concession aux yeux de la jurisprudence : dans le marché l'entrepreneur ne court pas d'aléa et n'a de relations qu'avec la collectivité publique qui a

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

attribué le marché. En principe, il n'a aucune relation avec les usagers. L'emploi de ce critère financier pour différencier concession (et de façon plus générale, délégation de service public) et marché a été critiqué par une partie de la doctrine qui le trouve dépourvu de pertinence, n'étant pas adéquat à l'objet respectif de chacune de ces deux catégories de situations contractuelles. Si cette objection est intellectuellement fondée – dans une vision idéale des choses –, il n'en reste pas moins que la solution jurisprudentielle a pour elle le mérite d'une certaine simplicité.

Le *marché de travaux publics*, le plus important des marchés publics, a pour objet l'exécution, par le cocontractant, d'une opération de travaux publics (construction, démolition, réparation, aménagement, entretien… d'un ouvrage public) moyennant un prix.

Le marché de prestations intellectuelles comporte des travaux de conception, d'étude, d'élaboration de devis, d'analyses… *Le marché de fournitures courantes et de services* comporte obligation, pour l'entrepreneur, de livrer des produits, denrées, objets ou d'assurer des prestations en nature (nettoyage, entretien). *Le marché industriel* concerne des prestations d'une certaine ampleur et d'une grande sophistication, de nature scientifique, mécanique, qui peuvent consister en fabrication, réparation, transformation. La convention conclue en exécution d'un acte unilatéral dont elle n'est pas détachable, ne peut pas être un marché public (13 juil. 2007, *Cne de Rosny-sous-Bois*), tout comme celle conclue par une autorité publique française à l'étranger, sauf volonté expresse contraire de cette autorité (4 juil. 2008, *Sté Colas Djibouti*).

● L'offre de concours

409 L'offre de concours (10 oct. 2007, *Cne de Biot*), qui s'apparente quelque peu au marché de travaux publics, est un contrat par lequel une personne (publique ou privée) s'engage, parce qu'elle y a un intérêt au moins pratique, à participer (en nature ou en espèces) aux frais nécessités par un travail public qu'elle souhaite voir réaliser. L'Administration « bénéficiaire » de l'offre n'est normalement jamais obligée de l'accepter.

● La concession de créments futurs

410 Il s'agit d'un contrat par lequel un particulier s'engage à exécuter à ses frais des travaux destinés à conquérir des terrains sur la mer ou sur un étang, et reçoit, en contrepartie, la jouissance des terrains asséchés ou exondés (17 juin 1932, *Van Cabeke*), tel est le cas des concessions d'endigage.

● Le marché d'entreprise de travaux publics (METP)

411 Par ce contrat, une personne publique confie à un entrepreneur, contre paiement d'un prix à celui-ci, soit à la fois la construction d'un ouvrage nécessaire à un service public (ce qui est assez comparable à un marché public) et l'exploitation de cet ouvrage (ce qui ressemble à la concession), soit seulement l'exploitation de celui-ci. Ce type de contrat, très controversé en raison de certaines dérives dans son utilisation, avait été abrogé par le Code des marchés du 7 mars 2001 ; il a été partiellement rétabli par celui publié le 7 janvier 2004. Désormais, il est possible de conclure un METP sous la forme d'un marché global comportant une ventilation très précise entre, d'une part, le prix correspondant à la construction (ou reconstruction ou restauration, etc.) de l'ouvrage, d'autre part, le prix de la maintenance de cet ouvrage et/ou de son exploitation. Demeure donc la prohibition du paiement différé, prohibition dont le contournement avait fait, en son temps, le principal attrait de ce qu'il est convenu d'appeler les « faux METP ». En effet, la partie « exploitation » ou « maintenance » de l'ouvrage n'était qu'une période déguisée pour permettre l'amortissement de l'avance de fonds faite par l'entrepreneur lors de la réalisation des travaux. L'Administration se retrouvait dans la

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

situation d'un emprunteur obligé de rembourser un prêt ; or ce prêt – dans ces conditions – était beaucoup plus coûteux pour la puissance publique que si elle avait directement souscrit un emprunt auprès d'une banque ou d'un établissement de crédit. C'est ce qui explique l'interdiction du paiement différé posée par le Code des marchés publics.

3. Le cas particulier des contrats de partenariat

412 L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 crée une nouvelle catégorie de contrats administratifs, les *contrats de partenariat*, vite devenus les *contrats PPP* (pour « partenariat public-privé ») ; elle a été complétée par la loi du 28 juillet 2008.

Le recours à un tel contrat pour réaliser une commande publique, par préférence à une autre modalité contractuelle, ne peut avoir lieu que dans l'un des trois cas suivants : existence d'une urgence (23 juil. 2010, *Lenoir et autre*, 326544), complexité particulière de l'opération (TA Orléans 29 avr. 2008, *Lenoir et autres*) ou « bilan plus favorable » résultant du recours à un contrat de partenariat. L'institution d'une « présomption d'urgence » par la loi, pour faciliter le recours à un tel contrat, est inconstitutionnelle (CC n° 2008-567 DC, 24 juil. 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*).

Selon l'article 1er de ce texte, il s'agit de contrats par lesquels les personnes publiques territoriales (État, régions, départements, communes) et leurs établissements publics administratifs confient à un tiers une mission globale comportant les trois éléments suivants :

– financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;

– construction ou transformation d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;

– entretien, maintenance, exploitation, gestion de ces ouvrages ou équipements nécessaires au service public.

En outre, le cas échéant, ces contrats peuvent prévoir la fourniture de toutes autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

La durée de ces contrats est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou en fonction des modalités de financement retenues.

Eu égard à ce qu'est la conception particulièrement large de la notion de marché en droit communautaire, au demeurant expressément visé par l'ordonnance du 17 juin 2004 (qui se réfère à la directive communautaire n° 2004/18/CE), ces contrats sont des marchés (en ce sens : Sect. 29 oct. 2004, *Sueur et autres*) comme les autres excepté le fait qu'ils peuvent déroger – en toute légalité – à l'interdiction du paiement différé.

3 Le régime juridique des contrats administratifs

413 Le régime juridique des contrats administratifs diffère en théorie profondément de celui des contrats civils et c'est pourquoi la détermination de la nature, administrative ou privée, des contrats est si importante.

L'idée dominante est que le contrat administratif n'est pas conclu, contrairement aux contrats de droit privé, dans l'intérêt des parties mais dans l'intérêt général. C'est ce qui explique l'inexistence, en droit administratif, de l'*exceptio non adimpleti contractu*, dite aussi

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

exception d'inexécution : le fait qu'une personne publique n'a pas exécuté ses obligations contractuelles ne dispense pas son cocontractant, privé ou public, d'exécuter ses propres obligations (7 janv. 1976, *ville d'Amiens*). Ceci résulte de l'intérêt général attaché à un contrat administratif, cet intérêt exerçant un empire souverain sur le régime juridique de ce contrat. Pour le même motif, la tacite reconduction n'existe pas pour les contrats administratifs : à l'expiration du contrat il faut en conclure un nouveau (29 nov. 2000, *Cne de Païta*).

Il ne faut cependant pas exagérer la portée de tout ce qui vient d'être dit. La doctrine française a eu trop longtemps tendance à « absolutiser » le régime du contrat administratif (*cf.* les écrits de G. Péquignot). En réalité, il convient d'observer que la plupart des contrats de l'Administration sont exécutés tels qu'ils ont été conclus, qu'il y a presque toujours accord des parties pour modifier, compléter ou résoudre le lien contractuel, que la très grande majorité des contrats administratifs ne connaît, dans son application, ni recours aux théories de l'imprévision (§ 442-445) ou du fait du prince (§ 441), ni usage par l'Administration de son droit de modification unilatérale ou de son droit de résiliation unilatérale. Pareillement, un contrat administratif peut être conclu, comme un contrat de droit privé, sous condition suspensive ou résolutoire dans les termes et avec les effets prévus aux art. 1181-1182 et 1183-1184 du c. civ., sous réserve de ce qui vient d'être dit sur l'exception d'inexécution (pour un contrat de vente : 28 nov. 2011, *Éric X.*, 327512). C'est dire que, le plus souvent, le contrat administratif est exécuté comme s'il était, à l'instar du contrat civil, « la loi des parties ».

Enfin, il existe encore un rapprochement théorique très net entre le droit civil des contrats et le droit administratif des contrats. Alors que, traditionnellement, on s'accordait à reconnaître qu'en droit civil il y a de moins en moins place pour une théorie générale du contrat au profit d'une multiplication des contrats spéciaux, on admettait au contraire que la situation était inverse en droit administratif. Ceci a complètement changé : à côté de contrats spéciaux et de montages contractuels toujours plus nombreux et aux régimes juridiques très différenciés, s'est formée une véritable théorie générale des contrats publics, aussi complète que possible.

Il reste vrai cependant que le contrat administratif est conclu exclusivement dans l'intérêt général et que ce fait, à lui seul, suffit à conférer audit contrat une « marque », une « qualité » qui n'appartiennent qu'au contrat administratif.

On étudie maintenant les conditions de formation des contrats administratifs (A.) ainsi que les règles qui les régissent (B.), l'ensemble étant susceptible d'être sanctionné par la nullité du contrat (C.).

A. La formation des contrats administratifs

La formation de ces contrats obéit à des règles rigoureuses tant pour ce qui regarde la qualité de contractant (1.) que pour ce qui concerne la forme de ces contrats (2.).

1. Les règles relatives à la qualité de contractant

Ces règles concernent la détermination, d'une part, des autorités administratives habiles à contracter, d'autre part, des personnes qui peuvent être les cocontractants de l'Administration.

● L'autorité administrative contractante

414 Si on laisse de côté la question de la détermination des personnes compétentes pour engager financièrement les collectivités publiques (voir sur ce point les manuels de finances publiques), la distinction essentielle est entre *l'autorisation de contracter*, qui est généralement

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

accordée par l'organe délibérant de la collectivité publique, et *la décision de contracter*, qui est prise par l'exécutif de la collectivité. Seule cette dernière décision permet l'établissement du lien contractuel et c'est pourquoi elle est strictement encadrée (10 janv. 2007, *Sté Pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*). L'absence de mise en œuvre d'une telle décision empêche toute naissance du lien contractuel ; cette carence est de nature à engager, en cas de dommage, la responsabilité fautive extracontractuelle de la collectivité publique. L'organe délibérant peut, parfois, prendre lui-même la décision de contracter : en ce cas l'autorité exécutive a compétence liée pour contracter. Dans tous les cas, l'organe délibérant doit bénéficier d'une information complète sur l'ensemble des éléments du projet de contrat (pour un marché : 13 oct. 2004, *Cne de Montélimar* ; pour une délégation de service public : 10 janv. 2007, *Sté Pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon* ; Bordeaux 6 mai 2008, *Cne de Biarritz et autre*).

La décision de contracter est souvent précédée d'une obligation de consultation (par ex., consultation de la Commission centrale des marchés jusqu'à sa suppression en 1998) ; elle est aussi, fréquemment, soumise à une *procédure d'approbation* par l'autorité compétente. Le non-respect de ces exigences entraîne normalement la nullité du contrat et engage la responsabilité extracontractuelle de la personne publique (Marseille 30 mars 2004, *SA Carlson Wagonlit Travel*), non sa responsabilité contractuelle puisqu'un contrat, parce qu'il est nul, n'existe pas (24 avr. 1964, *Sté des Huileries de Chauny*). Dans le cas des contrats des collectivités territoriales – du moins pour ceux d'entre eux qui doivent obligatoirement être transmis au préfet pour contrôle de leur légalité –, le défaut de transmission a longtemps frappé d'incompétence la signature du contrat, ce vice n'étant pas, alors, régularisable (Sect. Avis, 10 juin 1996, *préfet de la Côte d'Or* ; Paris 7 juil. 1999, *Secail*) et se prescrivait par trente ans (Versailles 13 juin 2006, *Cne de Sannois*). Toutefois, la jurisprudence récente exige, pour qu'il en soit ainsi, que l'invocation du vice dont serait atteint le contrat ait lieu sans déloyauté contractuelle (Ass. 28 déc. 2009, *Ville de Béziers* ; 19 janv. 2011, *Synd. mixte pour le traitement des résidus urbains*), à défaut ne pourra pas être exigée l'application de ce régime de nullité automatique.

● Le cocontractant de l'Administration

415 Le cocontractant doit avoir la capacité juridique lui permettant de contracter et, pour certains contrats, il doit être ressortissant de l'un des États membres de l'Union européenne. Le principe d'*intuitus personae*, en vertu duquel un contrat est passé avec une personne déterminée en raison des qualités qu'on lui reconnaît, favorise une très grande liberté de l'autorité publique dans le choix du cocontractant, que vient combattre l'exigence de « mise en concurrence ». Une jurisprudence traditionnelle soumettait les concessions au principe d'*intuitus personae* (4 févr. 1955, *Ville de Saverne*) et les marchés publics au principe de la mise en concurrence. Le droit communautaire, ignorant ces catégories juridiques, a bouleversé cette distinction pour les contrats excédant un certain seuil financier : en ce cas, une mise en concurrence communautaire, avec publicité au niveau communautaire, est obligatoire quelle que soit la nature du contrat au regard du droit interne. L'obligation pour l'administration de respecter et d'assurer la concurrence entre les opérateurs souhaitant contracter avec elle est très importante au stade de la conclusion du contrat comme à celui de son renouvellement (voir, par exemple, l'avis rendu le 21 déc. 2004 par la Commission européenne à la France à propos du renouvellement des concessions d'ouvrages utilisant l'énergie hydraulique). Ces textes et principes ont conduit à l'introduction de deux voies de recours particulières et très énergiques : *le référé précontractuel* et *le référé contractuel*. Le *référé précontractuel* permet à une personne se prétendant lésée par la violation des règles régissant la passation des contrats publics de solliciter du juge qu'il ordonne à la personne publique soit de se conformer à ces règles, soit de suspendre la conclusion ou l'exécution du contrat litigieux, soit d'annuler

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

toute décision d'exécution du contrat, soit même d'annuler certaines clauses du contrat. Pour cela, l'intéressé doit avoir formé – en vain – auprès de la personne publique concernée un recours préalable lui demandant de se conformer aux règles à respecter. C'est une voie de droit très rapide et d'une grande efficacité (Ass. 10 juin 1994, *Cne de Cabourg*, p. 300) donnant des pouvoirs très étendus au juge (15 déc. 2006, *Corsica Ferries*).

Le juge administratif peut être saisi d'un *référé contractuel* (art. L. 551-13 et s. CJA) une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 CJA. Seuls sont habilités à saisir le juge d'un tel référé ceux qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésés par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats.

Les pouvoirs du juge sont considérables. Il peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, prononcer, à certaines conditions, la nullité du contrat (notamment si le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature), il peut le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.

L'ensemble des mesures décrites ci-dessus peut être prononcé d'office par le juge après qu'il en a informé préalablement les parties et qu'il les a invitées à présenter leurs observations. Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière.

2. La diversité des procédures de choix du contractant

416 Ces procédures diffèrent selon qu'il s'agit d'une délégation de service public ou non. Dans le premier cas, à la liberté à peu près totale qui existait initialement, la loi du 29 janvier 1993 a substitué l'obligation d'assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures afin de satisfaire aux exigences de la concurrence et de l'emploi optimal des deniers publics.

Dans le second cas, où dominent les marchés publics, les trois principes ci-dessus s'appliquent pleinement (Sect. 30 janv. 2009, *ANPE*), en outre jouent de fortes exigences procédurales. Les marchés sont normalement passés sur *appel d'offres* lorsque leur montant global excède les seuils communautaires. Il existe, en outre, un seuil propre au droit français. Ce n'est qu'en dessous de ce dernier seuil que les marchés publics se concluent librement. Il existe deux sortes d'appels d'offres : *l'appel d'offres ouvert* (tout candidat peut remettre une offre) et *l'appel d'offres restreint* (seuls peuvent remettre des offres les candidats autorisés) : est choisie l'offre économiquement la plus avantageuse (principe de l'attribution du marché au « mieux-disant »), sans négociations, sur la base de critères objectifs.

Les marchés peuvent aussi, outre l'appel d'offres, être passés selon l'une des six catégories principales suivantes de procédures :

1°) *procédure négociée* (après publicité préalable et mise en concurrence, ou sans publicité préalable mais avec mise en concurrence, ou sans publicité préalable et sans mise en concurrence) ;

2°) *procédure de dialogue compétitif* (les moyens techniques pouvant répondre aux besoins ne peuvent encore être complètement définis) ;

3°) *procédure du concours* (ouverte ou fermée, elle permet de choisir, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, dans divers domaines) ;

4°) *procédure du système d'acquisition dynamique* (le marché, dont le montant estimé est inférieur à certains seuils, est passé selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées en fonction de l'objet du marché et de ses caractéristiques). Cette procédure de passation des marchés publics est entièrement électronique ; elle concerne les fournitures courantes. Par cette procédure, le pouvoir adjudicateur attribue pour quatre ans maximum, après mise en concurrence, un

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

ou plusieurs marchés à un opérateur préalablement sélectionné sur la base d'une offre indicative ;
5°) *procédure sans formalités préalables* (ni publicité, ni concurrence), quand il est inférieur à l'un des seuils fixés au II de l'art. 6 du code ;
6°) Il existe, enfin, des dispositions propres à certains marchés : marchés fractionnés, de définition, de maîtrise d'œuvre, d'opérateurs de réseaux.

417 Ce choix est dominé, surtout au XIX^e^ siècle, par la volonté d'assurer la satisfaction de l'intérêt général au moindre coût, et par le souci d'éviter que la puissance publique ne courre les risques de l'action commerciale ou industrielle. Ce schéma théorique a vite été dépassé. Le moindre coût s'est révélé être aussi la plus mauvaise qualité. Ensuite, la puissance publique s'est trouvée contrainte, dans l'intérêt général, de voler au secours financier de ses cocontractants souvent incapables d'assumer leurs obligations à des prix aussi bas. Enfin, la prétendue concurrence n'empêchait pas les ententes entre candidats pour fausser le jeu. C'est pourquoi les règles ont été progressivement assouplies, avec la suppression de l'adjudication, l'admission de la *cotraitance* et de la *sous-traitance* (sur cette notion : 26 sept. 2007, *Dpt du Gard et autre* : est sous-traitant celui qui réalise une part effective du marché et non celui qui se borne à approvisionner un des contractants) des contrats administratifs et la modernisation profonde des modes de conclusion comme des objectifs de ces contrats.

B. Les règles relatives au contrat lui-même

418 Fréquemment, aucune forme particulière n'est exigée du contrat administratif. Il peut même être verbal (20 avr. 1956, *Époux Bertin*, préc. ; 15 juil. 2004, *Rauzier*, à propos du contrat d'embauche d'un agent public ; dans le même sens : 9 déc. 2009, *Thomas X.*, 310739) ou résulter des relations de fait nouées entre deux parties (25 juil. 2008, *Institut europ. d'archéologie sous-marine*) du moins s'il n'est pas un marché public (sauf les marchés publics passés sans formalités préalables qui peuvent n'être pas écrits ; *cf.* par ex. loi MURCEF du 11 déc. 2001) ; il peut encore être un contrat tacite (23 déc. 2011, *FDSEA de Corrèze*, 346756). Dans la très grande majorité des cas le contrat administratif est écrit.

1. Le contenu du contrat

419 Le contrat comprend deux séries d'éléments. D'une part, les parties peuvent inclure dans le contrat celles des clauses qu'elles jugent utiles ou nécessaires à la bonne fin de l'opération, telles des clauses pénales pour retard d'exécution ou de livraison. Cette liberté est encadrée par l'existence de clauses obligatoires et de clauses prohibées et par le pouvoir très large reconnu au juge dans l'interprétation comme dans la modulation de certaines clauses (Paris 23 juin 2006, *SARL Serbois*). D'autre part, nombre d'aspects sont fixés dans des cahiers des charges-type que la personne responsable du contrat peut décider, ou non, d'inclure dans le contrat.
Les documents généraux des cahiers des charges sont au nombre de deux :
1°) les *cahiers des clauses administratives générales* (CCAG) fixent les dispositions administratives applicables à chaque catégorie de marchés (fournitures courantes, prestations intellectuelles, travaux industriels). Ils ne s'appliquent qu'aux marchés qui s'y réfèrent ;
2°) les *cahiers des clauses techniques générales* (CCTG) fixent les dispositions applicables à toutes les prestations d'une même nature. Ils sont établis par ministère, et, pour chacun de ces cahiers, ils sont soumis à la commission consultative des marchés du ministère. Il est possible de déroger à certaines clauses d'un CCTG.
Les documents particuliers, parallèles aux précédents, sont également de deux sortes :

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1°) les *cahiers des clauses administratives particulières* (CCAP) sont destinés à déterminer les prescriptions administratives propres à chaque marché ;
2°) les *cahiers des clauses techniques particulières* (CCTP) fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché (devis, ouvrages à exécuter ou marchandises à livrer, spécifications techniques, matériaux à utiliser, etc.).
Ceci explique l'existence, fréquente, au sein du contrat administratif de stipulations contractuelles de nature réglementaire, donc traitées comme des actes unilatéraux (ex. des clauses contenues dans le contrat de régulation économique conclu entre l'État et *Aéroports de Paris*, relatives aux tarifs des redevances : 19 mars 2010, *Syndic. Cies aériennes autonomes*, 305047).
Toutefois le contrat ne peut jamais contenir de clauses ayant pour effet de restreindre ou de fausser les conditions de la concurrence (15 déc. 2006, *Corsica Ferries*).

2. Les conditions de validité du contrat

420 Ces conditions sont diverses et souvent semblables à celles rencontrées en droit civil, on se bornera à rappeler les principales d'entre elles.
Le *consentement* doit exister réellement et il doit être valide. Il n'y a point contrat s'il n'y a pas consentement (11 févr. 1972, *OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*) ou si celui-ci est vicié (par erreur sur la personne du cocontractant ou sur l'objet du contrat ; par dol : 23 juin 1978, *Cts Michel* ; Paris 22 avr. 2004, *Sté Bouygues et autres*, *SNCF* et *Sté SOGEA*, 2 espèces, y compris par dol incident [14 déc. 1923, *Sté des Grands moulins de Corbeil* ; Paris 27 févr. 2007, *SNCF* ; v. aussi : 19 déc. 2007, *Sté Campenon-Bernard et autres*] ; par fraude [3 avr. 1991, *Sté SMAC Aciéroïd*] ; par violence [15 janv. 1931, *Boyreau* ; 9 nov. 1936, *Dame X.*, p. 971]). Lorsque le vice du consentement a été déterminant dans la fixation du contenu du contrat ou dans sa conclusion, le contrat est nul. En revanche, comme en droit civil, seules sont retenues les causes ayant pu affecter un élément essentiel du contrat : la simple erreur sur le prix qui ne constitue pas l'objet même du contrat n'entraîne pas la nullité de celui-ci (1er févr. 1980, *OPHLM de la ville de Brest*).
Le consentement ne peut être valide que si les clauses du contrat ne sont pas trop imprécises au regard des exigences légales (Lyon 28 juin 2007, *Cne d'Annecy*).
Le *contrat doit avoir été conclu et signé par un agent compétent* pour engager la collectivité. À défaut, le contrat est nul, et cette nullité est susceptible d'entraîner la responsabilité extracontractuelle de la collectivité sur le fondement de la faute de service (21 oct. 1949, *min. du Travail* ; 26 mars 1999, *Sté Hertz-France et autres* ; Versailles 16 oct. 2007, *Cne d'Yerres*). Il en va de même quand l'incompétence affecte la signature du cocontractant privé (17 déc. 2008, *OPHLM de Nice*).
Le vice d'incompétence affectant la signature d'un contrat est d'ordre public ; il doit donc être soulevé d'office par le juge.
Le *contrat doit avoir été approuvé par l'autorité compétente*. Il faut que le contrat, quoique conclu par un agent compétent, soit approuvé par l'autorité qui, seule, peut engager validement la collectivité publique contractante, notamment au plan financier. Ainsi, alors que le cocontractant privé de l'Administration est engagé dès sa signature, la puissance publique n'est engagée qu'après approbation du contrat par l'organe compétent à cet effet.
L'*objet du contrat doit être déterminé et licite*. Le caractère illicite d'une clause contractuelle ou d'un contrat n'a cependant d'effets que s'il a réellement déterminé les parties à conclure. Lorsque l'illicéité n'a pas joué de rôle causal dans la conclusion du contrat celui-ci demeure valable sauf vices propres.
Le *contrat peut avoir une durée déterminée ou indéterminée* (par ex. entre deux personnes publiques : 24 nov. 2008, Synd. mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup), mais il ne peut avoir un caractère perpétuel (Nantes 27 juin 2003, *Cne de Contres* ; 5 févr. 2009, *SCA de Nice et des Alpes-*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Maritimes). La question se pose de savoir si, en ce dernier cas, le contrat est nul ou s'il tombe sous le pouvoir de réformation de la personne publique.

Le *contrat doit avoir une cause licite* (art. 1131 c. civ.). Certains auteurs estiment que la notion de cause en tant que telle n'est pas prise en considération par le juge administratif. S'il est exact que les problèmes liés à son existence sont rares en droit administratif (29 janv. 1947, *Michaux*), il n'en demeure pas moins que ce droit connaît parfaitement la distinction entre « cause de l'obligation » et « cause du contrat », et que la cause illicite vicie le contrat (25 nov. 1921, *Savonneries H. Olive*; 5 mars 1954, *Soulier*). Tout contrat administratif, parce qu'il est fondamentalement un contrat, ne doit contenir ni une cause immorale, ni une cause illicite (5 mars 1954, *Soulier*, préc. : illicéité de la cause résultant de ce que le contrat a été conclu en vue d'opérer un détournement de pouvoir; 15 févr. 2008, *Cne de La Londe-les-Maures*), ni une cause contraire à l'ordre public (26 févr. 1947, *Sté Vinotra*); pas davantage un contrat de droit administratif ne peut être dépourvu de cause (12 nov. 1948, *Cie des Messageries maritimes*; 19 févr. 1988, *SARL Poré Gestion*, par *a contrario*; 26 sept. 2007, *Off. dptal d'HLM du Gard*; 20 févr. 2008, *Off. nat. de la chasse et de la faune sauvage*).

S'il suffit en principe que la cause existe au moment de la conclusion du contrat (29 janv. 1947, *Michaux*), la disparition postérieure de la cause, ce que l'on appelle « cause dans l'exécution du contrat », permet d'obtenir la résiliation du contrat (Nantes 18 févr. 1993, *Dpt du Finistère*).

Le *contrat doit porter sur une matière dans laquelle l'autorité administrative peut contracter*. Il y a des domaines dans lesquels l'Administration ne peut agir que par voie unilatérale : gestion des agents publics placés dans une situation légale et réglementaire (25 oct. 1929, *Portebois*); police rurale (17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*) et toutes autres formes de police; domaines dans lesquels la loi a attribué un pouvoir réglementaire à l'Administration (20 janv. 1978, *Synd. nat. de l'enseignement technique agricole public*).

C. La nullité du contrat, sanction du non respect des règles régissant la formation du contrat et son contenu

421 En principe, la violation de l'une quelconque des règles qui viennent d'être exposées entraîne la nullité absolue soit du contrat en son entier soit de l'une (ou plusieurs) de ses clauses lorsqu'elle n'est pas indivisible du reste du contrat. Cette nullité est le plus souvent d'ordre public car elle concerne la sauvegarde des intérêts généraux poursuivis par l'action administrative (11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, 296919). Appliquant pleinement le *principe de loyauté contractuelle*, le juge peut d'ailleurs décider de ne pas sanctionner une nullité à la production de laquelle a concouru (ou dont a profité) la partie qui soulève cette nullité (Ass. 28 déc. 2009, *Cne de Béziers*; 8 mars 2010, *Cne de Béziers*, 304805). La nullité du contrat fait naître une situation quasi-contractuelle, ce qui permet au cocontractant de l'administration d'obtenir l'indemnisation du chef des sommes qu'il a déboursées et qui ont profité au contractant public (par ex., dans le cas de la concession, il pourra s'agir de la valeur non amortie des dépenses d'investissement, du déficit initialement supporté dans l'intérêt d'une bonne gestion et exécution du service, de la réparation des dommages résultant de l'éventuelle faute de l'administration et à due concurrence du rôle joué par cette faute, etc. : voir 17 mars 2010, *Sté auxiliaire de parcs (SAP)*, 316721).

La nullité d'un premier contrat entraîne la nullité de tous les contrats successifs qui en découlent car pris pour l'exécution les uns des autres (24 nov. 2008, *Sté Sogea Sud*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

4 L'exécution des contrats administratifs

422 L'exécution du contrat ne concerne en principe que les parties au contrat (principe de l'effet relatif du contrat : *« res inter alios acta… »*). Elle peut cependant avoir parfois des effets à l'égard des tiers dans la mesure où le contrat comporte une stipulation pour autrui, situation assez rare en droit administratif.

Après des observations générales (A.), seront exposés les pouvoirs (B.) et les obligations de l'administration contractante (C.), puis le régime de la résolution du contrat administratif (D.).

A. Observations générales

Ces observations sont de trois ordres : celle relative à la portée de la nature contractuelle reconnue au contrat administratif (1.), celle concernant la responsabilité contractuelle en droit administratif (2.) et notamment le cas spécifique de l'enrichissement sans cause (3.).

1. La portée de la nature contractuelle du contrat administratif

423 En raison du déséquilibre existant entre les parties au contrat, en faveur de la puissance publique, il a été parfois nié que le contrat administratif soit véritablement un contrat (G. Péquignot, J. L'Huillier). Cela n'est pas exact.

Tout d'abord, pèse sur les contractants une obligation générale d'exécuter de bonne foi leurs obligations contractuelles et l'« exigence de loyauté des relations contractuelles » joue un rôle capital (Ass. 28 déc. 2009, *Cne de Béziers*, préc.; Sect. 10 nov. 2010, *Cne de Palavas-les-Flots*, 314449); la fraude, ou le dol, a de très lourdes conséquences. Son auteur perd le bénéfice des stipulations contractuelles (Sect. 17 déc. 1929, *Vesin*; Douai 27 déc. 2004, *Sté Rabot Dutilleul*), sa responsabilité, normalement décennale s'il est constructeur, pourra être engagée même après expiration des dix années (19 mai 1893, *Cne de Vesse-sur-Allier*; 23 juin 1978, *Cts Michel*). Le principe de *loyauté contractuelle* (8 mars 2010, *Cne de Béziers*, 304805), qui rejoint ici la règle *« nemo auditur… »*, empêche que soit annulé un contrat entaché d'un vice lorsque la partie qui l'invoque a concouru à cette irrégularité, voire en a profité.

Ensuite, parce que le contrat administratif est fondamentalement un contrat, c'est-à-dire d'une certaine façon et selon la formule inspirée du célèbre art. 1134 du Code civil, parce qu'il est plus ou moins « la loi des parties », le juge administratif ne se reconnaît pas, en principe, le pouvoir d'annuler des mesures prises par un des contractants et qui seraient contraires aux clauses du contrat, préférant accorder des dommages-intérêts, sauf lorsque le contrat, à la fois, est passé entre personnes publiques et a pour objet l'organisation du service public (31 mars 1989, *Dpt de la Moselle*; 13 mars 1992, *Cne d'Ivry-sur-Seine*; 25 mai 1992, *Dpt de l'Hérault*). C'est ce qui explique le refus du juge de moduler dans le temps l'interprétation qu'il est amené à donner de stipulations contractuelles (Bordeaux 11 juin 2009, *Cté urb. Bordeaux*).

On ne doit pas oublier qu'en dehors de l'hypothèse d'imprévision aucune disposition de droit positif non plus qu'aucun principe général du droit n'interdit la prise en charge, par la puissance publique, des déficits d'exploitation de son cocontractant privé dès lors qu'elle a été stipulée dans le contrat (Paris 24 janv. 2005, *Province des îles Loyauté c/ Cie maritime des îles*).

Également, un contrat entièrement exécuté peut néanmoins être annulé (10 déc. 2003, *Instit. Recherche et Développement*, p. 501) à la demande, par exemple, du candidat évincé (Ass. 16 juil. 2007, *Sté Travaux Tropic Signalisation*). Toutefois, du fait même de cette exécution sont impossibles des mesures de régularisation du contrat ou de résiliation de celui-ci pour des vices ne jus-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

tifiant pas cette annulation (TA Versailles 13 févr. 2009, *Bruno Kern avocats*, *AJDA* 2009, p. 1047, concl. conformes Ph. Rees).

Enfin, l'exécution des contrats administratifs est dominée par l'idée que ces contrats étant conclus dans l'intérêt général, ils doivent suivre, dans le futur, toutes les variations de cet intérêt, lesquelles imposeront, le cas échéant, des modifications aux droits et obligations respectifs de chacun des contractants. D'où cette conséquence : la reconnaissance de plein droit à l'Administration, en dehors de toute stipulation contractuelle, du pouvoir exorbitant de modifier unilatéralement le contenu des obligations de son cocontractant et de sanctionner elle-même, dans certains cas, l'inexécution par ce dernier de ses obligations.

2. La responsabilité contractuelle en droit administratif

424 Le régime de cette forme de responsabilité est très semblable en droit civil et en droit administratif. Cependant, si en droit civil il existe un courant doctrinal en faveur de la suppression de la notion de « responsabilité » contractuelle (v. RTDC 1997 p. 323), cette tendance ne se rencontre pas, pour l'instant, en droit administratif. Lorsque l'un des contractants n'accomplit pas ou accomplit mal ses obligations contractuelles, il engage sa responsabilité envers les autres contractants. Si la responsabilité contractuelle présente nombre de ressemblances avec la responsabilité extracontractuelle, ainsi cette responsabilité est normalement une responsabilité pour faute, il existe quelques cas de responsabilité contractuelle non fondés sur la faute (imprévision, fait du prince, enrichissement sans cause), et qui sont donc d'ordre public (exceptions faites de l'enrichissement sans cause et du fait du prince, qui ne sont pas d'ordre public), la responsabilité contractuelle est, cependant, pour l'essentiel, très différente de la responsabilité extracontractuelle (voir chapitres 3 et 4). Les parties à un contrat ne sont tenues qu'à l'exécution de ce qui a été convenu et aux conditions stipulées dans le contrat. En revanche, elles sont normalement astreintes, comme on l'a vu, à exécuter entièrement et de bonne foi leurs prestations contractuelles.

Le principe est qu'en cas de concours entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, la première absorbe la seconde (22 déc. 1922, *Lassus* ; 7 mai 1982, *Sté du parking de la place de la Concorde* ; Bordeaux 27 juin 2006, *min. Culture*), même si la responsabilité extracontractuelle en cause est engagée sans faute à prouver et est donc d'ordre public (5 janv. 1972, *Sté Unitchadienne*). Elle absorbe même l'action en contravention de grande voirie (30 mai 1986, *min. PTT c/ Sté SALEG*). Ce principe ne cède qu'en présence d'une loi contraire (Lyon, 24 juin 2003, *Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône et min. de l'Intérieur*). Toutefois, la responsabilité contractuelle ne recouvre pas la responsabilité extracontractuelle découlant de la nullité du contrat puisqu'en ce cas il n'y a pas (ou plus) de contrat. Si, normalement, cette nullité donne lieu à réparation, il en va différemment en cas de faute du cocontractant, celle-ci pouvant entraîner la non indemnisation partielle ou totale (Sect. 10 avr. 2008, *Sté Decaux*) de celui-ci.

La résiliation d'un contrat irrégulier dans la forme, mais justifié au fond, n'engage pas la responsabilité contractuelle de l'Administration qui prononce la résiliation (8 nov. 1985, *Entr. Ozilou*).

Il est une autre différence avec la responsabilité extracontractuelle. Alors qu'il n'est évidemment pas possible de s'exonérer par avance de sa responsabilité extracontractuelle, cela est possible aux auteurs d'un contrat, à l'égard des conséquences dommageables de leur faute simple mais non de leur faute lourde, la faute lourde étant traditionnellement considérée comme un quasi-dol (*culpa lata dolo equiparatur* : 16 mai 1994, *Sté des transports internationaux et Opéra*). Cette impossibilité est indérogeable, s'imposant même au législateur (21 nov. 1986, *Sté Top service*). De plus, la faute lourde constitutive d'un dol transforme la responsabilité décennale en responsabilité trentenaire (3 avr. 1991, *Sté SMAC Aciéroïd*, préc.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

La responsabilité contractuelle peut être engagée pour violation d'un acte unilatéral distinct du contrat mais non détachable de celui-ci dans la mesure où il est, en substance, incorporé audit contrat (ici le règlement d'un cimetière communal inclus dans un contrat de concession funéraire : TA Nice 9 juin 2006, *Blasco et autres*, *Borusiak*, 2 espèces, *AJDA* 2006 p. 2131, concl. F. Dieu).

3. L'enrichissement sans cause, responsabilité quasi-contractuelle sans faute

425 Il y a enrichissement sans cause lorsque le patrimoine d'une personne s'enrichit par suite de l'appauvrissement du patrimoine d'une autre personne et cela sans aucune justification juridique, contrairement au principe *« de droit commun que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui »* (15 févr. 1889, *Lemaire*), qui constitue un principe général du droit applicable sans texte (Sect. 14 avr. 1961, *min. de la Reconstruction et du Logement c/ Sté Sud-Aviation*, p. 236, concl. C. Heumann ; Sect. 14 oct. 1966, *min. de la Construction c/ Ville de Bordeaux* ; 30 janv. 1974, *Cne de Houilles*). L'« appauvri » dispose d'une action en responsabilité quasi contractuelle contre l'« enrichi », dite action *« de in rem verso »*, son préjudice étant toujours réparable sauf s'il résulte d'une loi (12 mai 1989, *Cnauté urb. de Cherbourg c/ Lemonnier*). La réparation est subordonnée à la réunion de cinq conditions : 1°) existence d'un appauvrissement et d'un enrichissement à la fois corrélatifs et sans cause juridique expliquant cette double situation (5 oct. 2005, *Cne de Maurepas*) ; 2°) existence d'un contrat nul (Sect. 2 déc. 1938, *Laily* ; Sect. 20 oct. 2000, *Sté Citécable Est*) ou dont les effets sont expirés (Sect. 17 oct. 1975, *Cne de Canari*) ou dont la conclusion n'a pas abouti (16 déc. 1936, *Raymond* ; 10 mai 1939, *Cne de Chassieu* ; Sect. 2 déc. 1966, *Sté France-Reconstruction-Plan*), si le contrat ne comporte aucune clause justifiant l'appauvrissement et l'enrichissement ; 3°) absence de faute de l'appauvri à l'origine de cette situation (tel un dol du contractant : 22 févr. 2008, *Tête*) ; 4°) cause de l'enrichissement apparue postérieurement à l'acte contractuel conclu, périmé ou avorté ; 5°) absence de toute autre voie de droit, car inexistante ou impraticable en l'espèce, permettant à la victime de rentrer dans ses droits (Sect. 27 juil. 1984, *Cne de la Teste-de-Buch*).

L'enrichissement sans cause est donc une action subsidiaire palliant, dans un souci d'équité, la défaillance du système juridique. Ceci explique que l'appauvri n'a pas droit à l'indemnisation de son appauvrissement mais à l'équivalent du montant de l'enrichissement de son débiteur, lequel peut être inférieur au montant de l'appauvrissement. N'étant pas d'ordre public, l'enrichissement sans cause ne peut être invoqué pour la première fois en appel (22 févr. 1980, *SA des Sablières modernes d'Aressy* ; Nancy 4 déc. 2003, *SA GMEP*) sauf, dans les procès en responsabilité contractuelle, s'il y est utilisé pour faire suite à l'annulation du contrat prononcée en première instance par le juge (*Sté Citécable Est*, préc.). La question de savoir si cette théorie ne joue qu'en matière de travaux publics ou est d'application générale est discutée (*cf.* R. Chapus, *Dr. adm. gén.*, t. 1, § 1397 *in fine* ; concl. A. Baux sur TA Montpellier 24 nov. 2006, *Univ. Montpellier II*, *AJDA* 2007 p. 146).

B. Les pouvoirs de l'Administration contractante

426 Selon la formule classique de l'article 1134 du Code civil, *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*. Ce principe, qui régit les contrats de droit privé, et que l'on résume en disant que « le contrat est la loi des parties », apparaît, en partie, difficilement applicable au contrat administratif en raison des pouvoirs exorbitants qui sont reconnus à l'Administration en vue de permettre la satisfaction de l'intérêt général. C'est ici que le contrat administratif s'éloigne peut-être le plus du schéma civiliste du contrat décrit dans l'art. 1134. Cette originalité demeure toutefois limitée ainsi qu'on l'a indiqué au début de ce chapitre : la plupart des contrats administratifs sont exécutés tels qu'ils ont été conclus.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Ils sont bien, de fait, « la loi des parties ». L'originalité, sur ce point, du droit administratif des contrats se manifeste surtout par les pouvoirs dont l'administration dispose sur les modalités d'exécution des contrats (1.) et sur la durée des contrats (2.).

1. Les pouvoirs de l'Administration sur les modalités d'exécution du contrat

L'Administration détient quatre pouvoirs principaux.

● Le pouvoir d'exiger l'exécution personnelle du contrat par le cocontractant

427 Le cocontractant choisi doit exécuter personnellement le contrat. Ainsi, les changements intervenus dans le capital d'une personne morale, et donc dans la personne de son propriétaire ou de son actionnaire majoritaire, peuvent entraîner la résiliation du contrat (Lyon, 9 avr. 1991, *Sté « Les téléphériques du massif du Mont-Blanc » et Cne de Saint-Gervais*; 31 juil. 1996, *Sté « des téléphériques du massif du Mont-Blanc »*). Pareillement, est interdit le commerce de marchés publics, et sont réglementées assez strictement, malgré une tendance actuelle à l'assouplissement, la sous-traitance comme la cession des contrats administratifs (voir, en particulier, l'important avis de la Section des finances du Conseil d'État du 8 juin 2000). Toutefois, ce principe traditionnel d'exécution personnelle est battu en brèche par l'évolution du droit et de la jurisprudence communautaires (CJCE 14 avr. 1994, *Ballast Nedam Groep NV c/ Belgique* : est jugée contraire au traité de Rome la mise à l'écart d'un candidat à un marché de travaux publics pour le motif qu'il n'a pas l'intention d'exécuter lui-même le marché).

● Le pouvoir de direction et de contrôle

428 L'Administration peut intervenir à tout moment pour donner à son cocontractant des *ordres de service* concernant la manière d'exécuter le contrat, même quand elle n'est pas maître de l'ouvrage. Ces ordres s'imposent même s'ils contreviennent aux stipulations du contrat. Ce pouvoir semble contraire à l'idée qu'un contractant est libre de choisir les moyens qui lui paraissent les plus appropriés pour assurer une correcte exécution de ses obligations contractuelles. Cependant, ce pouvoir de direction, comparable par certains côtés au pouvoir hiérarchique, s'explique parce que dans nombre de contrats c'est l'Administration, non son cocontractant, qui a l'initiative. Un *pouvoir de surveillance* lui appartient également, qu'il soit prévu (cas le plus fréquent) ou non par le contrat ou les cahiers des charges.

● Le pouvoir de modification unilatérale du contrat

429 Contrairement à ce qu'avait pu soutenir une partie de la doctrine (J. L'Huillier, F.-P. Bénoit), l'Administration possède un pouvoir général et permanent de modifier unilatéralement, c'est-à-dire sans l'accord de son partenaire contractuel, tout contrat administratif (21 mars 1910, *Cie gén. franç. de tramways*, p. 216, concl. L. Blum; 2 févr. 1983, *Un. des transports publics urbains et régionaux*; 2 févr. 1987, *Sté TV6 et autres*; TC, 2 mars 1987, *Sté d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre*) et pas seulement les contrats de concession (14 nov. 1902, *Olmer*). Le fondement de ce pouvoir réside dans la nécessité d'assurer la satisfaction de l'intérêt général et la continuité des services publics, exigences dont l'Administration, en sa qualité de gérante et de gardienne de ceux-ci, est seule juge et qui trouvent leur traduction dans le principe de mutabilité indéfinie des contrats administratifs. C'est cependant, en pratique, un pouvoir rarement utilisé. Ce pouvoir, moins étendu qu'on le dit parfois, connaît une triple limite :

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1°) il ne peut s'exercer que sur certaines clauses du contrat, celles qui intéressent le service public et ses besoins, et moyennant alors des contreparties financières (c'est la célèbre « équation financière » évoquée dans les concl. L. Blum sur 21 mars 1910, *Cie gén. franç. de tramways*, préc.) ;
2°) ce pouvoir doit être utilisé raisonnablement, son usage immodéré pouvant entraîner la résiliation du contrat à la demande du cocontractant privé (23 juin 1920, *Briançon* ; 18 juil. 1930, *Cie PLM et autres*), notamment lorsqu'il aurait pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat (27 oct. 2010, *SITP*, 318617) ;
3°) ce pouvoir ne peut s'exercer que dans l'intérêt général parce que c'est uniquement l'obligation de satisfaire cet intérêt qui fonde et justifie le pouvoir de modification.
En bref, le pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif n'est qu'un pouvoir de modifier le contrat initial non de le dénaturer ou de le défigurer (27 oct. 2010, *Synd. intercommunal des transports publics de Cannes – Le Cannet – Mandelieu – La Napoule*).
Lorsque le contenu d'un contrat est entièrement déterminé par voie législative ou réglementaire, l'autorité administrative ne peut procéder à sa modification unilatérale qu'après avoir modifié ou fait modifier les règles générales qui lui sont applicables (6 mai 1985, *min. des PTT c/ Ricard*, à propos des contrats d'abonnement téléphonique en vertu du droit en vigueur à l'époque).

● Le pouvoir de sanction

430 Le pouvoir de sanction contractuelle appartenant à l'autorité administrative est particulièrement exorbitant du droit commun. L'Administration peut recourir à ce pouvoir de sanction même quand le contrat ne le prévoit pas (31 mai 1907, *Deplanque*, p. 513, concl. J. Romieu) ; quand le contrat prévoit un tel pouvoir de sanction ainsi qu'une échelle des sanctions, l'Administration peut recourir à d'autres sanctions que celles prévues : cette situation est peu compatible avec les exigences de la sécurité juridique. Dans tous les cas, l'Administration peut appliquer d'office les sanctions (sauf cas de la déchéance). Ce pouvoir n'est pas illimité : il ne peut être fait usage des pouvoirs de police pour sanctionner l'exécution du contrat car ce serait un détournement de procédure (19 mars 1930, *Sté toulousaine de Bazacle*) ; la sanction ne peut être prononcée qu'après mise en demeure avec respect des droits de la défense. Les sanctions sont de deux sortes : les unes sont de nature pécuniaire (pénalités contractuelles – sortes d'amendes prévues au contrat –, dommages-intérêts même non prévus au contrat), les autres sont de nature coercitive (mise sous séquestre, qui est une mesure provisoire prise à titre conservatoire, mise en régie, déchéance du cocontractant).

2. Les pouvoirs de l'Administration sur la durée du contrat : la résiliation. Le cas de la force majeure

431 Certaines modalités d'extinction des contrats administratifs ne leur sont pas propres : arrivée du terme convenu pour la fin du contrat, exécution complète du contrat, accord des parties pour y mettre fin, disparition de l'objet du contrat, décès du cocontractant, cas de force majeure. La résiliation est la modalité d'extinction exorbitante. Rompant avec une jurisprudence immémoriale, il est désormais jugé (Section 21 mars 2011, *Cne de Béziers*, 304806) que la décision de résiliation du contrat peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le juge du contrat aux fins d'obtenir le rétablissement des relations contractuelles si celui-ci estime que la réparation indemnitaire ne serait pas adéquate. En outre, le demandeur peut solliciter par voie de référé la suspension provisoire de la mesure de résiliation (même décision).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● La résiliation-sanction

432 La résiliation du contrat à titre de sanction (appelée « déchéance » dans la concession, et « résiliation aux torts et griefs » dans le marché public : Bordeaux, 11 mars 2008, *AGF*, résiliation d'un contrat d'assurance) est la sanction la plus grave. Elle est subordonnée à une faute lourde de l'intéressé (7 mai 1937, *Sté Samson et Spitzner* : arrêt du service et des travaux et refus de les reprendre malgré une mise en demeure), elle ne peut être prononcée d'office : l'Administration doit s'adresser au juge. Cette sanction peut se cumuler avec des pénalités contractuelles ou des dommages-intérêts. Cette résiliation peut pour les mêmes motifs, être demandée au juge par le cocontractant pour faute de l'Administration (2 janv. 1957, *Sté Lancerey* : cessation des paiements).

● La résiliation motivée par l'intérêt général

433 Ce pouvoir de résiliation du contrat, sans faute du cocontractant, dans le but de satisfaire l'intérêt général, est un principe général du droit des contrats administratifs (9 déc. 1927, *Gargiulo*; CC 84-182 DC, 18 janvier 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires et autres*; 4 mai 2011, *CCI de Nîmes…*, 334280); il existe même s'il n'a pas été prévu et il ne céderait pas devant une clause contraire. Pouvoir discrétionnaire, il n'a pas à être motivé (2 févr. 1987, *Sté TV6 et autres*; TC 2 mars 1987, *Sté d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre*). L'Administration, ne reprochant rien à son cocontractant, est tenue de l'indemniser intégralement au titre de sa responsabilité contractuelle (21 déc. 2007, *Région du Limousin et autres*, à propos de la rupture unilatérale d'un contrat conclu dans le cadre d'opérations d'aménagement du territoire); en revanche, rien ne s'oppose à ce que le contractant privé accepte une indemnisation inférieure au préjudice subi (4 mai 2011, *CCI de Nîmes…*, préc.). Au reste, cette forme de résiliation n'exclut pas la possibilité pour le cocontractant de l'administration d'invoquer le bénéfice de la théorie de l'imprévision (*cf.* § 442 et s).

● La résiliation pour inexécution non fautive des obligations contractuelles

434 Dans certaines hypothèses, le cocontractant ne peut plus assurer ses obligations contractuelles sans qu'il y ait faute de sa part. En ce cas, le lien contractuel se rompt sans indemnité; c'est une sorte de « résiliation-constat ». Ainsi en va-t-il en cas de changement important dans la personne du titulaire du contrat (par exemple dans la composition et/ou dans la détention du capital social), changement non fautif mais dont la puissance publique estime qu'il a pour effet de réduire ou de supprimer les garanties qui, selon elle, étaient attachées au contractant primitif. Cette conséquence se retrouve, également, en cas de dépôt de bilan, de liquidation judiciaire. Parfois, une cession du contrat peut aussi aboutir à ce résultat.

● La force majeure (cf. § 127)

435 La survenance d'un cas de force majeure, c'est-à-dire d'un événement qui, à la fois, est imprévisible (29 oct. 2003, *Sénéchal*), irrésistible et extérieur à la volonté ou au comportement des parties (cette dernière exigence ayant été maintenue en droit administratif en dépit de son abandon par le juge judiciaire : Cass. plén. 14 avr. 2006, 2 espèces; Cass. 1re civ. 30 oct. 2008), a pour effet d'éteindre le lien contractuel (29 janv. 1909, *Cie des messageries maritimes*; 5 déc. 1952, *Chapron*; 2 mars 1956, *Hoang Van Ngoc*). C'est un événement qui rend impossible la poursuite de l'exécution du contrat. L'exception de force majeure est rarement admise par le juge administratif (5 nov. 1982, *Sté Propétrol*; 3 mars 2010, *Cne de Garges-les-Gonesse*, 323076 : la fatigue d'un chanteur au cours d'une tournée de concerts n'est pas imprévisible).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C. Les obligations de l'Administration contractante

436 Les obligations de l'Administration sont la contrepartie des pouvoirs exorbitants qu'elle détient envers ses cocontractants. Ces obligations se résument, pour l'essentiel, à une seule, *l'obligation financière* : l'Administration doit payer le prix des services fournis (1.) ; elle doit respecter l'équilibre financier du contrat (concl. L. Blum sur *Cie gén. franç. de tramways*, préc.) et elle doit s'efforcer de le rétablir lorsqu'il est rompu (2.).

1. L'obligation de rémunérer le cocontractant

Le contenu et la portée de cette obligation varient selon la modalité de rémunération retenue. À titre d'exemples on citera la rémunération du concessionnaire et celle du titulaire d'un marché public.

● La rémunération du concessionnaire

437 L'élément fondamental de la rémunération du concessionnaire est la durée de la concession, car il exploite des ouvrages importants souvent construits par lui et nécessitant un long amortissement. La durée de la concession et le tarif des redevances doivent être établis en conséquence. L'exploitation jusqu'au terme de la concession étant une condition de viabilité économique de celle-ci, l'Administration, si elle veut abréger la durée de la concession, doit procéder à son rachat au prorata des années restant à courir (16 nov. 1956, *Stés BAB et BLB*) et compte tenu des investissements réalisés, des pertes d'exploitation ainsi que des gains espérés. Le tarif initial des redevances comme son évolution dans le temps sont établis avec l'accord du concédant.

● La rémunération du titulaire d'un marché public

438 Dans le cas des marchés de fournitures ou de services, le paiement du prix se fait à la livraison ou à la réalisation, dans des conditions proches des pratiques commerciales, car ce ne sont pas, généralement, des opérations de longue durée. Les marchés de travaux publics soulèvent des questions délicates : d'un côté, le principe du paiement après service fait est une règle fondamentale de la comptabilité publique française, de l'autre côté, les commandes en matière de tels marchés portent sur des quantités très importantes et donc sur des sommes considérables. L'entrepreneur n'a pas, le plus souvent, les moyens financiers de faire l'avance des frais sur ses fonds propres. Obligé d'emprunter pour acquérir les biens et matériaux nécessaires à la réalisation du marché, il fera, à son tour, peser sur l'Administration le surcoût lié au taux d'intérêt pratiqué. Pour éviter ces inconvénients, l'Administration est autorisée à effectuer des règlements partiels définitifs, à verser des acomptes (paiements fractionnés) ou des avances (paiements anticipés).

2. L'obligation d'indemniser le cocontractant

439 L'obligation pour l'Administration d'indemniser son cocontractant, dans certaines circonstances, est la contrepartie du droit à l'équilibre financier du contrat reconnu au bénéfice du cocontractant. L'exécution du contrat conclu en vue de satisfaire l'intérêt général doit être poursuivie même si des difficultés financières surgissent. Toutefois, si cet objectif peut conduire l'Administration à aider ou à indemniser son cocontractant, elle ne saurait le faire dans tous les cas. Cette obligation joue dans deux hypothèses : lorsque le déséquilibre financier est imputable au cocontractant public, lorsque le déséquilibre financier est extérieur au comportement des cocontractants.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● L'obligation d'indemniser résultant d'une situation nouvelle généralement créée par l'autorité administrative contractante

Cette obligation joue dans deux hypothèses.

440 1°) *La théorie des travaux supplémentaires ou des sujétions imprévues* (sur cette distinction : 27 janv. 2011, *Sté Matière*, 330523), applicable uniquement en matière de travaux publics, aboutit à mettre à la charge de l'autorité publique cocontractante les travaux supplémentaires découlant de l'exécution du contrat. Soit ces travaux non prévus au contrat ont été expressément commandés par l'Administration au moyen d'ordres de service écrits (sauf stipulation contractuelle contraire) ou prévus dans un avenant au contrat (10 janv. 2007, *Sté routière Perez*) : en ce cas, le cocontractant ne peut se soustraire à l'obligation d'exécuter ces ordres de service et l'Administration assume la totalité du coût supplémentaire (12 juin 1942, *Sté des Établ. Sainrapt et Brice*). Soit les travaux n'ont pas été commandés par l'Administration mais ils ont été spontanément effectués par le cocontractant parce qu'ils étaient indispensables, en raison des règles de l'art, à la réalisation de l'ouvrage telle qu'elle a été voulue par l'Administration : ils donneront lieu à indemnisation intégrale (Nancy 10 nov. 2004, *Cne de Point-de-Roide*; 3 mars 2010, *Sté Presspali Spa*, 304604), à la condition expresse qu'ils aient été réellement indispensables et, par exemple, pas seulement utiles (Sect. 17 oct. 1975, *Cne de Canari*). Par l'expression « sujétions imprévues », il faut entendre *« des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties »* (30 juil. 2003, *Cne de Lens*).

441 2°) *La théorie du fait du prince* joue lorsque les charges du cocontractant sont aggravées par une mesure prise par l'Administration contractante au titre de prérogatives autres que celles tirées du contrat en cause. À la différence de la précédente, cette théorie joue pour tous les contrats administratifs. Deux conditions doivent être réunies pour que soit appliquée cette théorie : d'une part, l'aggravation des charges du cocontractant doit impérativement résulter d'une décision prise par la même personne publique que celle avec laquelle il a contracté, à défaut la théorie ne joue pas (12 mars 1976, *Dpt des Hautes-Pyrénées c/ Sté ORFILA*) ; d'autre part, la mesure qui a un effet aggravant doit, ou bien ne concerner spécialement que le cocontractant (9 mars 1928, *Cie des scieries africaines*), ou bien – si elle est plus générale – porter atteinte à un élément essentiel du contrat (28 nov. 1924, *Tanti, Vaudron, Brulebois*; 8 nov. 1957, *Sté chimique et routière nord-africaine*). La réunion de ces deux conditions oblige le contractant public à une indemnisation intégrale parce que, en définitive, la théorie du fait du prince ne fait que sanctionner le principe de l'exécution de bonne foi des contrats (29 déc. 1905, *Bardy*, p. 1015, concl. J. Romieu). Mais, bien qu'elle soit un cas de responsabilité contractuelle sans faute à prouver, elle n'est pas d'ordre public; elle doit donc être invoquée dans les délais normaux de recours (TA Paris 24 févr. 2009, *A.S.F.*, *AJDA* 2009 p. 1045, note J.-F. B.).

● L'obligation d'indemniser résultant de faits extérieurs à l'autorité administrative contractante : la théorie de l'imprévision

442 La théorie de l'imprévision, qui est d'application assez rare, est dominée par l'idée qu'il faut assurer la continuité du contrat conclu dans un but d'intérêt général. C'est pourquoi l'exécution du contrat administratif doit se poursuivre malgré la survenance d'événements imprévisibles, indépendants des parties, rendant particulièrement difficile la poursuite du contrat, notamment à cause de son renchérissement. Ceci explique l'inapplication de la théorie de l'imprévision aux contrats qui ne comportent pas exercice de missions de service public, gestion d'un service public ou exécution de mesures prises dans un but d'intérêt général (TA Rouen 28 août 1998, *Sté Renault SA*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Si la notion d'imprévision remonte au début du XX^e siècle (le mot « imprévision » figure dans un arrêt du 3 févr. 1905, *Ville de Paris*), la théorie en a été systématisée à partir de la célèbre décision du 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, dite du *« Gaz de Bordeaux »* (p. 125).

443 L'imprévision est d'abord caractérisée par une situation qui réunit trois conditions : 1°) les circonstances perturbatrices du contrat doivent excéder les aléas économiques et commerciaux normaux, c'est-à-dire revêtir par leur ampleur, leur consistance ou leur durée un caractère anormal et imprévisible, elles doivent déjouer *« tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat »* (concl. L. Corneille sur 3 déc. 1920, *Fromassol*). Ceci explique qu'elle n'est plus guère susceptible de jouer en matière de variations des prix des produits pétroliers (TA Nice 20 oct. 2006, *Sté Eurovia Méditerranée et autre*, *AJDA* 2007 p. 424, concl. Fr. Dieu) ; 2°) ces circonstances doivent être étrangères au cocontractant, qui ne doit, par son comportement antérieur, ni s'être mis en situation de les subir, ni les avoir provoquées, ni les avoir aggravées ; 3°) ces circonstances doivent entraîner un véritable bouleversement du contrat et pas seulement des modifications, même substantielles, de celui-ci (8 nov. 1944, *Cie du chemin de fer d'Enghien*).

444 L'imprévision se caractérise aussi par ses conséquences. Celles-ci se traduisent par l'obligation qu'a l'Administration de verser à son cocontractant une indemnité pour charges extracontractuelles liées à l'imprévision. Cette indemnité est calculée ainsi. Il est d'abord procédé à la détermination de la durée de la *période extracontractuelle*, c'est-à-dire de la période pendant laquelle s'exercent les effets perturbateurs de la situation d'imprévision et où sont suspendues certaines des règles du contrat. Ensuite, est calculée la *charge extracontractuelle*, c'est-à-dire le surcoût financier résultant des événements imprévus (12 mars 1976, *Dpt des Hautes-Pyrénées*, préc.). Enfin, est opéré un partage de la charge extracontractuelle entre les contractants. Souvent d'ailleurs, la part restant à la charge de la personne privée n'excèdera pas dix pour cent.

L'Administration ne peut échapper à cette théorie en insérant dans ses contrats des clauses d'imprévision : ces clauses n'empêchent pas, selon le juge, l'application de la théorie de l'imprévision.

La théorie de l'imprévision peut jouer même après la résiliation du contrat (10 févr. 2010, *Sté Prest'Action*, 301116).

445 Le régime issu de la théorie de l'imprévision, pour justifié qu'il soit au regard des nécessités de l'intérêt général et de sa continuité, ne saurait être appliqué sans limites. Celles-ci ont été clairement exposées dans un arrêt de principe du 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg* (p. 1050, concl. P.-L. Josse). Lorsqu'est survenue une situation d'imprévision et qu'a été déclenché le régime ci-dessus exposé, le Conseil d'État estime qu'il ne peut s'agir que d'une situation provisoire. Si celle-ci perdure ou devient définitive, il n'y a plus imprévision mais force majeure, ce qui a pour effet d'éteindre le lien contractuel (27 juil. 1951, *Cne de Montagnac* ; 14 juin 2000, *Cne de Staffelfelden*).

● Les limites à l'obligation d'indemniser pesant sur l'Administration contractante

446 Dans un certain nombre d'hypothèses, l'Administration se voit dispensée, en tout ou en partie, d'aider financièrement son cocontractant en difficulté.

Il en va tout d'abord ainsi lorsque ce dernier subit négativement les effets d'un aléa normal, notamment économique ou technique, inhérent à l'objet ou à la nature du contrat.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Également, l'Administration n'aidera pas son cocontractant qui s'est mis en difficulté soit par suite d'une mauvaise appréciation des données de fait ou de droit attachées au contrat, soit par suite d'une faute qui a causé ou aggravé la difficulté qu'il invoque.
Enfin, ne sera pas non plus aidé financièrement par l'Administration, le contractant qui a pris une initiative non sollicitée par elle et non impliquée inéluctablement par les exigences liées à l'exécution du contrat, initiative qui se traduit par un surcoût non prévu à l'origine par les parties.

D. Le cas particulier de la résolution du contrat administratif

447 La résolution est l'acte par lequel il est mis fin rétroactivement à un contrat nul, généralement par accord des parties. Celles-ci concluent un contrat à l'effet d'anéantir un précédent contrat nul dès son origine (16 avr. 1986, *Roujansky*). La résolution correspond donc mutatis mutandis au retrait rétroactif de l'acte unilatéral (voir chapitre précédent, § 348). En droit civil, la résolution, parce qu'elle sanctionne l'inexécution du contrat, diffère de la nullité qui, elle, frappe le contrat ab initio, c'est-à-dire depuis l'origine, du fait des conditions de sa formation. Au contraire, dans sa jurisprudence pertinente la plus récente (Sect. 26 mars 1999, *Sté Hertz-France et autres*), le juge administratif envisage la résolution d'un contrat non pour sanctionner une mauvaise exécution ou une inexécution du contrat mais pour sanctionner l'incompétence du signataire public, c'est-à-dire, en réalité, un vice affectant sa formation. On a même vu (même arrêt) le juge prononcer une « injonction de résoudre le contrat » irrégulier soit par un accord entre les parties soit, à défaut, par saisine, à cet effet, du juge du contrat.

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

P. Amselek, « La qualification des contrats de l'Administration », *AJDA* 1983, p. 3.
F. Brenet, « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA* 2003, p. 918.
T. Fleury, « La liberté contractuelle des personnes publiques – Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes » *RFDA* 2012 p. 231
C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Coll. « Thémis », 3e éd., 2011
F. Lombard, *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, Coll. « Nouv. bibl. thèses », 2008, préf. J.-C. Ricci
G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., Giard 1927-1934.
A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolve, *Traité des contrats administratifs*, 2e éd., LGDJ 1983-1984.
F. Lichère, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA* 2002, p. 341.
G. Liet-Veaux, « Identification de la concession de service public », *RFDA* 1968, p. 715.
G. Pequignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945.
D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, 1998.
L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8e éd., LGDJ, 2012.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

POUR ALLER PLUS LOIN

S. Braconnier, « Les limites à l'opération de qualification des contrats administratifs », *AJDA* 2006 p. 2099.

F. Chauvin, « Vers la privatisation des contrats de l'Administration ? » *Mélanges J. Blaise*, Economica, 1995, p. 95 : illustration décisive du rapprochement des régimes juridiques du contrat administratif et du contrat civil.

L. Clouzot, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010 p. 937

D. Linotte, « Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat », *AJDA* 2005 p. 16.

M. Long, « Conclusions sur Sect. 20 avril 1956, Époux Bertin », *RDP* 1956, p. 869 ; *AJDA* 1956, p. 272 ; et, du même jour, « ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard », *RDP* 1956, p. 1058 ; *Rec.* Dalloz 1956, p. 429 ; *AJDA* 1956, p. 187 : conclusions fondamentales pour comprendre le rôle du service public dans l'identification du contrat administratif.

G. Vedel, « Remarques sur la clause exorbitante », *Mélanges A. Mestre*, 1956, p. 559 : article ancien mais toujours d'actualité sur la délicate détermination du caractère exorbitant d'une clause contractuelle.

J. Waline, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 965 : remarquable étude qui illustre parfaitement l'unicité profonde de la théorie générale du contrat, qu'il soit administratif ou civil.

« Les contrats et leur évolution : un ensemble de contributions sur les questions actuelles du droit des contrats publics », Dossier, *RFDA* 2006, n^{os} 1 et 2.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

10

La juridiction administrative

448 Le contrôle de l'action administrative peut être effectué de différentes manières : par voie administrative (inspection, tutelle, contrôle hiérarchique), par voie financière (contrôle comptable et de gestion), par voie politique (élus locaux, parlementaires, Gouvernement). Enfin, ce contrôle peut être de nature juridictionnelle. La juridiction administrative joue un rôle doublement essentiel. D'une part, comme toute juridiction, elle tranche les litiges contentieux survenant, ici, dans des matières administratives. D'autre part, et cela est plus original, elle joue un rôle majeur dans la formation et la mise en œuvre du droit administratif. Cette fonction juridictionnelle du juge administratif est d'autant plus importante qu'en vertu d'un principe général du droit les personnes morales de droit public ne peuvent pas, sauf exception législative *« se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution de litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne »* (Sect. 29 oct. 2004, *Sueur et autres*).
On étudiera l'organisation de la juridiction administrative (1.), ses compétences (2.), et les conflits suscités par la détermination ou la mise en œuvre de ces dernières (3.).

1 L'organisation de la juridiction administrative

L'étude de l'organisation de la juridiction administrative suppose présentées : la notion générique de juridiction administrative (A.), les différentes juridictions administratives (B.) et les règles présidant au partage des compétences à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif (C.).

A. La notion de juridiction administrative

Pour décider qu'un organisme est une juridiction administrative, il faut, d'une part, établir qu'il est bien une juridiction (1.), d'autre part, vérifier qu'au sein de l'ensemble des juridictions il appartient à la catégorie de celles qui sont de caractère administratif (2.). Enfin sera exposé le régime de création des juridictions administratives (3.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. La notion de juridiction

449 La distinction de l'activité juridictionnelle et des autres activités publiques peut sembler aisée. En réalité, la ligne de séparation manque parfois de netteté et la réponse à la question : à quoi se reconnaît une juridiction ? peut se révéler malaisée. Ou bien il existe une qualification légale de la nature juridique de l'organisme en cause, ou bien il n'en existe pas. Dans la première hypothèse, il n'y a pas de difficulté, c'est d'ailleurs le cas pour les plus importantes juridictions. En revanche, dans la seconde hypothèse, il faut recourir aux critères jurisprudentiels. Le juge combine en ce cas un critère principal, d'ordre matériel, avec un critère qu'il n'utilise qu'à titre supplétif, le critère formel. À l'époque contemporaine, le développement de l'État de droit a conduit l'ensemble des juridictions de droit interne, mais aussi la CJUE et la CEDH, à n'accorder la qualité de juridiction, outre la satisfaction de ces deux critères, qu'à un organisme réellement impartial.

● Le critère matériel, critère principal

450 Selon ce critère, est juridictionnel l'organisme qui est habilité à trancher des litiges avec force de vérité légale (ceci exclut que la commission de discipline des conducteurs de taxis puisse être une juridiction : Paris 8 oct. 2007, *A.M.*). Cette « habilitation » résulte soit d'un texte soit des principes qui régissent cet organisme. Il faut, en premier lieu, que les actes de cet organisme possèdent une certaine autorité : ils doivent s'imposer aux individus concernés avec une force objective et incontestée. Il faut, ensuite, que cet organisme soit habilité à trancher des litiges, c'est-à-dire à décider entre des prétentions contradictoires. Enfin, il doit se trouver en présence d'une contestation.

Ces éléments permettent de distinguer la juridiction de la législation ; la loi, même si elle possède une puissance initiale et inconditionnée, n'est pas une décision de justice. Pareillement, ces critères permettent de distinguer un jugement, d'une expertise ou d'un arbitrage.

● Le critère formel, critère supplétif

451 Par l'utilisation de ce critère, le juge va préciser les résultats obtenus par l'application du critère matériel, quand ce dernier n'a pas permis une réponse nette à la question de la nature éventuellement juridictionnelle d'un organisme. Ce critère a donc un rôle complémentaire. À cette fin, seront examinés la composition de celui-ci, la qualité de magistrats, ou non, de ses membres, ses modes de saisine, ses règles de fonctionnement, ou encore la forme des décisions rendues.

2. La détermination du caractère administratif d'une juridiction

452 En raison de l'existence de deux ordres de juridiction, il ne suffit pas de déterminer si l'acte en cause est de nature juridictionnelle, encore faut-il savoir de quel ordre de juridiction il relève. En principe, est judiciaire la juridiction qui relève, en dernier ressort, du contrôle de la Cour de cassation ; est administrative celle qui ressortit à la compétence, d'appel ou de cassation, du Conseil d'État. En revanche, lorsque le droit positif est muet sur ce point, il faut se demander quelle est la nature d'un tribunal pour savoir de quelle juridiction suprême il relève. Pour ce faire, il convient de s'attacher à des éléments tels que la nature des litiges dont connaît cette juridiction ou la composition de celle-ci. Des solutions inattendues sont parfois rencontrées : ainsi, le Conseil supérieur de la magistrature statuant disciplinairement, bien que composé surtout de magistrats judiciaires, présidé par le premier d'entre eux et compétent pour la discipline des seuls magistrats judiciaires, constitue, assez logiquement au

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

demeurant, une juridiction administrative (Ass. 12 juil. 1969, *Sieur L'Étang*; 26 nov. 2012, *Pierre X.*, 348148).

3. La création des juridictions administratives

453 Depuis la Constitution de 1958, le législateur n'est compétent que pour la création de « nouveaux ordres de juridiction », le pouvoir réglementaire étant, lui, compétent pour la création de toute nouvelle juridiction. Toutefois, prise au pied de la lettre, la notion de « nouvel ordre de juridiction » utilisée par la Constitution n'aurait pas beaucoup de sens puisqu'elle désigne un ensemble de juridictions soumises à une même cour suprême : c'est dire que la compétence législative ne trouverait pratiquement jamais l'occasion de s'exercer étant donné qu'existent déjà deux ordres juridictionnels et que, de ce fait, les complications sont suffisantes. C'est pourquoi, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont donné un sens extensif à cette notion. Est un « nouvel ordre de juridiction » toute juridiction suffisamment nouvelle ou qui fait l'objet d'une nouvelle organisation (par exemple : le tribunal pour enfants : CC 64-31 L, 21 déc. 1964; la Cour de cassation : CC 77-99 L, 20 juil. 1977; la section des assurances sociales du conseil régional de discipline de l'ordre des médecins : CC 85-141 L, 9 oct. 1985; la commission de recours des réfugiés : CC 2003-485 DC, 4 déc. 2003).

B. Les diverses juridictions administratives

On distingue, d'une part, les juridictions administratives de droit commun (1. à 3.), d'autre part, un grand nombre de juridictions administratives spécialisées (4.).

1. Les tribunaux administratifs, juridiction de droit commun du premier degré

À l'origine, la loi de pluviôse an VIII avait créé des conseils de préfecture qui n'étaient, outre leurs fonctions de conseils de l'administration préfectorale, que des juridictions d'attribution, c'est-à-dire compétentes uniquement dans les cas et dans les matières expressément énumérés par un texte. La réforme du contentieux administratif, opérée par le décret du 30 septembre 1953, a créé les tribunaux administratifs.

● L'organisation des tribunaux administratifs

454 Il existe quarante-deux tribunaux administratifs (trente-et-un en France continentale – à ressort pluridépartemental, sauf Nice, Paris et Toulon – et onze, outre-mer, à ressort monodépartemental ou monoterritorial, sauf Papeete et Saint-Denis).

Les tribunaux administratifs ont à leur tête un président, assisté de vice-présidents, et comportent un nombre variable de chambres, fixé par arrêté du vice-président du Conseil d'État. Chacune est composée de trois juges, sauf recours à la formule de la formation élargie. Les jugements des tribunaux administratifs sont rendus par une seule chambre (cas normal), ou par les chambres réunies (lorsque le tribunal comprend plus de deux chambres) ou, exceptionnellement, en formation plénière; le recours au jugement rendu par un juge statuant seul est devenu très fréquent. Un greffe assure la marche des dossiers et la gestion du tribunal. Le tribunal de Paris est soumis à des règles particulières d'organisation et de fonctionnement.

● Les attributions des tribunaux administratifs

455 Ces attributions sont de trois sortes.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

En premier lieu, ces tribunaux ont des attributions contentieuses. Ce sont les plus importantes : à ce titre, ils sont juges de droit commun du premier degré dans l'ordre administratif. Tout litige administratif leur revient, sauf disposition contraire expresse. Ils sont soumis par voie d'appel aux cours administratives d'appel. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils relèvent directement du Conseil d'État par voie d'appel (dans certaines affaires) ou par voie de cassation (lorsqu'ils statuent en premier et dernier ressort). Leurs décisions sont des jugements (190000 par an environ). Ils exercent aussi, sur demande des intéressés, une mission de *conciliation* (art. L. 211-4, c. just. adm.; Marseille, 28 déc. 2000, *Sté Transmontagne*) soit entre Administrations, soit entre une Administration et un personne privée. Le refus du juge d'exercer une mission de conciliation n'est pas une décision de nature juridictionnelle mais une décision administrative insusceptible de recours (1er août 2012, *SNCF*, 358157). Cette fonction est peu utilisée.
En deuxième lieu, se rencontrent les attributions administratives. Les membres de ces tribunaux se voient en effet confier de nombreuses missions administratives, notamment la présidence d'organismes administratifs très divers (commission des impôts, commission de contrôle des opérations électorales universitaires, etc.).
Ces tribunaux ont également des attributions consultatives. Ils peuvent, en formation collégiale, être consultés par les préfets des départements du ressort sur toutes questions administratives et rendent un avis qui n'est pas public. Cette attribution est assez peu développée.

● Le personnel des tribunaux administratifs

456 Les sept cents membres (environ) des tribunaux administratifs, outre les présidents et vice-présidents, portent le titre de *conseillers*. Le recrutement de ce personnel s'opère normalement par le moyen de l'École nationale d'administration : en théorie, les 5/6e des conseillers de seconde classe sont issus des rangs des anciens élèves de l'ENA, et les 7/8e des conseillers de première classe sont choisis parmi les conseillers de seconde classe. Un tour extérieur, donc hors ENA, est organisé pour recruter une partie des conseillers de deuxième et de première classes (respectivement 1/6e et 1/8e). Toutefois, à cause d'une importante pénurie du recrutement par la voie de l'ENA et de besoins croissants, étaient périodiquement institués des recrutements spéciaux sur titres et/ou sur épreuves, cette voie de recrutement a été pérennisée en 2011.
L'avancement d'échelon s'opère à l'ancienneté, et l'avancement de grade a lieu au choix. Les membres des tribunaux administratifs jouissent de l'inamovibilité garantie par la loi de 1986 et par l'existence d'un organisme particulier, le *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*. Ils sont gérés par le secrétaire général du Conseil d'État, sous l'autorité et sur délégation du Vice-Président du Conseil d'État.

2. Les cours administratives d'appel, juridiction administrative de droit commun du deuxième degré

L'encombrement du Conseil d'État a conduit les pouvoirs publics à créer, par la loi du 31 décembre 1987, une véritable juridiction administrative de second degré : les cours administratives d'appel. Elles ont commencé à fonctionner le 1er janvier 1989. Nombre de leurs règles sont communes avec celles régissant les tribunaux administratifs. Le ministère d'avocat y est presque toujours obligatoire (décret du 24 juin 2003).

● L'organisation des cours administratives d'appel

457 Il existe huit cours administratives d'appel : Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Nancy, Nantes, Paris et Versailles. Leur ressort territorial est assez vaste. La cour de Paris recouvre les ressorts des tribunaux administratifs de Paris et de Melun et ceux de trois tribunaux

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

administratifs d'outre-mer. Un président, membre du Conseil d'État, est placé à la tête de chaque cour ; il est assisté de vice-présidents. Le nombre de chambres de chaque cour est fixé par arrêté du vice-président du Conseil d'État. Chaque chambre comprend cinq membres, la formation plénière, sept ; il existe aussi une formation des chambres réunies.

● Les attributions des cours administratives d'appel

458 Ces attributions se groupent en deux catégories.
Les cours ont des attributions contentieuses ; à ce titre elles sont juges d'appel de la plupart des jugements rendus par les tribunaux administratifs. Elles sont, en outre, juges d'appel des commissions du contentieux de l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans d'anciens protectorats ou territoires sous tutelle de la France. Leurs décisions sont des arrêts (28 000 environ par an), soumis au contrôle de cassation du Conseil d'État.
Elles possèdent aussi des attributions administratives ainsi que des attributions consultatives. Les cours ont en ces matières les mêmes attributions que les tribunaux administratifs. Toutefois, elles ne peuvent être saisies que par les préfets de région agissant en cette qualité.

● Le personnel des cours administratives d'appel

459 Ce personnel est composé de deux cent cinquante juges environ. Il est soumis aux mêmes règles que le personnel des tribunaux administratifs, avec lequel il forme un corps unique. Il existe un greffe par cour, qui exerce les mêmes attributions que les greffes des tribunaux administratifs.

3. Le Conseil d'État, juridiction administrative de cassation de droit commun

460 Le Conseil d'État est l'héritier d'une institution d'Ancien Régime, le *Conseil d'État* créé sous Henri III en 1578. Puis, à travers le Conseil du roi, il est aussi l'héritier de sa formation la plus importante, depuis le règlement établi par Louis XIV en 1673, le *Conseil d'en haut* ou *Conseil d'État privé, finances et direction*. Il a été recréé sous sa forme moderne par l'article 53 de la Constitution du 22 frimaire an VIII. Longtemps, le Conseil d'État n'a disposé que de la *justice retenue* : il proposait au chef de l'État des projets de décision de justice que celui-ci était libre de ratifier ou non. C'est la loi du 24 mai 1872 qui lui a conféré la *justice déléguée* : depuis cette date, le Conseil d'État prend des décisions qui ont effet par elles-mêmes. Aujourd'hui, il se trouve régi, pour l'essentiel, par la grande ordonnance du 31 juillet 1945 remaniée, codifiée dans le Code de justice administrative. Le Conseil d'État est l'une des plus prestigieuses institutions de l'État, ses membres y jouent un rôle considérable.

● L'organisation du Conseil d'État

461 À la tête du Conseil d'État est placé un vice-président (J.-M. Sauvé) qui est le véritable chef du Conseil. En effet, le premier ministre, qui en est théoriquement le président, ne préside pas le Conseil d'État mais il peut présider son assemblée générale ; à défaut cette présidence peut être assurée par le garde des Sceaux, ministre de la Justice. Le vice-président du Conseil d'État, qui est le plus haut fonctionnaire de l'État, est assisté d'un bureau, des sept présidents de section et d'un secrétaire général. Composé de sept sections, le Conseil d'État siège au Palais-Royal, autrefois Palais-Cardinal (construit par Lemercier pour le cardinal de Richelieu), qui fut cédé par Richelieu à Louis XIV, par disposition testamentaire.

462 *Les six sections administratives* exercent les fonctions administratives du Conseil. Quatre d'entre elles sont spécialisées, Travaux publics, Intérieur, Finances et Sociale, et disposent

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

d'importantes attributions consultatives : avis sur les questions posées par les membres du gouvernement, sur tous les projets de lois et les projets d'ordonnances de l'article 38, sur tous les projets de décrets de l'article 37, ainsi que sur d'autres décrets réglementaires. L'avis est rendu normalement en section ou en sous-sections réunies (quand il intéresse plusieurs d'entre elles à la fois), il peut aussi être rendu par l'assemblée générale du Conseil d'État soit en *formation ordinaire* (une quarantaine de membres, décr. du 6 mars 2008), soit en *formation plénière* (vice-président du Conseil, 7 présidents de sections et tous les conseillers d'État, décr. du 21 déc. 2004). En cas d'urgence cette fonction est dévolue à la *commission permanente* (16 membres, décr. du 6 mars 2008). Les avis sont en principe secrets, n'étant destinés qu'au gouvernement ; celui-ci est, naturellement, libre de les rendre publics.

La section de l'administration, créée par le décret du 6 mars 2008, qui est un certain retour à l'organisation du Conseil d'État sous le Premier empire, a une vocation non spécialisée et transversale. De façon concrète et symbolique, sa création tend à manifester la place singulière et prééminente du Conseil d'État dans l'organisation de l'État en France.

La section du Rapport et des Études, qui est aussi une section administrative du Conseil, est chargée de rédiger le *Rapport annuel du Conseil d'État au président de la république*, ainsi que d'effectuer des enquêtes et des études, qui lui sont commandées par le pouvoir exécutif. Elle intervient, en cas de difficulté, pour obtenir l'exécution des décisions de justice.

463 *La section du contentieux* est chargée d'exercer la justice administrative. Toutefois, cette expression désigne deux organes assez différents : d'une part, elle est une *subdivision du Conseil d'État*, l'une des sept sections composant ce Conseil, d'autre part, elle est aussi une formation de jugement composée d'une partie seulement des membres de la section du contentieux en tant que subdivision. Elle comprend dix sous-sections non spécialisées qui ont chacune un rôle d'instruction et de jugement des dossiers confiés.

Les décisions sont rendues, normalement, par *une seule sous-section ou* (cas le plus fréquent, le quorum y est de trois membres au moins) *deux* (ou trois ou quatre, décret. 22 févr. 2010) *sous-sections réunies*, la formation en sous-sections réunies tendant de plus en plus à devenir une formation intermédiaire entre la sous-section jugeant seule et la *section du contentieux en formation de jugement*. Lorsque l'enjeu des décisions est plus important, elles sont rendues par la *section du contentieux en formation de jugement* qui est composée de quinze membres de la section du contentieux en tant que subdivision du Conseil d'État (le président de la section du contentieux, les trois présidents adjoints de cette section, les dix présidents de sous-sections, un rapporteur). Les décisions les plus solennelles et les plus fondamentales émanent de *l'assemblée du contentieux*, dont les dix-sept membres, y compris le vice-président du Conseil d'État, appartiennent, les uns, à la section du contentieux (le président et les trois présidents adjoints de la section du contentieux, le président de la sous-section qui a instruit l'affaire, les quatre présidents de sous-sections les plus anciens dans leurs fonctions, le rapporteur), les autres, aux sections administratives (les six présidents de sections administratives). Le quorum y est de neuf membres.

Le secrétaire général du Conseil d'État, choisi parmi les conseillers d'État ou les maîtres des requêtes, est placé sous l'autorité du vice-président ; il dirige les services du Conseil et prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil d'État. Il est chargé de gérer le corps des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Il est assisté de deux secrétaires généraux adjoints pris parmi les maîtres des requêtes ou les auditeurs.

La *dualité fonctionnelle* du Conseil d'État, comme d'ailleurs d'autres juridictions, c'est-à-dire l'accomplissement, par un même organisme, de tâches contentieuses et de tâches d'administration, était menacée par la conception que se fait la Cour européenne des droits de l'homme de l'impartialité « objective » ou « apparente » d'une juridiction (CEDH 28 sept. 1995,

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Procola c/ Luxembourg, puis 6 mai 2003, *Kleyn et autres c/ Pays-Bas* et 9 nov. 2006, *Sacilor-Lormines* où la dualité fonctionnelle du CE semble admise par la CEDH). Aussi, pour éviter cet écueil, le décret du 6 mars 2008 a clarifié et rendue rigide la distinction entre les personnes et les activités qui, au sein du Conseil d'État, concernent ses fonctions administratives et celles qui sont tournées vers l'exercice de sa fonction contentieuse.

● Les attributions du Conseil d'État

464 Ces attributions sont de trois ordres : administratives, hiérarchiques et contentieuses.
Les attributions consultatives sont exercées par les sections administratives du Conseil d'État. Elles répondent aux demandes d'avis juridiques formulées par le gouvernement, elles sont appelées à préparer des projets de lois, d'ordonnances ou de décrets ou à donner leur sentiment sur la régularité juridique de tels projets, ou sur les incidences juridiques qu'est susceptible d'avoir l'adoption d'un texte. Ces demandes d'avis sont tantôt facultatives (le gouvernement recherche spontanément un conseil), tantôt obligatoires (un texte exprès l'impose), tantôt assorties d'une obligation pour le gouvernement de se conformer strictement à l'avis rendu par le Conseil d'État (avis conforme). Le Conseil d'État est également consulté sur les conventions internationales que la France s'apprête à négocier, à signer, à modifier ou à ratifier. Cette fonction – trop méconnue du public – prend à l'heure actuelle une importance quantitative et qualitative croissante. Enfin, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a prévu la possibilité, pour le président d'une assemblée parlementaire, de soumettre à l'avis du Conseil d'État, avant son examen en commission, toute proposition de loi déposée par un parlementaire, sauf si ce dernier s'y oppose (Const., art. 39, al. 5).
Les attributions hiérarchiques du Conseil d'État sont assurées par la mission permanente d'inspection des juridictions administratives qui peut désormais comporter des magistrats des cours et tribunaux administratifs (R. 112-1 et R. 112-1-1 CJA).
Les attributions contentieuses sont exercées collégialement, quelquefois par juge unique (président de la section du contentieux ou président de sous-section). Le Conseil d'État rend environ dix mille décisions par an. Il est tantôt juge de cassation de droit commun et c'est là sa fonction normale. À ce titre, il juge les arrêts rendus par les cours administratives d'appel ainsi que les décisions émanant de juridictions spécialisées statuant en dernier ressort. Les jugements rendus par les tribunaux administratifs sur certains litiges (art. R. 222-13 et R. 222-14 CJA) ou en premier et dernier ressort relèvent aussi du contrôle de cassation par le Conseil d'État. Il est également, assez rarement, juge d'appel d'attribution, notamment des jugements des tribunaux administratifs statuant sur les recours en matière d'élections locales et sur certains référés. Enfin, à titre exceptionnel, il est juge en premier et en dernier ressort de certaines catégories de litiges.
Le Conseil d'État est le *régulateur suprême de la justice administrative* (10 nov. 1999, *Sté coopérative agricole de Brienon*; 9 avr. 2010, *Philippe X.*, 329759) : jugement de la connexité, règlement de juges, demande d'avis sur une difficulté sérieuse (art. L. 113-1 CJA) (voir § 476-480).

● Le personnel du Conseil d'État

465 Le personnel du Conseil d'État – environ trois cents membres – se recrute normalement par la voie de l'ENA (auditeurs de première, puis de seconde classe, devenant ensuite maîtres des requêtes, puis conseillers d'État, selon des dénominations, une classification et une hiérarchie déjà en vigueur dans l'empire byzantin au v^{e} siècle). Si tous les auditeurs proviennent de l'ENA, le tour de l'extérieur (donc hors ENA) pourvoit à un quart des emplois de maître des requêtes et à un tiers de ceux de conseiller d'État.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

L'avancement a lieu exclusivement à l'ancienneté, bien que le choix soit prévu en théorie. L'avancement au choix demeure pour les postes les plus importants. Les membres du Conseil jouissent d'une grande indépendance bien qu'ils ne disposent pas du privilège de l'inamovibilité.
Les fonctions exercées au sein du Conseil d'État sont administratives et/ou contentieuses selon la section d'appartenance des membres. De plus, ceux-ci peuvent exercer en dehors du Conseil certaines tâches compatibles avec leur qualité (présidence de commissions, participation à des jurys, etc.). Enfin, le détachement hors du Conseil d'État est très prisé car il ouvre l'accès à des carrières prestigieuses à la tête d'institutions publiques de premier plan.

4. Les juridictions administratives spécialisées

Elles relèvent toutes du Conseil d'État en dernier ressort, soit par voie d'appel soit par voie de cassation.

● Les juridictions administratives spécialisées relevant du Conseil d'État par la voie de l'appel

466 Ces juridictions sont peu nombreuses. On rencontre surtout le Conseil des prises (qui statue sur la validité de toute prise maritime), dont les décisions sont jugées en appel par le Conseil d'État selon les modalités de la justice retenue (art. R 321-2 CJA et décr. n° 53-1169 du 28 nov. 1953, art. 3).

● Les juridictions administratives spécialisées relevant du Conseil d'État par la voie de la cassation

467 Ces juridictions sont les plus nombreuses. Tel est le cas de la Cour des comptes, de la Cour de discipline budgétaire et financière, de nombre de juridictions disciplinaires (Conseil supérieur de la magistrature, conseils nationaux des divers ordres professionnels statuant comme conseils de discipline, Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche statuant disciplinairement, commission bancaire) et d'un grand nombre d'autres juridictions comme la Commission centrale d'aide sociale, la Commission de répartition de l'indemnité égyptienne, la Cour nationale du droit d'asile, la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale ou la Commission spéciale de la taxe d'apprentissage.

C. Le partage des compétences à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif

La mise en œuvre des compétences respectives des trois juridictions de droit commun (1. à 3.) oblige parfois à régler des conflits survenant à l'intérieur de l'ordre administratif de juridiction (4.). Les règles de répartition des compétences entre ces juridictions sont de nature réglementaire.

1. L'étendue de la compétence des tribunaux administratifs

Il convient de distinguer entre la compétence matérielle et la compétence territoriale des tribunaux administratifs.

● La compétence matérielle des tribunaux administratifs

468 Les tribunaux administratifs sont, depuis 1953, juges de droit commun du premier degré en contentieux administratif. Les règles de compétence qui les régissent sont d'ordre public (4 nov. 1824, *Chapron*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Il convient d'opérer une importante distinction selon que les litiges sont jugés, comme cela est normalement la règle, en formation collégiale ou, par dérogation, par « un magistrat statuant seul » en audience publique et après audition du rapporteur public (ex-commissaire du gouvernement, art. R. 222-13 et R. 222-14 CJA). Cette deuxième hypothèse, normalement exceptionnelle, a tendance à devenir la règle dans un souci d'accélération du jugement des litiges et de désencombrement des tribunaux. Dans de nombreux cas – mais pas dans tous – cette simplification procédurale en première instance se double de l'interdiction d'interjeter appel des jugements rendus en ces matières.

469 Sont jugés par voie d'ordonnance, notamment, les litiges de « séries » (R. 222-1 CJA; 20 mai 2005, *Reboul*; 24 sept. 2007, *Murzeau*); les ordonnances de rejet : 1°) des requêtes manifestement irrecevables qui ne peuvent pas être régularisées ou qui, pouvant l'être, ne l'ont pas été à l'expiration du délai imparti; 2°– après expiration du délai de recours ou production d'un mémoire complémentaire annoncé, des requêtes ne contenant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé. Il ne peut être recouru à la procédure de l'ordonnance statuant sur un litige de série quand la solution du litige dépend d'une appréciation des données de fait propres à l'espèce (20 févr. 2008, *min. d'État, ministre de l'Intérieur*).

Sont jugés par un magistrat statuant seul, en particulier les litiges relatifs :

– aux déclarations de travaux exemptés de permis de construire;

– à la situation individuelle des fonctionnaires ou agents de l'État et des autres personnes ou collectivités publiques, ainsi que des agents ou employés de la Banque de France, à l'exception de ceux concernant l'entrée au service (23 déc. 2009, *Nicole X.*, 304790), la discipline et la sortie du service, et cela quel que soit le montant en cause (20 juil. 2007, *Tetart*); en revanche, s'agissant des décisions réglementaires rendues en ces matières, le droit commun reprend son empire (26 mars 2010, *Centre hospitalier du Mans*, 334700);

– aux pensions, à l'aide personnalisée au logement, à la communication de documents administratifs, au service national;

– à la redevance audiovisuelle;

– au permis de conduire;

– aux taxes syndicales et aux impôts locaux autres que la taxe professionnelle;

– à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour refus opposé à une demande de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice;

– aux actions indemnitaires, lorsque le montant des indemnités demandées dans la requête introductive d'instance est inférieur à dix mille euros, y compris les demandes accessoires, incidentes ou additionnelles mais non compris les divers chefs d'intérêts; pour déterminer ce seuil lorsqu'il y a plusieurs demandeurs est retenue la plus élevée de leurs demandes (26 mars 2010, *Comité défense des travailleurs frontaliers de la Moselle*, 330007);

– à la contestation des décisions prises en matière fiscale sur des demandes de remise gracieuse;

– aux édifices menaçant ruine.

On notera que pour tout litige se greffant à titre incident, accessoire ou additionnel sur le litige principal, le tribunal compétent au principal est compétent pour statuer sur l'accessoire (en vertu du principe que l'« accessoire suit le principal », *accessorium sequitur principale*, art. R. 312-3 et R. 312-4 CJA);

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● La compétence territoriale des tribunaux administratifs (art. R. 312-1 à R. 312-6 CJA)

470 *Le principe : la compétence juridictionnelle déterminée par le siège de l'autorité.*
Le principe est que la compétence du tribunal administratif est déterminée par le siège de l'autorité (ou de la première des autorités lorsqu'il y en a plusieurs) qui a pris la décision ou passé le contrat litigieux, mais ce principe est assorti de si nombreuses exceptions qu'il est devenu résiduel. Dans les cas où aucun des critères suivants ne trouve à s'appliquer, c'est le siège de l'autorité qui détermine le tribunal compétent. Si ce principe n'a qu'un aspect résiduel, c'est parce que son application – qui n'est que la transposition de celui connu en procédure civile (la juridiction compétente est celle du domicile du défendeur) – aboutirait, ici, par suite de la centralisation de l'Administration française dans la capitale, à la paralysie du tribunal administratif de Paris. C'est pourquoi il a fallu composer avec ledit principe. Lorsque l'incompétence territoriale d'un tribunal administratif n'a pas été invoquée par les parties avant la clôture de l'instruction de première instance, elle ne peut plus l'être par les parties ou relevée d'office par le juge d'appel ou de cassation (R. 312-2, al. 2 CJA ; 29 avr. 2011, *min. Intérieur*, 339577).

471 *Les exceptions à la compétence juridictionnelle déterminée par le siège de l'autorité* (art. R. 312-6 à R. 312-19 CJA).
Le tribunal administratif territorialement compétent est, en matière :
– de reconnaissance d'une qualité (déporté, interné résistant, évadé…) ou de mesure individuelle de police, celui du domicile du requérant. (En revanche, les litiges relatifs à l'octroi ou au refus d'octroi d'une naturalisation à un étranger ne sont pas des litiges relatifs à la reconnaissance d'une qualité, mais à un élément de l'état-civil : 26 avr. 1985, *min. Aff. soc. c/ Manouk*) ;
– d'expropriation, d'urbanisme, de réquisition, de domaine public, de remembrement, de monuments historiques et de sites, celui du lieu de situation des biens objets de la mesure contestée ;
– de litige individuel de fonction publique ou d'agents publics, celui du lieu d'affectation de l'agent, qui peut être le siège de son employeur et non le lieu d'exercice des fonctions (27 avr. 2006, *F.*) ;
– de désignation (élection, nomination) des membres des assemblées, corps ou organismes, celui du siège de ces assemblées (Paris 10 déc. 2003, *Union autonome intercatégorielle de la Caisse des dépôts et consignations*) ;
– de litiges relatifs aux législations régissant les activités professionnelles, notamment les professions libérales, les activités agricoles, commerciales et industrielles, la réglementation des prix, la réglementation du travail, ainsi que la protection ou la représentation des salariés, ceux concernant les sanctions administratives intervenues en application de ces législations, lorsque la décision attaquée n'a pas un caractère réglementaire (25 juil. 2008, *Aéroports de Paris*) ou si, ayant ce caractère, elle n'est applicable que dans le ressort d'un seul tribunal administratif (R. 312-10), celui où se trouve soit l'établissement ou l'exploitation dont l'activité est à l'origine du litige, soit le lieu d'exercice de la profession ;
– de contrat, de quasi-contrat, de marché ou de concession, celui du lieu d'exécution du contrat ; si le contrat est exécuté dans le ressort de plusieurs tribunaux administratifs (cas de la construction d'une autoroute, par ex.), le tribunal compétent sera celui dans le ressort duquel l'autorité publique contractante, ou la première des autorités publiques parties au contrat, a signé le contrat (3 juil. 1987, *min. Défense et Industr. c/ COFIROUTE*) ;
– de pensions des agents des collectivités territoriales, le tribunal administratif dans le ressort duquel est situé le siège de la personne publique dont relevait l'agent au moment de sa mise à la retraite ; pour toutes les autres pensions est compétent le tribunal administratif du lieu

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

d'assignation du paiement de la pension, ou, à défaut, de la résidence du demandeur lors de l'introduction du recours ;
– de responsabilité extracontractuelle, celui du lieu où s'est produit le fait générateur du dommage (fait ou décision) ;
– de décision individuelle prise à l'encontre d'une personne physique ou morale par une fédération sportive usant de ses prérogatives de puissance publique, celui dans le ressort duquel le requérant a son siège social ou sa résidence ;
– de contribution spéciale des art. L. 8253-1 et L. 8253-7 du Code du travail (emploi irrégulier de travailleurs étrangers), celui du lieu de constatation de l'infraction ;
– de décision individuelle de police (sauf la police des étrangers), le tribunal administratif dans le ressort duquel réside l'intéressé à la date de la décision contestée ;
– de refus de visa d'entrée sur le territoire français émanant d'autorités consulaires, celui de Nantes (R. 312-18, décr. 22 févr. 2010 ; 29 nov. 2010, *Halima X.*, 344240).
Lorsque, par application des principes qui précèdent (R. 312-1 et R. 312-6 à R. 312-18 CJA), aucun tribunal administratif n'est compétent, le litige est porté devant celui de Paris (27 oct. 2011, *Hébert X. et Karoll X.*, 348815).

2. L'étendue de la compétence des cours administratives d'appel

472 La compétence territoriale des cours administratives d'appel est d'ordre public. Est territorialement compétente la cour dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal administratif dont le jugement est frappé d'appel (R. 322-1 CJA).
Depuis 1995, les cours sont compétentes pour connaître de tous les appels dirigés contre des jugements rendus par des tribunaux administratifs (y compris quand le tribunal administratif statue sur l'obligation faite aux employeurs d'embaucher une certaine proportion de travailleurs handicapés [art. L. 323-1 et suiv. c. trav.] : 25 juin 2007, *min. Emploi, Cohésion soc. et Logement*), sauf, d'une part, ceux relatifs aux élections locales et ceux concernant les recours directs en appréciation de légalité, et d'autre part, ceux rendus en premier et dernier ressort dans certaines matières. Il s'agit de la plupart des litiges dans lesquels il peut être statué à juge unique en première instance (voir plus haut), à l'exception notable de ceux dans lesquels, à la fois, les sommes en litige excèdent 10 000 euros et concernent la situation individuelle des fonctionnaires ou agents de l'État et des autres personnes ou collectivités publiques (art. R. 811-1 et R. 222-13, 2° CJA combinés : 17 juin 2007, *Région Nord-Pas-de-Calais*), ainsi que des agents ou employés de la Banque de France, et de ceux qui concernent notamment les pensions ou l'aide personnalisée au logement.

3. L'étendue de la compétence du Conseil d'État

Les chefs de compétence du Conseil d'État sont, on l'a indiqué plus haut, divers.

● Le Conseil d'État, juge en premier et dernier ressort

473 Dans certaines hypothèses, généralement du fait de l'importance des actes attaqués, le Conseil d'État connaît de litiges directement en premier et dernier ressort : aucun recours n'est possible, en ce cas, contre ces décisions.
Il résulte des dispositions combinées des art. L. 311-2 à L. 311-12 et R. 311-2 du CJA que le Conseil d'État statue en premier et dernier ressort notamment sur les recours dirigés contre :
– les décrets autorisant les changements de noms prononcés en vertu de l'art. 61 c. civ. ;
– certaines élections (Parlement européen, conseils régionaux, assemblée de Corse, congrès et assemblées de province de Nouvelle-Calédonie, Assemblée des Français de l'étranger), ou consultations (celles organisées en vertu des art. 72-4 et 73 de la constitution) ;

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– les décisions des organes de certaines collectivités d'outre-mer (actes de l'assemblée de Polynésie française, des conseils généraux et des conseils régionaux des départements et des régions d'outre-mer, du conseil général de Mayotte, des conseils territoriaux de Saint-Barthélémy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon) ;

– (uniquement s'ils sont de pleine juridiction) les sanctions et /ou les décisions prises par certains organismes (*sanctions :* autorité de contrôle prudentiel, ministre chargé du logement, autorité de régulation des communications électroniques et des postes, commission de régulation de l'énergie, autorité de régulation des activités ferroviaires, autorité des marchés financiers, conseil de discipline de la gestion financière [quand le recours est formé par la commission des opérations de bourse], agence française de lutte contre le dopage ; *décisions*, outre certaines des autorités déjà citées : CSA, décisions administratives des tribunaux administratifs statuant sur une demande d'autorisation de plaider, autorité de la concurrence, autorité de régulation des jeux en ligne, autorité de sûreté nucléaire, CNIL, commission nationale des interceptions de sécurité) ;

– les ordonnances et les décrets du président de la république, les actes réglementaires des ministres (19 nov. 1965, *Ép. Delattre-Floury* ; 11 juil. 1980, *Rohmer*) et des autres autorités à compétence nationale (Sect. 18 mai 1979, *Lallement* ; 26 juil. 2011, *Synd. SNUTEFI-FSU et autres*, 346771 : actes d'un établ. publ. adm. doté du pouvoir réglementaire) ainsi que contre leurs circulaires et instructions de portée générale ;

– les décisions concernant le recrutement et la discipline des agents nommés par décret du président de la république en vertu de dispositions constitutionnelles ou organiques ;

– la durée excessive de la procédure devant une juridiction administrative (25 janv. 2006, *SARL Potchou et autres*) ;

– les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques ;

Le Conseil d'État est encore compétent à ce titre pour connaître des recours en interprétation et/ou en appréciation de légalité des actes dont le contentieux relève de sa compétence en premier et dernier ressort.

● Le Conseil d'État, juge d'appel (rappel)

474 Le Conseil d'État, on l'a vu, est juge d'appel d'un certain nombre de jugements rendus par les tribunaux administratifs en matière d'appréciation de la légalité sur renvoi des juridictions judiciaires, d'élections cantonales ou municipales, ou dans le cadre de certains référés.

● Le Conseil d'État, juge de cassation (rappel)

475 Le Conseil d'État est juge exclusif de cassation des arrêts rendus par les cours administratives d'appel, ainsi que des décisions en dernier ressort rendues soit par des juridictions spécialisées comme la Cour des comptes (8 juil. 1904, *Botta*), le Conseil national de l'ordre des médecins (22 févr. 2007, *M.*), la Cour nationale du droit d'asile ou la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale, soit par les tribunaux administratifs.

● Le Conseil d'État, régulateur suprême de l'ordre administratif

476 Bien que cette compétence ne soit pas à proprement parler juridictionnelle, sa présentation a sa place ici. L'intervention du Conseil d'État, devenu pour l'essentiel juge de cassation, est désormais très tardive. Pour obvier cette conséquence, la loi du 31 décembre 1987 a prévu la possibilité pour les tribunaux et cours administratifs de saisir le Conseil d'État d'une *demande d'avis* au sujet d'un litige pendant devant eux. Cette demande n'est possible que si le litige satisfait à trois conditions : il doit porter sur une question de droit nouvelle, cette question doit présenter une difficulté sérieuse à résoudre et doit être susceptible de se poser dans de nombreux litiges. Le Conseil d'État se reconnaît une assez grande liberté d'appré-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

ciation tant pour estimer que les conditions légales de sa saisine ne sont pas réunies (Sect., Avis, 6 oct. 1995, *Chevillon*) que pour élargir le sens de sa réponse (Ass., Avis, 24 oct. 1997, *Assoc. locale pour le culte des Témoins de Jéhovah de Riom*). C'est une sorte de consultation destinée à empêcher une invasion contentieuse et à prévenir l'encombrement des rôles. Elle est calquée sur le modèle romain du *rescrit impérial*.

Le dossier est renvoyé au Conseil d'État, les parties étant avisées de ce renvoi et pouvant formuler des observations ; ce renvoi entraîne un sursis à statuer automatique à toute nouvelle décision sur le fond. Si la requête renvoyée était dispensée de ministère d'avocat, il en ira de même devant le Conseil d'État ; en revanche, si la requête n'était pas dispensée du ministère d'avocat, il conviendra, devant le Conseil d'État, de recourir à un avocat aux conseils. Le Conseil d'État dispose d'un délai de trois mois pour rendre son avis ; à défaut de réponse dans ce délai, la juridiction primitivement saisie reprend le dossier. L'avis du Conseil d'État peut être publié au *Journal officiel* mais n'a pas de caractère obligatoire pour la juridiction qui l'a sollicité. On a voulu, par cette dernière règle, échapper à la prohibition des arrêts de règlement qu'édicte l'art. 5 du Code civil. Cependant, on voit mal la juridiction qui a sollicité l'avis du Conseil d'État ne pas y souscrire.

4. Le règlement des questions de compétence à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif

477 Trois procédures principales permettent au requérant de trouver vite et avec un certain confort juridique la juridiction administrative compétente pour recevoir et instruire ses demandes. On rappellera par ailleurs que dans le souci d'une bonne administration de la justice, le président de la section du contentieux du Conseil d'État, spontanément ou sur demande d'un président de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel, peut attribuer, par une ordonnance motivée insusceptible de recours, le jugement d'une ou plusieurs affaires à la juridiction qu'il désigne (R. 351-8 CJA).

● Le règlement de juges (R 351-1 à 351-3 CJA)

478 C'est une procédure pour résoudre les contrariétés de décisions à l'intérieur de l'ordre administratif dans quatre cas :

– lorsque le Conseil d'État est saisi de conclusions relevant de la compétence d'une autre juridiction administrative ;

– lorsque le Conseil d'État constate une contrariété entre deux de ses propres décisions (11 mai 1959, *Miret*, solution purement prétorienne) ;

– lorsqu'une cour administrative d'appel ou un tribunal administratif est saisi de conclusions qu'il estime relever du Conseil d'État ;

– lorsqu'une cour administrative d'appel ou un tribunal administratif est saisi de conclusions qu'il estime relever d'une juridiction administrative autre que le Conseil d'État.

Dans ces hypothèses, le Conseil d'État autosaisi (1er et 2e cas) ou saisi par une juridiction (3e et 4e cas) règle la question de compétence et attribue le jugement de tout ou partie de l'affaire à la juridiction qu'il estime compétente (27 oct. 1948, *Guignard* ; 21 avr. 1950, *Mounicheren* ; 5 mai 1950, *Clemencelle*).

● La connexité (R 341-1 à R. 344-3 CJA)

479 Il y a connexité entre deux litiges portés devant des juridictions administratives différentes :

– soit – et c'est là la position jurisprudentielle classique qui est demeurée longtemps exclusive – lorsque la solution qui doit être donnée à l'un des litiges dépend de celle qui sera retenue pour l'autre litige (22 oct. 1969, *Cts Tencéré*) ;

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– soit lorsqu'il existe entre deux actions contentieuses un lien ou un rapport suffisamment étroit (Sect. 8 oct. 1976, *Le Blant*; Ass. 26 nov. 1976, *Soldani*).

L'existence d'un lien de connexité demeure restrictivement appréciée malgré l'évolution amorcée à partir de 1976 : ainsi il n'y a pas de connexité entre un arrêté de reconduite à la frontière et la décision de refus du titre de séjour sur la base de laquelle a été pris l'arrêté de reconduite (9 octobre 2002, *X.*, 221784).

Il peut y avoir connexité :

– entre des demandes relevant de la compétence d'un tribunal administratif et des demandes relevant de la compétence de premier ressort du Conseil d'État (Sect. 16 oct. 1981, *Guillaume et Germanaud* [oui]; 29 juil. 2010, *Jean X.*, 341942 [non]);

– entre des demandes relevant d'une cour administrative d'appel et des demandes relevant de la compétence d'appel du Conseil d'État (5 mai 2010, *Marc X.*, 327239);

– entre des demandes relevant de la compétence de deux tribunaux administratifs,

– entre des demandes relevant de la compétence de deux cours d'appel.

Dans les deux premiers cas, le Conseil d'État est compétent pour se prononcer sur l'ensemble des demandes. Dans les deux autres cas, le président de la section du contentieux du Conseil d'État, s'il constate l'existence d'un lien de connexité, attribue le jugement du litige à l'une des deux juridictions saisies.

● Le règlement préventif des questions de compétence (R. 351-4 à R. 351-6 et R. 351-9 CJA)

480 Cet ensemble de mécanismes (issus de deux décrets des 22 février 1972 et 2 septembre 1988) est destiné à faire disparaître tout conflit de compétence à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif.

Une juridiction administrative, même incompétente pour connaître d'un recours, peut le rejeter s'il est entaché d'irrecevabilité manifeste ou s'il n'y a pas lieu de statuer.

Et surtout, lorsqu'un doute surgit sur sa compétence, tout juge administratif de droit commun (et seulement un juge administratif de droit commun) peut saisir le Conseil d'État qui tranche définitivement la question.

Lorsque le président de la section du contentieux décide, sur le fondement de l'art. R. 351-9 CJA, qu'une juridiction administrative est compétente pour connaître d'un litige, cette compétence ne peut pas être remise en cause sauf pour incompétence de l'ensemble de l'ordre juridictionnel administratif (9 juil. 2010, *Sté Poweo*, 324311).

2 La répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels

481 C'est un des chapitres les plus difficiles du droit administratif. Pourtant, à première vue, cette répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction devrait s'opérer suivant une ligne simple de partage : l'activité administrative relève du juge administratif, les activités privées, du juge judiciaire. En réalité, la frontière entre secteur public et secteur privé est délicate à tracer. Certaines activités administratives sont soumises à la compétence du juge judiciaire pendant que certaines activités menées par des personnes privées ressortissent à la compétence du juge administratif. Un relatif illogisme préside parfois aux solutions. Selon le Conseil constitutionnel (86-224 DC, 23 janv. 1987, *Conseil de la concurrence*, confirmé par 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi rel. à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, point 65), d'une part, relèvent

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

du juge administratif *« l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou leurs organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »* (A.), d'autre part, il existe, même dans le domaine d'action des Administrations, en matière administrative, des *« matières réservées par nature à l'autorité judiciaire »* (B.). Cette complexité, en alourdissant les procédures, introduit un facteur d'allongement des délais qui se concilie mal avec l'obligation de juger dans un délai raisonnable (Ass. 28 juin 2002, *min. de la Justice c/ Magiera*, *AJDA* 2002 p. 599). En outre, des litiges peuvent, en dehors de l'hypothèse des actes de gouvernement (*cf.* § 56-68), ne relever d'aucun de ces deux ordres, ainsi ceux relatifs au régime des archives du Conseil constitutionnel (Ass. 25 oct. 2002, *Brouant*) ou au contenu de son site internet (2 juil. 2008, *René X.*).

A. La délimitation de la compétence du juge administratif en matière administrative

482 Dans quelques cas, la compétence du juge administratif est fixée par la loi (ainsi pour les marchés publics, *cf.* loi MURCEF, 11 déc. 2001 : Cass. 1re civ. 23 janv. 2007), à défaut de précisions législatives – ce qui est la situation normale – la doctrine a cherché longtemps un critère permettant de déterminer le champ d'application du droit administratif et, par suite, de la compétence du juge administratif. De tous les critères proposés, *celui du service public*, systématisé à partir de l'arrêt *Blanco*, a eu la plus grande fortune. Les activités des personnes publiques sont destinées à satisfaire l'intérêt général, elles constituent donc des services publics. Par suite, tout litige relatif au service public devait être soumis aux règles du droit administratif et à la compétence du juge administratif. Pourtant, dès 1903, J. Romieu avait montré les imperfections d'un tel critère (concl. sur 6 févr. 1903, *Terrier*). Bientôt des catégories entières de services publics vont quitter l'univers du droit administratif, révélant la justesse des prophéties de Romieu. C'est pourquoi la doctrine a proposé de retenir *le critère de la puissance publique*. Celui-ci met l'accent sur l'utilisation de prérogatives exorbitantes du droit commun. Ce dernier critère parait être, aux yeux du Conseil constitutionnel, le seul qui soit de rang constitutionnel.

Les critères se sont succédés, ainsi celui selon lequel *la compétence suit le fond* (la connaissance du droit applicable ferait découvrir la juridiction compétente). Bien que tout cela puisse paraître un peu incertain, il faut cependant retenir l'idée que, en principe, l'activité administrative est soumise au juge administratif (1.) mais il existe de nombreuses exceptions à ce principe (2.).

1. Le principe : compétence du juge administratif en matière administrative

483 Le principe est, en définitive, d'une formulation simple : l'activité administrative française relève du droit administratif, et donc du juge administratif. Une présomption fait décider que l'activité des personnes publiques (État, collectivités d'outre-mer, régions, départements, communes, collectivités *sui generis*, établissements publics ; voir par ex. Avis, 20 oct. 2000, *Mme T.*, au sujet de l'Établissement français du sang) comme le statut de leurs agents (TC 25 mars 1996, *Berkani* ; TC 24 mai 2004, *préfet de la Seine-et-Marne*) sont soumis au droit public sauf disposition légale contraire expresse (TC 26 avr. 2004, *X. c/ Cne d'Hardricourt*). Ainsi, le juge administratif est-il compétent pour connaître d'une action en responsabilité décennale des constructeurs d'un immeuble bâti à la demande d'une personne publique et cédé en partie à des personnes privées (TC 18 juin 2007, *Synd. des copropr. de l'ensemble immobilier sis place de la gare à la Varenne-St Hilaire*), d'une action en réparation de dommages causés par une décision de l'OFPRA déclarée illégale par

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

la Cour nationale du droit d'asile (Avis, 12 nov. 2012, *OFPRA*, 355135) ou encore pour connaître de litiges nés à l'occasion de la passation de marchés publics, tout comme de ceux relatifs à leur exécution, qu'ils aient, ou non, un caractère contractuel (19 déc. 2007, *Sté Campenon-Bernard et autres*).

2. Exceptions

Trois exceptions, les plus importantes, sont présentées ici.

Compétence du juge administratif envers les personnes privées en vertu de la loi

484 Par exception légale, certaines activités de personnes privées sont traitées par la loi comme des activités administratives : litiges entre tiers et entrepreneurs de travaux publics (loi de pluviôse an VIII, art. 4), ou relatifs à l'indemnité due à l'explorateur par le concessionnaire d'une mine (Code minier, art. 76), etc.

● Compétence du juge administratif envers les personnes privées en vertu de la jurisprudence

485 Par exception jurisprudentielle, l'activité de certaines personnes privées peut constituer une activité administrative, et relever ainsi du droit et du juge administratifs, à la double condition que ces personnes gèrent un service public et qu'elles aient été dotées à cette fin de prérogatives de puissance publique (17 févr. 1992, *Sté Textron* : absence de prérogatives exorbitantes ; TC 13 janv. 1992, *préfet de la Région Aquitaine c/ Association nouvelle des girondins de Bordeaux* : existence de prérogatives exorbitantes). À défaut de remplir cette dernière condition, il faut que ces personnes privées soit dotées, pour la réalisation de cette activité, d'un « statut » permettant de déceler l'existence d'un service public à elles confié (Sect. 22 févr. 2007, *APREI*).

En raison du caractère attractif de la notion et du régime juridique et contentieux du travail public, le juge administratif peut être compétent pour connaître de litiges survenus dans le cadre d'une relation juridique relevant globalement du droit privé, ainsi de celui relatif à un accident de travail subi par le salarié d'une entreprise privée réalisant une opération de travail public, et cela même si la réparation en a été demandée à l'employeur personne privée (TC 19 mars 2007, *Mme X.*).

● Incompétence du juge administratif envers certains services publics

486 Le juge administratif est incompétent pour connaître de litiges concernant certains services publics. *Cette incompétence est tantôt absolue, tantôt partielle*.

– L'incompétence du juge administratif est *absolue* pour connaître de quatre catégories de litiges.

En premier lieu, ce juge ne peut connaître de litiges ne relevant pas du droit français mais d'un droit étranger (30 mai 2007, *Motta* : contrat de travail d'agent public soumis au droit italien).

En deuxième lieu, il s'agit du *contentieux des actes de gouvernement*, sauf s'il s'agit d'actions en responsabilité dirigées contre l'État par suite de dommages causés par l'incorporation en droit interne français d'une convention internationale (Ass. 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, p. 257).

En troisième lieu, il s'agit du *contentieux de la constitutionnalité des lois*. Il faut entendre par « loi » l'acte pris par une autorité qui avait la nature d'autorité législative lors de l'édiction de l'acte en question : ainsi, sont des lois certains édits, ordonnances, baillettes, lettres patentes, et autres actes royaux, des décrets et arrêtés de la Révolution, des décrets, arrêtés et avis du Conseil d'État rendus sous le Consulat et sous l'Empire, des décrets de certains

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

gouvernements (Gouvernement provisoire de 1848, gouvernement de la Défense nationale…), certains actes de Vichy, etc.

En quatrième lieu, il s'agit du *contentieux des actes se rattachant à l'exercice par le Conseil constitutionnel des missions que lui confient la Constitution et les lois organiques prises sur son fondement* (9 nov. 2005, *Moitry* : publication par le CC, sur son site internet, de commentaires relatifs au sens et à la portée de sa jurisprudence).

– L'incompétence du juge administratif est *partielle* pour connaître de trois catégories de litiges.

En premier lieu, les litiges relatifs à la *conventionnalité des lois* (*cf.* § 26-32).

En deuxième lieu, il s'agit des *litiges relatifs aux affaires internationales*. Ceux-ci échappent, en grande partie, à la connaissance du juge administratif. Il en va spécialement ainsi :

1°) des activités menées en dehors du territoire national (sauf s'il s'agit d'activités administratives françaises : 18 déc. 1925, *National Steam Navigation Company Ltd of Greece*; 8 avr. 1961, *Houille*; application négative : 27 avr. 1987, *Boulard*, travaux publics réalisés par une entreprise française hors de France et pour le compte d'une personne publique étrangère) ;

2°) des activités menées par des agents, même français, ayant une double compétence lorsqu'ils agissent en tant qu'autorité étrangère (agents de protectorat agissant au nom de l'État protégé, président de la république française en tant que coprince des Vallées d'Andorre : 1er déc. 1933, *Sté Le Nickel*) ;

3°) des actes non détachables de la conduite des relations internationales. Les actes dont l'examen ne peut être effectué sans mettre en jeu l'interprétation de rapports internationaux sont dits non détachables et échappent à la compétence du juge administratif. Sont, en revanche, des actes détachables – et donc susceptibles d'être déférés au juge administratif – ceux qui forment en eux-mêmes un ensemble intellectuel et pratique permettant leur examen sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle du cadre international auquel ils se relient : mesures d'exécution ou d'application d'un traité, extraditions (Ass. 15 oct. 1993, *Davis-Aylor*, préc.), refus d'extradition (Ass. 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong* – plus connu sous le nom de *Saniman*, préc.), entraide judiciaire internationale (9 juin 1999, *Forabosco* : signalement d'une personne aux fins de non-admission en application de la convention de Schengen), etc.

En troisième lieu, il s'agit des *litiges relatifs au service public de la justice judiciaire*. En tant que service public administratif, la justice judiciaire devrait relever de la compétence du juge administratif tandis que le principe de séparation des deux ordres de juridiction conduit, lui, à exclure la compétence du juge administratif. Au vu de ces exigences contradictoires, une décision du Tribunal des Conflits (27 nov. 1952, *préfet de la Guyane*, p. 642) range les litiges concernés en deux catégories : *l'organisation* du service public de la justice judiciaire et *le fonctionnement* de celui-ci. Le juge administratif connaît des litiges relatifs à *l'organisation de la justice judiciaire* (statut des magistrats, localisation, création, suppression des tribunaux, etc. : TC 9 juil. 2012, *X.*, à propos de la rémunération des conseillers prud'homaux). Au contraire, tout ce qui touche au fonctionnement même de la justice judiciaire (sur cette notion : 23 juil. 2010, *Synd. magistrature*, 328463), c'est-à-dire l'acte juridictionnel lui-même, échappe au juge administratif (23 juil. 2009, *Jacques X.*, 329768). L'incompétence de principe du juge administratif s'étend ici, d'une part, à tous les actes administratifs relatifs aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire et dont l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public (décret du président de la république exerçant le droit de grâce : 19 avr. 2011, *Jean-Luc X.*, 339518), d'autre part, à tous les actes administratifs non détachables de la procédure judiciaire (décision du juge d'instruction supprimant le droit de visite d'un détenu : 15 avr. 2011, *Garde des Sceaux*, 346213), notamment les actes préparatoires aux décisions de justice (arrêt de renvoi, décision d'engager ou non des poursuites [10 févr. 1984, *min. de l'Agriculture c/ Sté « Les fils de Henri Ramel »*], actes de police judiciaire), ainsi que la

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

plupart des actes d'exécution de ces décisions (Sect. 4 nov. 1994, *Korber* : mesures de libération conditionnelle). À l'égard de ces derniers, le juge administratif retrouve une certaine compétence dans trois hypothèses principales : 1°) les litiges relatifs au refus du concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision de justice (30 nov. 1923, *Couitéas*, p. 789 ; Ass. 12 févr. 1971, *Rebatel*), 2°) les litiges relatifs au fonctionnement administratif du service pénitentiaire (qu'il s'agisse de personnes condamnées ou simplement prévenues) telles les décisions de transfèrement d'un détenu d'une maison d'arrêt à une autre (8 déc. 1967, *Kayanakis* ; Paris 19 déc. 2005, *Boussouar*) ou ceux concernant le compte d'un détenu (6 juin 2007, *G.*, 287176), 3°) les actions en responsabilité sans faute dirigées contre l'État du chef du fonctionnement défectueux de la justice judiciaire (2 déc. 1981, *min. Justice c/ Theys* ; 27 mars 1985, *min. Justice c/ Henry* ; 15 févr. 2006, *min. Justice c/ consorts A.*).

B. La délimitation de la compétence du juge judiciaire en matière administrative

Dans certaines matières, la situation est inverse de ce qu'elle était ci-dessus : bien que l'on soit en présence d'activités de service public, le principe est la compétence du juge judiciaire tantôt en vertu de textes législatifs (1.), tantôt en vertu de la jurisprudence (2.).

1. La compétence judiciaire par détermination légale

487 Cette compétence comprend notamment les contentieux suivants :

– impôts indirects, droits de douane et d'enregistrement, en vertu des lois du 22 frimaire an VIII et du 1er germinal an XIII, l'impôt de solidarité sur la fortune ;

– droits de place dans les halles et sur les marchés (décret du 17 mai 1809, art. 136 : TC 23 avr. 2007, *Cne de Cabourg* ; 9 mai 2011, *Jean-Paul X. et autres*, 341118) ;

– dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque, en vertu de la loi du 31 décembre 1957, la jurisprudence ayant une conception extensive de la notion de véhicule (sont considérés comme tels une charrette à bras : 25 juin 1986, *Curtol* ; le nuage de poussière soulevé par un véhicule, seulement si ce nuage cause un dommage aux riverains de la voie sur laquelle se déplace le véhicule « producteur » du nuage de poussière : 8 mars 1985, *Richard* ; l'arbre tracté par un véhicule, ou encore un radeau, de même, un hélicoptère : TC 5 mai 2008, X., 3587 et 3588 ; un tracto-pelle : TC 9 juil. 2012, *Sté Sofilogis*, 3865) ;

– sécurité sociale (loi de 1946 et TC 20 févr. 2008, *X. c/ Centre hospit. des pays de Morlaix*) ;

– certaines hypothèses de responsabilité (dommages causés aux élèves ou par les élèves de l'enseignement public ou privé sous contrat ; dommages dus aux installations électriques : loi du 15 juin 1906, ou nucléaires : loi du 30 octobre 1968 ; au stationnement ou aux manœuvres des troupes : lois de 1877 et 1901 ; ordonnance de 1959, etc.) ;

– expulsion des habitations de nomades situées sur un terrain privé ou public autre que les aires aménagées à cet effet par la commune (loi du 5 juil. 2000 modif. par la loi du 18 mars 2003 : 8 juin 2007, *Cne de Gisors*, compétence exclusive du président du TGI) ;

– brevets d'invention et donc primes des fonctionnaires inventeurs, sauf pour les décisions administratives refusant d'octroyer ou de prolonger un brevet ;

– contentieux de la concurrence et certains contentieux économiques (ordonnance du 1er décembre 1986, lois des 6 juillet et 31 décembre 1987, 22 janvier 1988, 2 août 1989 et 27 juin 1996).

Cependant, même lorsque la loi attribue compétence au juge judiciaire pour connaître de certains litiges (ainsi, le contentieux entre France Télécom et ses usagers), la compétence du juge administratif peut réapparaître en raison de la nature du litige (TC 19 mars 2007, *France Télécom* : nature administrative du contrat litigieux).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. La compétence judiciaire en vertu de principes jurisprudentiels

488 Les circonstances historiques de l'apparition du juge administratif ont suscité l'hostilité des libéraux, qui ont multiplié, au cours du XIXe siècle, les exceptions de compétence en faveur du juge judiciaire lorsque l'existence ou l'action des services publics touche à la propriété privée et aux libertés individuelles.

● État-civil et capacité des personnes

489 Le contentieux de l'état et de la capacité des personnes relève de la compétence du juge civil qui a plénitude de juridiction (5 juil. 2004, *Zampaligre épouse Poincinet*), du moins quand existe un doute sérieux, par exemple, sur l'état des personnes (5 août 2009, *Marcel X.*, 321737) ou sur l'existence d'un lien de filiation (1er juil. 2009, *Maciré X.*, 310538). Ainsi le contentieux des autorisations de mariage délivrées par le président de la république relève du juge judiciaire (12 oct. 2005, *P. et S.H.*) tout comme les actions en responsabilité dirigées contre le service public de l'état civil (TC 14 février 2005, *M. Remigius*; 2 juil. 2008, *Mouze-Amady*). Le juge administratif ne retrouve sa compétence que dans de rares cas :
– refus du garde des Sceaux d'inscrire un titre de noblesse sur le registre du Sceau de France,
– changement de nom des communes, départements et régions ;
– francisation des noms et prénoms consécutive à une naturalisation ;
– opposition à une autorisation de changement de nom ;
– naturalisation et refus de naturalisation ;
– nationalité des personnes morales.
Les actions en matière d'état civil sont toujours dirigées contre l'État (Cass. 1re civ. 14 nov. 2006).

● Les libertés de l'individu et le droit de propriété

Les libertés de l'individu et le droit de propriété sont aujourd'hui de la compétence du juge judiciaire car l'on fonde cette dernière sur l'article 66 de la Constitution (CC 12 janv. 1977, 29 déc. 1983 et 29 déc. 1984; 9 juil. 1986, *Ville de Paris*). Deux grandes théories sont issues de cette conception : il s'agit de l'emprise irrégulière et de la voie de fait. Ainsi, en matière d'atteinte à la propriété, les deux théories s'appliquent parfois simultanément, entraînant la compétence judiciaire (Cass. 1re civ. 9 janv. 2007).

490 *L'emprise irrégulière* est réalisée lorsque trois conditions sont remplies (TC 21 juin 2004, *SCI CAMARET c/ SIVOM de la région d'Issoire et autres*; TC 23 avr. 2007, *Cne de Bourges*; 6 nov. 2009, *Cne de La Gaude*, 303686).
1°) Tout d'abord, l'Administration doit avoir elle-même dépossédé une personne privée ou une personne publique ou l'avoir laissée déposséder par un tiers. Il doit réellement s'agir d'une dépossession et non d'une privation de jouissance. 2°) Ensuite, cette dépossession doit être intervenue de manière irrégulière. En effet, lorsque l'emprise est régulière, c'est-à-dire conforme à un texte instituant un cas particulier d'emprise au profit de la puissance publique, son contentieux appartient au juge administratif. 3°) Enfin, la dépossession doit porter sur un bien immobilier. Si la dépossession concerne un meuble, elle relève du juge administratif.
L'absence d'opposition du propriétaire à une telle emprise ne lui retire pas son caractère irrégulier (23 juil. 2010, *Pellet*, 332761).
Le juge administratif est seul compétent pour décider du caractère régulier ou irrégulier d'une emprise (TC 30 juin 1949, *Nogier*; Sect. 17 juil. 2009, *min. Écon., Fin. et Industr.*, 288559). Le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les conséquences d'une emprise déclarée irrégulière par le juge administratif (TC 17 mars 1949, *Sté immobilière Rivoli-Sébastopol*; 15 déc. 2003, *EURL*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Franck immobilier; TC 20 juin 2005, *Lopez c/ EDF*). L'État peut recourir à l'expropriation pour mettre fin à une emprise irrégulière (Lyon, 5 juil. 2007, *min. Équipmt*).

491 *La voie de fait* existe si deux conditions sont remplies (TC 23 mai 2005, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française*) :

1°) l'action considérée doit être entachée d'une irrégularité si grave qu'elle constitue *« une mesure manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire et ne constituant de toute évidence qu'une simple voie de fait »* (TC 4 juin 1940, *Schneider*) ; ou une : *« mesure manifestement insusceptible d'être rattachée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration »* (Ass. 18 nov. 1949, *Carlier*; TC 20 oct. 2008, *Grunenberger*) ; il peut s'agir soit d'un acte administratif irrégulier en lui-même (ce sera *la voie de fait par manque de droit*) soit de l'exécution irrégulière d'un acte administratif régulier (ce sera *la voie de fait par manque de procédure* : Cass. 1re civ. 28 nov. 2006, *Cne de Saint-Maur-des-Fossés*) soit d'une double irrégularité, de l'acte et de sa mise en œuvre. Normalement, la mesure prise sur la base d'un texte même irrégulier, n'est pas constitutive d'une voie de fait (TC 19 nov. 2007, *G.* : retrait de points du permis de conduire ; 19 nov. 2007, *préfet du Val-de-Marne*).

2°) ensuite, cette action grossièrement irrégulière doit porter atteinte soit à une liberté fondamentale (comme le respect dû aux tombes des morts, la liberté des cultes ou d'opinion, le secret des correspondances postales, l'inviolabilité du domicile, la liberté d'aller et de venir, etc.), soit au droit de propriété (*cf.* une saisie d'huîtres ou de plaques photographiques, la pose de scellés sur des meubles, la construction sur un terrain appartenant à une personne publique et qu'elle loue à un tiers [Cass. civ. 3e, 20 févr. 2008, *GAEC Dolbois frères*], etc.). La voie de fait est souvent constituée par l'exécution forcée d'une décision administrative (*cf.* concl. J. Romieu sur TC, 2 déc. 1902, *Sté immobilière de Saint-Just*, p. 713), sauf lorsqu'un texte permet cette exécution forcée : dans ce cas, l'exécution forcée, même irrégulière, ne constitue pas une voie de fait (TC 12 mai 1997, *préfet de police*, p. 528 ; TC 19 janv. 2004, *préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris*). En raison de sa gravité, la voie de fait peut être constatée indifféremment par le juge administratif ou par le juge judiciaire (car il s'agit d'un acte inexistant), mais seul le juge judiciaire est compétent pour en apprécier les conséquences (TC 6 mai 2002, *Binet c/ EDF*) sauf, en cas d'urgence, la possibilité pour le juge administratif du référé-libertés, d'intervenir pour la faire cesser (Ord. Réf. 23 janv. 2013, *Cne de Chirongui*, 365262).

Malgré les complications et longueurs inutiles que provoque l'existence de la théorie de la voie de fait, celle-ci subsiste par la volonté du législateur (loi du 30 juin 2000) que la jurisprudence est obligée de respecter (TC 23 oct. 2000, *Boussadar*). En effet, le législateur, au cours des débats qui ont précédé le vote de la loi du 30 juin 2000, sur les procédures d'urgence, a clairement manifesté sa volonté de la voir maintenue (TC 23 oct. 2000, *Boussadar,* préc.).

● Actes détachables

492 Le juge judiciaire est compétent pour connaître des litiges relatifs à des actes détachables d'un acte principal qui relève du droit public, ainsi de l'acte d'une personne privée détachable d'un contrat administratif (TC 15 janv. 2007, *X. c/ OGEC Notre-Dame du Mas*).

● Gestion du domaine privé

493 Les litiges relatifs à la gestion du domaine privé (TC 24 janv. 1952, *Conservateur des Eaux et Forêts de la Corse*; 13 nov. 1987, *Secr. d'État à la Mer c/ Amiot*), aux dommages causés par le domaine privé ou par son exploitation (28 nov. 1975, *Office national des Forêts c/ Abamonte*), à ses contrats et à la responsabilité qui en découle (TC 19 janv. 2004, *X. c/ Cne de Wildenstein*) comme aux actes unilatéraux non détachables d'une procédure judiciaire (4 juin 2007, *Petitpas)* relèvent du juge judiciaire. Les agents recrutés par le service public de la gestion du domaine privé ne sont pas

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

des agents publics (TC 15 janv. 2007, *Ouhramoune*). Le juge administratif ne retrouve sa compétence que dans trois cas principalement :
– existence de dispositions légales expresses retenant sa compétence (lois du 10 juin 1793 et du 9 ventôse an XII relatives au partage des biens communaux, loi du 28 pluviôse an VIII concernant la vente d'immeubles du domaine privé de l'État) ;
– contentieux relatif à certains actes réglementaires concernant le domaine privé ;
– dommages de travaux publics survenus sur une dépendance du domaine privé, ceci en raison du caractère juridiquement « attractif » de la notion de travaux publics.

● Services publics à caractère industriel ou commercial – Service public social

494 En matière de services publics à caractère industriel ou commercial la compétence de principe est celle du juge judiciaire (cas des litiges relatifs aux redevances imposées à certains prestataires de services par Aéroports de Paris qui n'impliquent pas des prérogatives de puissance publique : TC 15 janv. 2007, *Alpha Flight Services*). D'importants îlots de compétence demeurent cependant au profit du juge administratif. Il en allait de même, pour l'essentiel, dans le cadre du prétendu service public social (voir au chap. 5).

● Contrats de droit privé des personnes publiques

495 Normalement, les litiges relatifs aux contrats de droit privé conclus par des personnes publiques relèvent du juge judiciaire. Il en va ainsi, par exemple, de la subrogation conventionnelle de l'État dans les droits du titulaire d'une créance privée (22 févr. 2008, *Oualid-Malaguti*). Toutefois, les litiges relatifs à un contrat de droit privé accessoire à un contrat principal lui-même de nature administrative relèvent du juge administratif (TC 19 mars 2007, *France Télécom*).

3 Conflits de compétence et questions préjudicielles

496 L'existence de deux ordres de juridiction et la complexité de la ligne de partage de leurs champs de compétence expliquent aisément les difficultés pour déterminer le juge compétent pour connaître d'un litige donné. Tantôt ces difficultés dégénèrent en de véritables conflits (A.), tantôt elles se manifestent sous la forme de simples incidents de parcours (B.), le cas de la question prioritaire de constitutionnalité étant spécifique (C).

A. Les conflits de compétence entre les deux ordres de juridiction

497 Il y a conflit de compétence lorsqu'il est prétendu qu'un ordre de juridiction a été saisi, à tort, d'un litige relevant de la compétence de l'autre ordre, ou qu'un ordre de juridiction a été dessaisi, au profit de l'autre ordre, d'un litige devant lui revenir. Une juridiction particulière, le *Tribunal des conflits* (1.), intervient pour trancher les différents conflits susceptibles de survenir (2.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Le Tribunal des conflits

498 Institué par la Constitution de 1848 (art. 89), le Tribunal des conflits fonctionna durant la IIe République puis disparut avec le Second Empire. Rétabli par la loi du 24 mai 1872, il est aujourd'hui régi, notamment, par un règlement d'administration publique du 26 octobre 1849, la loi du 4 février 1850 et le décret du 25 juillet 1960.

● L'organisation du Tribunal des conflits

499 Juridiction paritaire, ce Tribunal se compose de trois conseillers d'État et de trois conseillers à la Cour de cassation, élus par leurs pairs pour trois ans. À ces six membres s'en ajoutent deux autres qui sont cooptés par les six membres élus. Coutumièrement, ils sont choisis, l'un, parmi les conseillers d'État et l'autre, parmi les conseillers à la Cour de cassation. Le Tribunal des conflits est théoriquement présidé par le garde des Sceaux, dont la présence soulève régulièrement des controverses, cette anomalie devrait bientôt disparaître (*« Pour un Tribunal des conflits sans Garde des Sceaux »*, D. Labetoulle et J.-H. Stahl, *RFDA* 2012 p. 1173). Traditionnellement, ce dernier ne préside le Tribunal qu'en cas de partage égal des voix entre les huit membres. On dit qu'il intervient pour « vider » le partage (cela ne s'est produit qu'une quinzaine de fois en cent quarante ans). Le ministère public et les rapporteurs sont pris, à parts égales, parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'État et parmi les avocats généraux près la Cour de cassation. Lorsque, dans une affaire, le commissaire du gouvernement appartient au Conseil d'État, le rapporteur doit être issu de la Cour de cassation et inversement.

Le Tribunal des conflits siège, comme le Conseil d'État, au Palais-Royal. Les requêtes déposées au greffe du Tribunal sont transmises à un rapporteur qui établit son rapport à l'intention des membres du Tribunal et du commissaire du gouvernement. Un quorum de cinq membres est requis pour la validité des délibérations. Après audition des avocats, puis du commissaire du gouvernement, le Tribunal rend sa décision en séance publique. Aucun recours n'est possible contre elle.

De 1872 au 31 décembre 2012, en 140 ans, le Tribunal des conflits a rendu près de 3900 décisions.

● Le rôle du Tribunal des conflits

500 En apparence, ce rôle est plutôt modeste : ce Tribunal paraît devoir se borner à indiquer la juridiction compétente sans trancher lui-même le litige, hormis l'hypothèse, rare, du conflit de décisions au fond. En réalité, son rôle va nettement au-delà. Bien souvent, le Tribunal oriente décisivement la jurisprudence : c'est lui qui a « inventé » le service public à caractère industriel ou commercial (TC 22 janv. 1921, *Sté commerciale de l'Ouest africain*, p. 91) ou le service public social (TC 22 janv. 1955, *Naliato*, p. 614), créé l'autonomie de la responsabilité administrative (TC 8 févr. 1873, *Blanco*, Rec. 1er supplémt p. 61), etc. Parfois, il ne reste plus rien à juger après son intervention : quand il décide que, dans une affaire, il y a voie de fait ou faute personnelle détachable (TC 6 juil. 2009, *X.*, 3709), la juridiction judiciaire est compétente et doit statuer dans le sens indiqué.

Le Tribunal peut soulever d'office l'illégalité d'un règlement (TC 20 nov. 1997, *Albert*) ou l'inconventionnalité d'une loi (TC 13 déc. 2010, *Sté Green Yellow et autres*) déterminant la compétence juridictionnelle.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. Les divers types de conflits

501 Il y a trois sortes de conflits, mais quatre voies d'accès au Tribunal des conflits, étant rappelé que celui-ci ne peut jamais être saisi d'un litige dans lequel existe une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose irrévocablement jugée (27 janv. 2011, *Cne de Draveil*, 298867).

● Le conflit positif

502 Il y a conflit positif lorsque le préfet d'un département estime qu'une juridiction de l'ordre judiciaire a été saisie à tort d'un litige, celui-ci ressortissant à la compétence du juge administratif.

La procédure du conflit positif est entre les mains du seul préfet – le cas échéant, du préfet maritime – et, à Paris, du préfet de police, à l'exclusion de toute autre autorité (fût-ce le ministre de l'Intérieur : TC 22 mars 2004, *Sté Bristol Myers Squibb et autre*). Le refus du préfet de prendre un déclinatoire de compétence ne peut pas être contesté devant le juge administratif car il n'est pas détachable de la procédure judiciaire à laquelle il se rapporte (20 avr. 2005, *Régie départ. des transports de l'Ain et autres*). Le préfet du département dans lequel a son siège la juridiction judiciaire concernée adresse au ministère public placé auprès de ladite juridiction, avant qu'elle n'ait rendu une décision définitive sur le fond ou sur la compétence et ce à peine d'irrecevabilité du déclinatoire (TC 31 mars 2008, *préfet de la Réunion*), un *déclinatoire de compétence* pour l'inviter à se dessaisir du dossier. Si celle-ci, dans les quinze jours qui lui sont impartis, refuse de se dessaisir, le préfet peut (c'est une faculté) prendre un *arrêté de conflit*, qui visera le plus souvent, sans s'expliquer davantage, la loi des 16-24 août 1790, ce qui suspend le procès devant le juge judiciaire et saisit le Tribunal des conflits. La juridiction judiciaire, saisie sur déclinatoire, ne peut pas, par la même décision, rejeter ce déclinatoire et statuer sur le fond (TC 21 juin 2004, *Cne de Saint-Léger-sur-Roanne*), ce qui empêcherait la saisine, par le préfet, du Tribunal des conflits. Celui-ci dispose de trois mois pour statuer : soit l'arrêté de conflit est confirmé, et le juge administratif sera déclaré compétent, soit il est infirmé et l'affaire reprendra son cours devant la juridiction judiciaire primitivement saisie. Le Tribunal peut joindre plusieurs arrêtés de conflit pour y statuer par une seule décision s'ils présentent à juger une même question et concernent le même dossier (TC 31 mars 2008, préc.).

Le conflit peut être élevé devant toutes les juridictions civiles du premier degré et d'appel, quelle que soit la formation de jugement, y compris celle du référé (TC 2 mai 1988, *préfet des Hautes-Alpes*) ; il ne peut l'être en cassation, celle-ci ne constituant pas un degré de juridiction.

– En matière criminelle, l'élévation du conflit est impossible sur l'action publique (ordonnance du 1er juin 1828, art. 1er) ; elle est possible sur l'action civile jointe à l'action publique, sauf devant la juridiction d'instruction.

– En matière correctionnelle ou de police, l'élévation du conflit est toujours possible sur l'action civile. En revanche, l'élévation du conflit sur l'action publique est impossible sauf dans deux cas : lorsque la répression du délit est confiée par la loi à l'autorité administrative (par exemple, contravention de grande voirie), ou en cas d'existence d'une question préjudicielle qu'une loi expresse réserve à la connaissance du juge administratif, par dérogation à l'art. 111-5 du code pénal.

Il n'y a pas d'élévation possible du conflit, même sur l'action civile, quand est en cause la liberté individuelle ou l'inviolabilité du domicile. En revanche, relève de la compétence exclusive du juge administratif l'action civile dirigée contre une personne publique et l'élévation du conflit est ici toujours possible (TC 17 déc. 2007, *préfet de la Loire*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Le conflit négatif

503 Il y a conflit négatif lorsque deux juridictions appartenant chacune à un ordre différent se déclarent successivement incompétentes pour connaître d'un litige au motif que c'est l'autre ordre juridictionnel qui est compétent (TC 23 févr. 2004, *Cne d'Auribeau-sur-Siagne*). En revanche, dès lors qu'une des deux juridictions a retenu sa compétence pour une partie du litige, il n'y a pas conflit négatif (TC 24 mai 2004, *X. c/ Centre hospitalier de Lagny*; TC 23 avr. 2007, *Cne de Cabourg*). L'institution du renvoi (*cf.* § 477) a éliminé un grand nombre de cas de conflit négatif mais il en subsiste cependant (TC 22 mars 2004, *D. c/ Centre hospitalier spécialisé de la Sarthe*; TC 31 mars 2008, *X.*, 3616), dont l'existence est d'ailleurs appréciée très restrictivement (TC 19 oct. 2009, *Parman*, 3721).

● L'institution du renvoi

504 Le décret du 25 juillet 1960 a institué deux procédures de renvoi direct au Tribunal des conflits : le renvoi obligatoire et le renvoi facultatif. Dans les deux cas, la décision de renvoyer n'est susceptible d'aucun recours même en cassation (21 juil. 2009, *Centre hospit. intercnal du Haut-Anjou*, 307773).

1°) *Le renvoi est obligatoire* lorsqu'une juridiction s'estime incompétente pour connaître d'un litige à propos duquel une juridiction appartenant à l'autre ordre s'est déjà déclarée incompétente par une décision devenue définitive (TC 6 juil. 2009, *X.*, préc.).

2°) *Le renvoi facultatif* est ouvert aux seules juridictions souveraines (Conseil d'État, Cour de cassation, etc.), qui peuvent soumettre au Tribunal des conflits, par décision motivée insusceptible de recours, la résolution des difficultés sérieuses de compétence que soulève le litige qui leur est soumis (par ex. 23 avr. 2007, Kim; 1er juin 2011, *Jean-Luc X.*, 341716).

● Le conflit de décisions au fond

505 Le conflit de décisions au fond se produit lorsque deux juridictions, appartenant chacune à un ordre différent, rendent sur le même dossier deux décisions rigoureusement contraires soit sur des éléments de fait soit sur les qualifications juridiques, entraînant par voie de conséquence un déni de justice. Ce n'est pas un conflit portant sur la compétence, mais sur le fond même du droit : on peut citer la célèbre affaire de la frégate *Isis*, dans laquelle le juge judiciaire estima que la frégate avait péri par suite de faits de guerre (guerre de Crimée) alors que le juge administratif vit dans la tempête la seule cause de la perte de la frégate; le propriétaire ne fut jamais indemnisé. La loi du 20 avril 1932 a décidé qu'en ce cas le litige est porté devant le Tribunal des conflits qui statue au fond comme le ferait une juridiction ordinaire.

Pour cela, six conditions – qui sont appréciées restrictivement (TC 19 oct. 2009, *Parman*, préc.) – doivent être cumulativement réunies : 1°) existence de deux décisions juridictionnelles émanées d'ordres différents; 2°) caractère définitif de ces décisions; 3°) identité d'objet entre les décisions; 4°) obligation que les deux juridictions aient statué sur le fond; 5°) contradiction insurmontable des décisions soit sur l'appréciation des faits, soit sur le droit déclaré applicable; 6°) existence, en conséquence, d'un véritable déni de justice (TC 5 mai 2008, *Cie Axa France et autres*, absence de déni; TC 9 juil. 2012, *SCI du Batifort*, 3847 : existence du déni).

B. Les questions préjudicielles

506 Lorsqu'une juridiction saisie d'un litige a besoin, pour pouvoir statuer au fond, de voir trancher une question, deux cas peuvent se présenter. Soit la résolution de cette question relève

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

de la compétence de la juridiction saisie, il s'agit alors d'une question préalable qu'il suffira de résoudre avant de passer à l'examen du litige au principal. Soit elle ne relève pas de la compétence de la juridiction saisie mais de celle d'une juridiction de l'autre ordre, ou d'une juridiction non française (renvoi préjudiciel à la CJUE, art. 234 du traité de Rome), cette question est alors dite *préjudicielle* (1.). Si devant le juge administratif le régime des questions préjudicielles est simple (2.), il est plus complexe devant le juge judiciaire (3.).

1. Existence d'une question préjudicielle

507 Il faut d'abord qu'il y ait une véritable question, c'est-à-dire *« une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé »* (Laferrière) : si la question se résout aisément, il n'y a pas question préjudicielle. Il faut, ensuite, que la réponse à ladite question soit indispensable à la solution du litige (TC 20 mai 1882, *Rodier*). En présence d'une question préjudicielle, le juge saisi doit surseoir à statuer et les parties doivent saisir la juridiction compétente (toutefois, dans le cas de la CJUE, il adressera lui-même la question à la Cour). Il attend ensuite la réponse de la juridiction, réponse qui s'impose absolument à lui même quand la juridiction (ici le TC) a réinterprété la question qui lui était posée par le juge administratif (10 janv. 2007, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*).

2. Les questions préjudicielles devant le juge administratif

508 Devant le juge administratif, la question est toujours préjudicielle : le juge administratif doit toujours renvoyer au juge judiciaire quelles que soient la forme ou la nature de la question qui lui est posée.

3. Les questions préjudicielles devant le juge judiciaire

509 Il convient de distinguer d'une part, *l'interprétation des actes administratifs* (qui est une fonction s'apparentant à l'interprétation des lois, tâche normale du juge), et d'autre part, *l'appréciation de la légalité des actes administratifs* (ou exception d'illégalité), qui est une opération grave car elle peut aboutir à la paralysie de ces actes. Il faut réserver le cas particulier que constitue, à cet égard, le contrat administratif.

Le juge administratif n'est tenu de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont renvoyées par le juge judiciaire que si elles portent sur une matière relevant de sa compétence (26 juil. 2006, *Sté Brasserie Heineken*). Par ailleurs, il doit se borner à répondre à la question posée sans pouvoir soulever d'office aucune autre question même d'ordre public (Sect. 17 oct. 2003, *Bompard et autres*; 24 oct. 2012, *SELARL Dr J.-L. Gleizes*, 356417).

● L'interprétation des actes administratifs

510 La faculté d'interpréter les actes administratifs est assez largement admise au profit du juge judiciaire car elle entre dans les fonctions normales de tout juge. L'interprétation des actes réglementaires par le juge judiciaire est toujours possible parce que de tels actes s'apparentent, par leur généralité, à la loi (TC 16 juin 1923, *Septfonds*, p. 498; TC 24 janv. 1983, *COREP de Corse du Sud*), que tout juge est habilité à interpréter.

L'interprétation des actes administratifs individuels donne lieu à une distinction : si cette interprétation est toujours possible pour le juge répressif (art. 111-5 du Nouveau Code pénal), elle est en revanche interdite au juge civil, sauf dans deux cas : lorsque l'acte est clair, ou lorsqu'il n'est pas détachable d'un litige principal dont la connaissance appartient au juge judiciaire en vertu de la loi (loi du 31 décembre 1957 par exemple).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● L'appréciation de la légalité (ou exception d'illégalité) des actes administratifs

511 *L'appréciation de la légalité des actes administratifs réglementaires* par le juge répressif est toujours possible (TC 5 juil. 1951, *Avranches et Desmarets*). Elle ne l'est pas pour le juge civil sauf si ces actes portent atteinte à l'inviolabilité du domicile, à la liberté individuelle ou au droit de propriété (TC 30 oct. 1947, *Barinstein*).

L'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels, impossible pour le juge civil, est toujours possible pour le juge répressif (art. 111-5 du Nouveau Code pénal, qui met fin à un long différend entre le Tribunal des conflits et la Cour de cassation). Toutefois, juges civil et répressif sont toujours compétents pour apprécier la légalité des actes réglementaires ou individuels en matière de fiscalité indirecte, cela en vertu de la loi (TC 27 oct. 1931, *Pannier*; TC 7 déc. 1998, *District urbain de l'agglomération rennaise*).

● La controverse sur la compétence du juge judiciaire en matière d'exception d'inconventionnalité des actes administratifs

512 La logique semble imposer de traiter identiquement les exceptions d'illégalité et les exceptions d'inconventionnalité soulevées devant le juge judiciaire civil à l'encontre des actes administratifs, c'est-à-dire de déclarer ce juge incompétent pour en connaître. Telle est, sans surprise, la position du Tribunal des conflits (19 janv. 1998, *Union franç. de l'Express et autres c/ La Poste et autres*). Cependant, les différentes chambres de la Cour de cassation, revenant sur une jurisprudence bien établie au sein de la Cour elle-même (v. par ex., Cass. 1re civ. 27 janv. 1993), se sont, tour à tour, déclarées compétentes pour connaître d'exceptions d'inconventionnalité soulevées à l'encontre d'actes administratifs (Cass. com. 6 mai 1996, Bull. civ. IV n° 125; Cass. 1re civ. 3 avr. 2001, Bull. civ. I n° 97; Cass. soc. 18 déc. 2007 et Cass. 2e civ. 20 déc. 2007). Cette position, qui n'a pour elle aucun fondement juridique ou pratique sérieux, doit être condamnée. L'incompétence des juridictions judiciaires en la matière tient à la nature administrative, et seulement à cette nature, des actes concernés non à la nature de la norme par rapport à laquelle s'effectue le contrôle (loi ou traité) (v. en ce sens, les très justes observations de X. Dupré de Boulois, *RFDA* 2008 p. 499).

● Les questions préjudicielles et le contrat administratif

513 De telles questions, lorsqu'elles se posent à propos de contrats de nature administrative, sont toujours préjudicielles et entraînent toujours leur renvoi au juge administratif (TC 16 juin 1997, *Sté « Les fils de Mme Géraud »*; TC 23 févr. 2004, *préfet de la Haute-Garonne*; TC 22 mars 2004, *X. c/ maison de retraite d'Eyragues*; Cass. 1re civ. 14 nov. 2006, *Cne de Bondy et autres*).

C. Le cas particulier des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC)

514 Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, administrative ou judiciaire, il est soutenu qu'une disposition législative – et seulement une disposition législative, non une disposition de la Constitution, une stipulation internationale ou un acte administratif (telle une ordonnance de l'art. 38 non ratifiée : 6 févr. 2013, *X.*, 363955) – porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, l'art. 61-1 de la Constitution permet au Conseil d'État (ou à la Cour de cassation, hypothèse non étudiée ici) de renvoyer au Conseil constitutionnel cette question.

Le moyen développé au soutien de la QPC est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé (12 mai 2010, *Union des jeunes chirurgiens-dentistes, Union dentaire*, 328162); il

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

peut être soulevé devant toute juridiction, même de référé (16 juin 2010, *Assetou X.*, 340250), et aussi pour la première fois en cause d'appel ou en cassation à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État; en revanche, il ne peut être relevé d'office (art. 23-1 ord. organ.). La juridiction primitivement saisie se prononce sans délai, par une décision motivée, sur la transmission, dans les huit jours, de la QPC au Conseil d'État. Trois conditions doivent être remplies : 1°) La disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites; 2°) La disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et/ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances postérieur; 3°) La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ou est nouvelle. La décision de transmission n'est susceptible d'aucun recours et le refus de transmission ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige (art. 23-2 ord. organ.).

Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Toutefois, le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction primitivement saisie peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ou même statuer sans attendre la décision sur la QPC si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Il en va particulièrement ainsi lorsqu'est en cause une disposition du droit communautaire. Lorsque le sursis à statuer pour cause de renvoi de la QPC risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

Le Conseil d'État se prononce dans un délai de trois mois sur le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel; ce faisant, il doit se borner à examiner si sont réunies les tois conditions ci-dessus, en revanche, il ne peut apprécier ni la recevabilité de la requête ni la compétence de la juridiction administrative (21 mars 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, 345216). La décision motivée du Conseil d'État de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties; lorsque le Conseil d'État décide de ne pas saisir le Conseil constitutionnel, ce dernier reçoit une copie de la décision motivée du Conseil d'État. Si le Conseil d'État ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5 (précités), la question est transmise au Conseil constitutionnel qui, dans tous les cas (saisine par transmission ou saisine automatique), statue dans un délai de trois mois. Les parties peuvent présenter contradictoirement leurs observations. La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée au Conseil d'État et, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la QPC a été soulevée ainsi qu'au président de la république, au premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat; elle est publiée au *Journal officiel* (art. 23-11 ord. organ.).

Lorsque la QPC est soulevée pour la première fois, y compris en cassation, devant le Conseil d'État lui-même, l'ensemble des règles ci-dessus s'applique (art. 23-5 ord. organ.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

F. Brenet et A. Claeys, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002, p. 525.

D. Chabanol, (annoté et commenté par) *Code de justice administrative*, Le Moniteur, 5e éd., 2012.

R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., Montchrestien, 2008.

« Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel », Dossier, *AJDA* 2005, p. 1760.

C. Debbasch et J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, 8e éd., Dalloz, 2001.

P. Delvolve, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire », p. 4, *Mélanges R. Chapus*, 1992, p. 135.

M. Gentot, « Le Conseil d'État régulateur du contentieux administratif », *Rev. adm.* 1999, n° spécial 1, p. 4.

O. Gohin, *Contentieux administratif*, Litec, 6e éd., 2009.

V. Haïm, « La réforme de la procédure de règlement des questions de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative », *RFDA* 2003, p. 497.

D. Labetoulle, « Ni monstre ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988, p. 213.

R. Odent, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 1980-1981.

B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008.

G. Peiser, *Contentieux administratif*, 15e éd., Dalloz, 2009.

A. Ricci, *Le « Décalogue » du code de justice administrative*, PUAM, 2002.

J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, Hachette supérieur, 3e éd., 2011.

B. Stirn, *Le Conseil d'État, son rôle, sa jurisprudence*, Hachette Supérieur, Coll. « Les Fondamentaux », 2e éd., 1994.

« La question prioritaire de constitutionnalité », dossier, *AJDA* 2010 p. 74

POUR ALLER PLUS LOIN

G. Alberton, « Peut-on dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *AJDA* 2008 p. 967.

G. Clamour et L. Coutron, « L'exception d'illégalité devant le juge judiciaire. Au chevet de la jurisprudence *Septfonds* », *RDP* 2012 p. 853

P. Gonod, « Le Conseil d'État à la croisée des chemins ? », *AJDA* 2008 p. 622.

« La justice administrative en Europe », actes du colloque du 16 mars 2007, *RFDA* 2008 pp. 225-275.

« Conseil d'État : fonction consultative et fonction contentieuse », dossier *RFDA* 2009 p. 885

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

11

Les recours devant le juge administratif

Le contrôle de l'Administration est assuré par les juridictions administratives selon un régime procédural qu'il importe de décrire (1.), avant d'examiner les règles régissant, d'une part, les recours contre les actes administratifs (2.), d'autre part, les recours contre les décisions juridictionnelles (3.).

1 La procédure devant les juridictions administratives

515 Toute personne, sous réserve de remplir un certain nombre de conditions (personnalité juridique : Cass. civ. 1re, 14 nov. 2006, capacité, qualité et intérêt pour agir), peut s'adresser à la justice, par exemple pour mettre en cause la régularité d'une décision de l'Administration ou pour solliciter la réparation d'un préjudice causé par celle-ci. Ce pouvoir de saisine du juge est qualifié d'*action en justice*, celle-ci prendra la forme d'une demande ou requête (A.). Cette saisine du juge va déboucher, au terme de la procédure (B.), sur une décision juridictionnelle (C.).

A. La demande en justice

516 Une demande en justice ne peut, tout d'abord, être valablement introduite que si elle est portée devant une juridiction compétente pour en connaître (voir chapitre précédent § 454 et s., § 481 et s.). Ensuite, dans tous les cas, cette demande doit obéir à certaines conditions de forme et de fond régissant à la fois le demandeur et sa demande elle-même. La *recevabilité* s'apprécie au jour de l'introduction du recours, c'est ce qui explique qu'un recours dirigé contre un acte administratif qui est abrogé (et non pas « retiré » : sur cette distinction, voir § 371-374) après l'introduction de ce recours demeure recevable car il n'est pas devenu sans objet, l'acte ayant été appliqué durant un certain temps (23 sept. 1987, *Sté SAGEM*) et ayant donc fait grief durant cette période.
Ce n'est que si la demande est jugée recevable – notamment parce qu'elle est précédée d'une décision préalable (1.) et parfois d'un recours préalable (2.) et qu'elle est formée dans le

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

délai fixé (3.) – qu'il pourra être procédé à l'examen de son bien-fondé. Auparavant, doit être précisé le vocabulaire employé.

● Précisions de vocabulaire

517 Il convient d'apporter trois précisions de vocabulaire pour éviter certaines confusions. La *« demande préalable »* suppose l'absence de décision sur un sujet auquel est intéressé un administré ; celui-ci, par sa demande, s'efforce de provoquer l'existence de cette décision en saisissant à cet effet l'Administration ; elle est dite « préalable » puisqu'elle précède la décision. Il n'y a donc pas forcément toujours besoin d'une demande préalable. La *« décision préalable »* est, précisément, l'acte par lequel l'Administration, spontanément ou sur demande préalable d'un administré, modifie l'ordonnancement juridique. Elle est dite, en contentieux, « préalable » car il est nécessaire, pour tout requérant, de disposer d'une décision préalablement à toute saisine du juge ; sans décision préalable cette saisine est normalement impossible. À cet égard, il importe de relever qu'une simple *réponse d'attente* ne constitue pas une décision et donc n'interrompt pas le délai de recours qui continue à courir nonobstant la réception par l'Administration de la demande de l'administré (30 janv. 2012, *min. Défense*, 344494). Le *« recours préalable »* est la demande adressée par un administré à l'auteur d'une décision préalable (recours préalable gracieux) ou à son supérieur hiérarchique (recours préalable hiérarchique), de revenir en tout ou en partie sur le contenu de cette décision. Il est « préalable » au recours contentieux.

1. La notion de décision préalable

518 En principe, sauf en matière de travaux publics (*cf.* § 137), le demandeur en justice, ou requérant, n'est pas recevable à contester devant le juge une décision administrative s'il n'est pas en mesure de produire cette dernière à l'appui de sa requête. Cette exigence, dite de « la décision préalable », est posée par tous les textes relatifs au contentieux administratif (R. 412-1 CJA).

Cette règle présente peu d'intérêt dans le contentieux de l'annulation (essentiellement le recours pour excès de pouvoir) : par définition, ce contentieux a pour objet de solliciter du juge l'annulation d'une décision administrative, c'est donc que le requérant possède cette décision, sous forme explicite ou implicite. En revanche, dans le contentieux de pleine juridiction, ou plein contentieux, il arrive souvent qu'une telle décision n'existe pas : il faut en provoquer l'existence et c'est en ce cas que la règle de la décision préalable présente tout son intérêt. Par exemple, dans le contentieux de la responsabilité, la personne victime d'un préjudice doit, avant de saisir le juge administratif d'une action en indemnité, s'adresser à l'Administration en ce sens, et c'est seulement la décision de cette dernière que la victime pourra attaquer devant le juge (*cf.* cepdt l'arrêt du 5 mars 2008 cité au § 140). Quand la décision est prise après recours préalable, il faut distinguer selon que ce recours était obligatoire ou non. Dans le premier cas, la décision prise se substitue entièrement et définitivement à la décision primitive, c'est la seule que l'administré pourra déférer au juge. Dans le second cas (recours facultatif), si la décision est substantiellement différente de la première elle est traitée comme au cas précédent, si elle est identique à la décision précédente, parce que l'administration a rejeté le recours préalable, la décision primitive subsiste intégralement et c'est elle qu'il convient, le cas échéant, d'attaquer (17 déc. 2010, *Abel X.*, 318489) ainsi que le refus de l'abroger ou de la modifier. La règle de la décision préalable n'est pas d'ordre public : elle ne peut donc être soulevée d'office par le juge. Son omission ne peut être sanctionnée que si, d'une part, la partie qui y a intérêt a relevé ce vice procédural, d'autre part, le juge a invité, en vain, l'intéressé, à régulariser le défaut de production d'une telle décision. Il est une exception à

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

cette solution quand l'invocation du défaut de demande, et donc de décision, préalable, est le fait du défendeur qui en fait son principal moyen de défense : en ce cas, le moyen est d'ordre public et l'irrégularité est insusceptible d'être couverte en cours d'instance (Douai 11 juil. 2002, *Centre hospitalier de Creil c/ X.*).

● Justification de la règle

519 À l'origine, le Conseil d'État étant l'unique juridiction administrative, l'habitude s'était instaurée, chez les justiciables, de s'adresser d'abord à un ministre pour lui exposer leurs griefs et essayer d'obtenir un résultat favorable. Ce préliminaire au procès avait fait considérer progressivement, de fait, ce recours au ministre comme une sorte de premier degré de juridiction : c'était la théorie du « ministre-juge ». Celle-ci a été abandonnée par le Conseil d'État (13 décembre 1889, *Cadot*, p. 1148, concl. Jagerschmidt). Si, pourtant, à défaut de cette justification théorique, l'exigence d'une décision préalable a été maintenue, c'est parce qu'elle s'est révélée avoir une grande utilité pratique. En effet, elle se justifie par son caractère d'instance précontentieuse de nature à permettre d'évacuer une partie du contentieux : la demande préalable peut être l'occasion d'un rapprochement des points de vue débouchant sur un accord amiable. Souvent, le requérant potentiel, amené à écrire ses prétentions, s'apercevra de leur faiblesse juridique et renoncera à une action à laquelle il lui est difficile de croire lui-même. De même, à la lecture de la demande de l'un de ses administrés, l'Administration pourra se convaincre du caractère bien fondé des prétentions qu'il y émet et, plutôt que de courir le risque d'un procès qu'elle perdra, elle lui donnera amiablement satisfaction.

La demande, pour permettre ultérieurement la liaison du contentieux devant le juge, doit constituer véritablement une « demande » et doit être complète (13 janv. 2003, *Camara*) ; elle peut revêtir des formes diverses : sur support papier, sous forme télématique ou sur tout autre support informatique homologué.

● Décision explicite et décision implicite (*cf.* § 318-320)

520 L'exigence de décision préalable pourrait se révéler redoutable pour le plaideur potentiel si l'Administration, au lieu de prendre une décision négative et donc déférable au juge, se cantonnait dans un mutisme complet : faute de décision, elle ne pourrait être traînée en justice. C'est pourquoi il a fallu donner un sens au silence de l'Administration. En principe et sauf dérogation expresse, le silence gardé par l'Administration pendant plus de deux mois (ou tout autre délai spécial plus court ou plus long : art. 21 de la loi du 12 avr. 2000) sur une demande vaut décision implicite de rejet. Ce délai n'est pas un délai franc (8 janv. 1954, *Lalba*). L'intéressé doit apporter la preuve de ce silence. Il le fera par la production d'un accusé postal de réception d'une lettre recommandée adressée, dans les délais requis, à l'Administration. Par exception, en vertu de textes exprès, lois ou décrets en Conseil d'État (art. 22, loi du 12 avr. 2000), régissant certaines matières (législation hospitalière, urbanisme, monuments historiques et sites, etc.), le silence de l'Administration vaut acceptation (Sect. 30 oct. 1998, *Czekaj*).

Lorsque la décision implicite vaut rejet de la demande – ce qui est le cas normal –, le point de départ du délai de deux mois, ou de toute autre durée, est la date de réception de cette demande par l'Administration même dans le cas où la demande aurait été adressée à une autorité incompétente (15 oct. 1965, *Wydouw*). Lorsque la décision implicite vaut acceptation, le point de départ du délai de deux mois, ou de toute autre durée, est le jour de la réception de cette demande par l'autorité compétente. En ce dernier cas, celui qui a adressé la demande à l'Administration peut solliciter d'elle une attestation de décision implicite d'acceptation.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Formation d'une demande

521 Depuis la loi du 12 avril 2000, toutes les demandes dont la formation est enfermée dans un certain délai doivent être *effectuées* au plus tard le dernier jour du délai alors que jusqu'à l'entrée en vigueur de ce texte les demandes devaient être parvenues au service concerné au plus tard le dernier jour du délai. Cependant, cette règle ne joue pas pour les recours administratifs préalables facultatifs (21 mars 2003, *préfet de police c/ Xiaowei Pan*). Est une « demande » au sens de l'article 19 de la loi du 12 avril 2000, tout recours gracieux ou hiérarchique. L'Administration doit accuser réception de cette demande. Cet accusé doit comporter un certain nombre d'indications. Le défaut d'accusé de réception et/ou l'insuffisance de ses mentions, entraîne l'inopposabilité de l'expiration du délai de recours contre l'éventuel rejet, explicite ou implicite, de la demande. Toutefois, lorsque la demande émane d'un tiers par rapport à une décision créatrice de droits, la réponse qui lui est faite ne doit pas comporter obligatoirement l'indication des voies, moyens et délais de recours.
Cette demande préalable doit être valablement faite : la présentation d'une demande préalable par l'assureur de la victime – dûment mandaté pour ce faire – lie valablement le contentieux (15 juil. 2004, *Dumas*). En revanche, la demande formée par une personne privée de son libre arbitre par suite d'une contrainte, n'est pas valable et cela entache d'illégalité la décision administrative prise à la suite de cette demande (Bordeaux 27 nov. 2003, *Gabillon*). Lorsque la demande est entachée d'un vice de forme ou de procédure rendant son examen impossible normalement mais régularisable dans les délais légaux, l'Administration destinataire doit inviter son auteur à régulariser en lui impartissant un délai pour ce faire, en lui précisant les formalités à accomplir et en lui communiquant les textes qui fondent ces exigences (art. 6, loi du 17 mai 2011).

● Exceptions et limites à la règle de la décision préalable

522 Tout d'abord, *certains litiges sont dispensés de l'exigence de décision préalable* : ainsi en va-t-il des litiges en matière électorale, ou de travaux publics.
Ensuite, *certains actes ou décisions sont impuissants à valoir décision préalable susceptible de lier le contentieux* : actes de gouvernement, actes pris par des autorités administratives étrangères, mesures d'ordre intérieur, actes de simple information, suggestions, etc., décisions individuelles défavorables non motivées, actes non directement déférables au juge parce qu'ils doivent faire l'objet d'un recours administratif obligatoire préalablement à toute saisine du juge, etc.

● Importance de la règle de la décision préalable

523 Il est essentiel pour les administrés de bien rédiger les termes de leur demande afin de circonscrire correctement le cadre de leur différend. Le débat contentieux se déroulera dans les strictes limites de la demande adressée à l'Administration et de la réponse de celle-ci : il ne sera plus possible, devant le juge, d'étendre la demande initiale, sauf dans le cas d'aggravation d'un préjudice survenue postérieurement à la formation de cette demande.

2. Le recours administratif préalable obligatoire (RAPO)

524 Dans un certain nombre de matières, les dispositions d'un contrat ou les textes (législatifs ou réglementaires) exigent qu'avant de s'adresser au juge l'administré, nanti d'une décision préalable de l'Administration, forme devant elle un recours contre cette décision, préalablement à la saisine, éventuelle, du juge. Ainsi, en cas de refus d'accès à un document administratif opposé par l'Administration qui le détient, il est fait obligation de saisir la CADA

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

avant tout recours au juge (*cf.* § 341). Pareillement, dans un grand nombre de matières, les militaires doivent former obligatoirement un recours avant la saisine du juge administratif (art. 23 de la loi du 30 juin 2000 : 14 juin 2004, *Moniez*; Sect. 18 nov. 2005, *Houlbreque*, *RFDA* 2006 p. 543, note T.-X. Girardot). Le recours préalable obligatoire s'est fortement développé ces dernières années et le Conseil d'État en souhaite la généralisation car il croit à son effet dissuasif sur la formation de recours contentieux ultérieurs du moins dans nombre de cas. Seul ce recours préalable devra être exercé car il est le seul à conserver le délai de recours contentieux. Ce recours est obligatoire pour toute personne même celle non mentionnée dans le texte instituant un cas de recours préalable obligatoire (28 septembre 2005, *X.*). L'omission d'un tel recours obligatoire suivie de la saisine du juge est entachée d'une irrecevabilité insusceptible de régularisation (22 nov. 2006, *Assoc. Squash rouennaise*). La décision prise après recours préalable obligatoire, quelle qu'elle soit, se substitue entièrement à la décision primitive, son auteur devant se placer, pour la prendre, non à la date de la précédente décision mais à la date où il prend effectivement cette seconde décision.

3. Les délais d'action

525 L'exigence d'un délai relativement bref pour pouvoir saisir le juge se justifie par les nécessités de l'action administrative : celle-ci doit assurer la stabilité de ses décisions, il faut donc éviter que se maintienne trop longtemps l'incertitude sur leur devenir. Au contraire, l'administré a intérêt à un délai long. En fixant à deux mois la durée du délai de droit commun, l'on s'est efforcé de tenir la balance égale entre ces deux impératifs plutôt contradictoires.
La règle du délai est d'ordre public : la forclusion peut être soulevée à tout moment par les parties ou être relevée d'office par le juge, même pour la première fois en appel. C'est à l'administration qui soulève la tardiveté d'une requête d'établir par tout moyen que l'intéressé a régulièrement reçu notification de la décision (2 juil. 2007, *min. Intérieur*, 303498).

● Le point de départ du délai d'action

526 C'est la *publicité*, parce qu'elle permet la connaissance de l'acte ou de l'existence du fait litigieux, qui constitue le point de départ du délai d'action. (Voir § 368).

● La durée du délai d'action

527 La computation correcte de ce délai est capitale car, à défaut, il y aurait forclusion, or celle-ci est insurmontable car elle ferme la porte à tout procès. Le délai de droit commun de deux mois est parfois écarté, par exemple pour lui substituer un délai plus bref (cinq jours pour la contestation d'élections universitaires, municipales ou cantonales) ou, au contraire, un délai d'une durée supérieure (pensions militaires d'invalidité), voire un délai de trente ans (en matière de travaux publics, que le contentieux soit contractuel ou extracontractuel et cela alors même qu'aurait été prise une décision afin de faire courir, précisément, le délai : Sect. 13 nov. 1981, *Plunian*) ou même un délai infini (recours dirigé contre un acte inexistant : Sect. 4 juil. 1980, *Zemma*).

● L'opposabilité du délai

528 Dans le cas d'une décision prise à la suite d'une demande de l'intéressé, le délai n'est opposable que si, par une mention expresse, il a été porté à la connaissance de l'intéressé. En ce cas (décret du 6 juin 2001), et seulement en ce cas, l'Administration saisie doit porter à la connaissance de l'intéressé : la date de réception de la demande; la date à laquelle sera constituée une décision implicite; l'indication du service compétent pour instruire la demande; les délais et voies de recours éventuels contre la décision implicite de rejet; la nécessité – éventuellement – de former, avant le recours contentieux, un recours adminis-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

tratif préalable obligatoire ; le cas échéant, l'invitation à compléter le dossier (3 déc. 2012, *Jean X.*, 357330).

À défaut de l'une de ces six mentions, le délai ne court pas. Toute autre mention (en partic., celle relative au recours gracieux ou hiérarchique facultatif) est elle-même facultative mais lorsqu'elle est portée, elle ne doit pas comporter d'ambiguïté ou d'obscurité de nature à priver l'intéressé de son droit au recours effectif (4 déc. 2009, *min. Immigrat.*, 324284) ; cette exigence ne s'applique pas toutefois aux relations entre l'État et les collectivités territoriales (Douai 8 févr. 2007, *Cnauté d'agglom. de l'Artois et autre*).

● Les prorogations et les suspensions du délai

529 Les motifs de prorogation ou de suspension des délais de recours sont divers, on en signale cinq ci-après.

Le délai de distance : les délais de droit commun sont prorogés d'un mois pour les requérants domiciliés dans une collectivité d'outre-mer lorsqu'ils saisissent une juridiction située en France continentale ou lorsqu'une personne domiciliée en France continentale saisit une juridiction d'outre-mer, de deux mois s'ils sont domiciliés dans le reste du monde. Une association de Français de l'étranger dont le siège est en France ne demeure pas à l'étranger pour le calcul du délai de recours contentieux (1er févr. 2012, *ADFE*, 354075).

Les délais à titre de moratoire : la loi peut, à raison de circonstances particulières, édicter une prorogation générale du délai (*cf.* après les événements de mai-juin 1968).

Le recours administratif préalable, qu'il soit gracieux, c'est-à-dire porté devant l'auteur même de la décision contestée, ou *hiérarchique*, c'est-à-dire porté devant le supérieur hiérarchique de l'auteur de la décision contestée, est la cause majeure de prorogation du délai de recours contentieux. Plusieurs conditions doivent être réunies : il doit s'agir d'un véritable recours, et non d'une simple protestation ; le recours préalable doit avoir été lui-même formé dans le délai normal de recours contentieux. Il est possible, à condition de les former l'un et l'autre dans le délai de deux mois, de cumuler un recours gracieux et un recours hiérarchique, le délai de recours contentieux étant déclenché, sauf disposition réglementaire ou législative inconciliable, à compter de la plus tardive des réponses à ces recours préalables (7 oct. 2009, *Ouahrirou*, 322581 ; 23 déc. 2010, *Gilles X.*, 330315). En revanche, en cas de cumul de deux recours de même nature (deux recours hiérarchiques ou deux recours gracieux), le délai n'est prorogé qu'une seule fois (27 mai 2009, *Hubert X.*, 307659). Si la réponse au recours préalable est une décision explicite, le recours contentieux doit être formé dans les deux mois de celle-ci, en revanche, si cette réponse est un rejet implicite résultant du silence gardé pendant plus de deux mois, deux cas sont à distinguer : en excès de pouvoir, le recours contentieux doit être formé dans les deux mois suivant l'expiration du deuxième mois ; en plein contentieux, le délai de recours ne court pas car dans cette branche du contentieux, seule une décision explicite fait courir le délai de recours.

Dans certains contentieux, des textes, décret (11 juil. 2007, *Un. Synd. des magistrats administratifs*) ou loi, peuvent prévoir, directement ou indirectement, que la formation d'un recours préalable ne proroge pas le délai du recours contentieux (installations classées, en vertu des dispositions de la loi du 19 juil. 1976 : 3 déc. 2003, *Roels ; droit de l'eau* : Section 21 déc. 2007, *Gpmt d'irrigation des prés de la Forge et autres*).

Il faut mettre à part, à raison d'un régime très spécifique, les hypothèses où le recours contentieux doit être précédé d'un recours administratif préalable obligatoire.

Le recours formé devant une juridiction incompétente a pour effet de proroger le délai du recours contentieux, à la triple condition qu'il ait été formé dans le délai de droit commun de deux mois, que la juridiction saisie ait rejeté la demande pour incompétence et non pour un autre

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

motif, et que la juridiction compétente ait été ensuite saisie dans les deux mois du jugement ou de l'arrêt d'incompétence. Un tel recours faisant suite à un recours administratif préalable conserve le délai contentieux, mais deux recours juridictionnels successifs portés devant des juridictions incompétentes ne conservent qu'une fois le délai sauf si l'une d'elles est une juridiction du premier degré et l'autre sa juridiction d'appel.

L'exception de force majeure entraîne, parfois, la prorogation du délai de recours tant que dure la situation de force majeure (11 janv. 1995, *Ilumbe* : personne hospitalisée qui ne peut, de ce chef, aviser de son changement d'adresse et n'a pu recevoir la notification d'une décision à sa nouvelle adresse).

● Réouverture du délai

530 Lorsque l'Administration prend une décision nouvelle sur nouvelle instruction, le délai est rouvert s'il ne s'agit pas d'une décision purement confirmative, c'est-à-dire qui aboutit au même résultat que la décision précédente (4 avr. 1952, *Gerbeau* ; 30 janv. 2012, *Rachid X.*, 343121 ; solution identique quand la décision confirmative est une décision implicite de rejet : 9 févr. 2012, *Cté d'agglom. Toulon-Provence-Méditerranée*, 336206). L'exécution trop tardive d'une décision pourtant devenue définitive rouvre le délai de recours contre elle (8 janv. 1998, *Mhadi*).

● La computation du délai

531 Le délai de recours contentieux est dit « franc » car ne sont comptés dans celui-ci ni le *« dies a quo, non computatur in termino »* jour de la notification, de la publication ou de la signification de la décision, ni le *« dies ad quem »*, jour du terme du délai. Si un acte administratif est reçu par l'intéressé le 1er juin, le délai ne commencera à courir que le 2 juin à zéro heure, le *dies a quo*, journée du 1er juin, a ainsi été neutralisé, et il s'achèvera deux mois plus tard quel que soit le nombre de jours existant dans le mois, soit le 2 août à zéro heure, mais le recours est encore recevable toute la journée du 2 août, laquelle s'ajoute par neutralisation du *dies ad quem*. Lorsque le délai s'achève un jour férié ou non ouvrable, son expiration est reportée au premier jour ouvrable qui suit. Le principe est que le délai commence à courir, à l'encontre des mesures réglementaires et de certaines mesures à caractère collectif, à compter de leur publication régulière (insertion dans un recueil officiel, affichage, etc.), et, à l'encontre des mesures individuelles, à compter de leur notification à l'intéressé. Lorsqu'une même décision contient à la fois des dispositions réglementaires et des mesures individuelles, leur seul affichage ne fait pas courir le délai de recours contre ces dernières (30 sept. 1987, *Thomas*).

Deux exceptions principales existent à cette règle.

En premier lieu, en matière de décision implicite, le délai commence à courir à compter du dernier jour du deuxième mois du silence gardé par l'Administration sur la demande si celle-ci concerne le contentieux de l'annulation des actes. En revanche, les décisions implicites relevant du plein contentieux ne font pas courir le délai, seule une décision explicite peut avoir cet effet (26 janv. 2007, *Cne de St Louis*). Ceci n'empêche cependant pas l'administré qui le souhaite de contester en justice la décision implicite survenue en plein contentieux.

En second lieu, *la théorie de la connaissance acquise* permet à l'Administration d'établir que le demandeur a eu connaissance de la décision à une date certaine, antérieure à celle de sa connaissance officielle apparente, et de fixer le point de départ du délai de recours à la date réelle de cette connaissance. Il a été indiqué plus haut (*cf.* § 369) que cette théorie est très restrictivement appliquée, voire en voie d'abandon. Ainsi, le fait de former un recours administratif contre une décision ne fait pas échec à la règle selon laquelle les délais de recours contentieux ne courent qu'à compter de leur indication dans la notification de la décision (Sect. 13 mars 1998, *Mauline* ; 8 juil. 2002, *Hôpital local de Valence d'Agen* ; sur les difficultés de cette théorie

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

en cas d'appel, *cf.* concl. A. Bonnet sur Marseille 17 oct. 2006, *Sté Barbès Patrimoine investissement*, *AJDA* 2006, p. 2463).

● Les effets de l'expiration du délai

532 Le principe a longtemps été que l'action était forclose lorsque le délai était expiré. Il en résultait deux conséquences. Tout d'abord, toute action contentieuse devenait irrecevable. Ensuite, en ce qui concerne l'action engagée avant l'expiration du délai, il n'était plus possible au requérant ni de prendre des conclusions nouvelles ni de modifier la cause juridique de son action. Si cette seconde conséquence demeure toujours exacte, la première a nettement évolué.

En effet, après expiration du délai, outre la réouverture évoquée ci-dessus, plusieurs possibilités restent encore ouvertes.

En premier lieu, *l'exception d'illégalité* contre une décision réglementaire est perpétuelle (29 mai 1908, *Poulin*; Ass. 26 juin 1998, *Sté AXS Télécom et autre*) dès lors qu'elle est invoquée à l'encontre de tout acte qui est pris : 1°) pour l'application de cette décision; 2°) sur la base de celles des dispositions de cette décision qui sont illégales (Sect. 18 févr. 1949, *Denayer*). Cette exception ne joue jamais pour les actes individuels.

En deuxième lieu, *la responsabilité extracontractuelle* de l'Administration pour illégalité d'une de ses décisions, réglementaire ou individuelle, peut encore être engagée, dans le délai de la prescription quadriennale, pour les dommages causés par elle alors même que l'action directe en annulation de cette décision n'est plus possible.

En troisième lieu, *la théorie du changement des circonstances* permet d'échapper, à certaines conditions, aux effets de l'expiration des délais. Tout d'abord, en vertu d'un principe général du droit (Ass. 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*, p. 44), il est possible de demander à l'Administration l'abrogation de ses règlements illégaux, qu'ils soient illégaux depuis leur origine ou qu'ils le soient devenus par suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait qui conditionnent sa régularité. Ensuite, dans le cas des actes non réglementaires créateurs de droit, tout destinataire, comme au cas précédent, a la faculté de demander à l'Administration – et d'obtenir – l'abrogation ou la correction de ceux de ses actes devenus illégaux postérieurement à leur édiction par suite de changements dans les circonstances de droit et/ou de fait conditionnant leur régularité (Sect. 30 nov. 1990, *Assoc. « Les Verts »*, p. 339). On remarquera que cette solution ne vaut pas pour les actes non réglementaires qui sont illégaux depuis l'origine. Enfin, il est toujours possible de solliciter l'abrogation, à toute époque, des actes non réglementaires non créateurs de droits.

En quatrième lieu, dans *le cas des actes ou procédures complexes* le délai de recours peut débuter à compter du dernier acte alors même qu'il serait expiré contre un ou plusieurs des actes antérieurs constituant cette procédure complexe.

Dans les différentes hypothèses qui viennent d'être décrites, le refus d'accéder à une demande d'abrogation de tels actes peut être attaqué dans les deux mois; or, comme une telle demande est indéfiniment renouvelable, cela conduit à constater qu'en réalité la contestation de tels actes est, aujourd'hui, toujours possible.

B. Le déroulement de l'instance

La procédure administrative présente des caractères dont beaucoup sont spécifiques ou spécifiquement appliqués (1.) et que met en évidence le déroulement du procès (2. et 3.) tantôt devant une formation collégiale tantôt devant un juge unique (4.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

1. Les caractères de la procédure administrative

On retiendra, à titre principal, sept traits, comme caractérisant l'instance devant le juge administratif.

● Une procédure en langue française

533 Les requêtes doivent être rédigées en langue française à peine d'irrecevabilité, l'ordonnance royale du 25 août 1539, rendue par François Ier à Villers-Cotterêts, qui fait obligation d'utiliser le français dans les procédures judiciaires exprime, à cet égard, un principe général de procédure (Sect. 22 nov. 1985, *Quillevère*). Cette règle s'applique également aux recours gracieux : faute d'être rédigés en français, de tels recours ne conservent pas le délai de recours contentieux (Sect. 20 janv. 2000, *Cne de Mâcot-la-Plagne*, *RGCT* 2000 n° 9, janv.-févr. 2000, p. 92, concl. J. Courtial, obs. J.-C. Ricci). Il n'en va autrement que lorsque cette exigence est contraire à une règle de droit international.

● Une procédure écrite

534 En raison de ses origines canoniques, la procédure administrative est le règne de l'écrit. Elle recourt nettement plus que la procédure judiciaire à l'écrit qui est le mode ordinaire de travail des Administrations. Les communications se font par le moyen de mémoires écrits entièrement développés. Il en va de même des communications entre le juge et les parties. Les seuls éléments oraux sont très ténus : les observations et les plaidoiries, le jour de l'audience, sont orales mais il est interdit de rien ajouter qui ne soit déjà contenu dans les écritures; les conclusions du rapporteur public (ex-commissaire du gouvernement) sont orales mais s'appuient le plus souvent sur des notes écrites qui demeurent annexées, lorsqu'elles existent matériellement, à la procédure. Toutefois, les requêtes et mémoires peuvent être adressés en télécopie ou en courrier électronique sous réserve que seule fait foi la date de réception par la juridiction telle que celle-ci la détermine et que la signature soit authentifiée ou certifiée (Marseille 23 oct. 2003, *SA Beveraggi et Cne de l'Île-Rousse*).

Il n'y a qu'en matière de référés urgents que ces principes connaissent d'importantes dérogations liées précisément à l'urgence car l'oralité y joue un grand rôle.

● Une procédure impartiale

535 Le principe d'impartialité, corollaire de celui du contradictoire et de celui du respect des droits de la défense, est évidemment essentiel, c'est pourquoi le Conseil d'État considère que n'est pas impartiale la décision de la Cour des comptes prise en majorité par des magistrats de cette Cour ayant déjà donné leur opinion sur les faits de la cause lorsque, antérieurement au procès, ils ont rédigé le rapport public annuel de la Cour des comptes (Ass. 23 févr. 2000, *Sté Labor Métal*). Des solutions analogues ont été retenues pour la Commission nationale informatique et libertés (Ass. 3 déc. 1999, *Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*), le Conseil des marchés financiers (Ass. 3 déc. 1999, *Didier*), ou les chambres régionales des comptes (Ass. 6 avr. 2001, *SA Entr. Razel frères et Le Leuch*).

L'exigence d'impartialité fait interdiction à un même juge de juger deux fois les mêmes faits (3 oct. 2003, *P.*), sauf si, à la suite de l'annulation d'une première décision, l'affaire lui est renvoyée pour nouvel examen (Sect. 11 févr. 2005, *Cne de Meudon*). En revanche, un même juge peut se prononcer sur une demande de référé-suspension puis sur le litige principal qui lui fait suite (Sect. Avis, 12 mai 2004, *Cne de Rogerville*) ou encore, sur une demande d'aide juridictionnelle et sur la requête en vue de laquelle cette aide est demandée (Sect. 12 mai 2004, *Hakkar*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Une procédure de type inquisitoire

536 C'est l'un des traits les plus notables de la procédure administrative : le juge y joue un rôle considérable. Le procès est dirigé par lui et non par les parties (pour une illustration : 11 juin 2007, *Mohammed X.*, 284521). Le juge est saisi par voie de requête à lui adressée et non par une assignation délivrée à un adversaire d'avoir à se trouver devant telle juridiction. C'est encore le juge qui, souverainement, fixe les délais de production et, d'une façon plus générale, l'ensemble du rythme de l'instruction. Il dispose du pouvoir, énergique, de clôturer l'instruction à tout moment. Dans l'administration de la preuve les pouvoirs du juge se révèlent particulièrement étendus. Il peut se satisfaire, à titre de preuve, d'éléments de nature à faire naître un doute dans son esprit et qui ne constituent pas – réellement et à proprement parler – une preuve (Ass. 28 mai 1954, *Barel et autres*, p. 308). Lorsqu'est invoquée une discrimination à l'origine de la décision attaquée, le juge opère un quasi-renversement de la charge de la preuve (Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*).

● Une procédure contradictoire et loyale

537 Le principe de la contradiction des points de vue est essentiel à tout procès, il a d'ailleurs une nature constitutionnelle puisqu'il s'impose aux lois (CC 72-75 L, 21 déc. 1972). Les parties ont le droit d'exposer leurs prétentions et leurs arguments, de connaître ceux de leurs adversaires, de se voir communiquer toutes les pièces versées au débat ; aucune d'elles ne peut détenir plus d'informations que l'autre, et le juge ne peut statuer que sur les seuls éléments connus de tous les protagonistes, que ceux-ci ont été mis à même de discuter librement (14 déc. 2001, *Sté Réflexions, Médiations, Ripostes* ; 30 janv. 2008, OREAG, à propos de la juridiction de la tarification sanitaire et sociale ; 30 janv. 2008, *Sté Labo. Mayoly-Spindler*, sanctions infligées à un laboratoire pharmaceutique). S'agissant de la procédure suivie devant les juridictions judiciaires, le Conseil d'État a reconnu à ce principe la nature d'un principe général du droit (Ass. 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres*). Le principe de loyauté s'applique ici dans toute sa rigueur même si, formellement, le juge se refuse, du moins pour l'instant, à utiliser le mécanisme anglo-saxon dit de *« l'estoppel »* (1er avr. 2010, Avis, *SAS MARSADIS*, 334465).

● Une procédure à ministère d'avocat particulier

538 Le caractère essentiellement écrit de la procédure et les pouvoirs inquisitoriaux du juge donnent une configuration particulière au rôle joué par le ministère d'avocat devant les juridictions administratives : il s'agit davantage d'un travail de cabinet et d'étude que d'un effort de plaidoirie, puisque – sauf dans les procédures d'urgence – tout doit être dit dans les mémoires écrits. Il faut également noter que dans un grand nombre de contentieux de première instance, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire (fonction publique, élections, fiscalité, excès de pouvoir, etc.). Toutefois, le recours à un avocat est très souvent indispensable en pratique. L'État est toujours dispensé de l'obligation de ministère d'avocat.

● Une procédure publique

539 Le caractère public de la procédure concerne les audiences. Après un long combat d'arrière-garde, le Conseil d'État a fini par admettre, sous les coups de butoir de la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence obligatoire et généralisée de la publicité des débats devant les juridictions administratives (Ass. 14 févr. 1996, *Maubleu*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. Le déroulement du procès administratif : cas général

540 Le procès administratif débute par le dépôt, par le demandeur, d'une requête, éventuellement accompagnée de pièces annexes, au greffe du tribunal ou de la cour ou, au Conseil d'État, auprès du secrétariat du contentieux, qui attribue immédiatement un numéro d'enregistrement, lequel devra désormais figurer sur toutes les communications. Cette requête n'a plus à être timbrée, la loi du 22 décembre 2003 ayant supprimé le droit de timbre qui avait été rétabli en 1993. En revanche, depuis le 1er octobre 2011 (loi de fin. rectific. pour 2011 et décr. 2011-1202 du 28 sept. 2011), tout requérant qui introduit un recours devant une juridiction administrative (ou judiciaire) doit s'acquitter d'une « contribution pour l'aide juridique » de 35 euros à peine d'irrecevabilité de la requête

L'affaire est transmise à une chambre ou à un juge unique, généralement en fonction de sa spécialité. Le président de la juridiction ou de la chambre désigne aussitôt un rapporteur, qui sera la « cheville ouvrière » de ce dossier. Le rapporteur recevra les communications, effectuera les transmissions, fera ordonner d'éventuelles mesures d'instruction ou accorder des délais, etc.

Copie du mémoire introductif est adressée par le greffe à la partie qui y est mentionnée, celle-ci étant le défendeur, avec indication d'un délai, normalement impératif, pour déposer un mémoire en défense (sur la notion de « copie de la requête », voir : Paris 23 juin 2004, *P.* ; il doit s'agir d'un « document identique » à la requête elle-même). Il est obligatoire que soit communiqué au défendeur au moins le premier mémoire ; l'omission de cette formalité viole le principe du contradictoire sauf si elle n'a pas pu préjudicier à ses droits (7 juil. 2004, *Cnauté d'agglomération du Val de Garonne*). Le mémoire du défendeur sera, à son tour, transmis par la juridiction au demandeur pour qu'il fournisse, le cas échéant, un mémoire en réponse selon les modalités ci-dessus. Le mouvement itératif peut se poursuivre par mémoires en réplique, en duplique et contre-duplique, etc., jusqu'à ce que le juge s'estime suffisamment éclairé.

Durant ce temps, depuis le 1er février 2009, le « rapporteur public », affecté à la chambre saisie, qui fait partie de la juridiction (29 juil. 1998, *Esclatine* ; voir aussi : CJCE, 7 juin 2001, *Kress*), prépare des conclusions. Dans les affaires qui ne sont pas dispensées de conclusions du rapporteur public, celui-ci a l'obligation de les prononcer : si elles peuvent être succinctes, elles ne peuvent être inexistantes (11 févr. 2004, *Pepiot*). Le sens de ces conclusions est communiqué aux parties avant l'audience, selon des modalités arrêtées par la juridiction (décr. 7 janv. 2009) ; en cas de modification des conclusions postérieurement à cette communication, leur sens général doit à nouveau être communiqué aux parties (5 mai 2006, *Mullerhof*). En revanche, le texte de ces conclusions n'a pas à être communiqué, celles-ci pouvant d'ailleurs ne pas être écrites (1er mars 2013, *X.*, 348912).

Lorsque l'instruction est close, les avocats des parties ou, à défaut, les parties elles-mêmes, sont avisés que leur affaire est inscrite au rôle d'une audience publique (Ass. 14 févr. 1996, *Maubleu*, préc.) un jour déterminé. Ce jour venu, l'affaire est appelée par le secrétaire-greffier en fonction de son numéro d'enrôlement. Le rapporteur expose succinctement l'affaire et ses éléments juridiques, puis, normalement, la parole est donnée aux parties : le demandeur s'exprime généralement d'abord, le défendeur ensuite. Le rapporteur public formule, en principe après, librement son opinion sur *« les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction »* (10 juil. 1957, *Gervaise*). Les parties peuvent reprendre la parole pour « présenter de brèves observations orales ». Toutefois, le décret précité du 7 janvier 2009 a prévu qu'à titre expérimental, jusqu'en 2011, cet ordre puisse être inversé, les parties intervenant après audition du rapporteur public. Le président de la formation de jugement peut, en certaines matières, sur proposition du rapporteur public, le dispenser de prononcer des conclusions « eu égard à la nature des questions à juger » (art. L. 732-1 CJA).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

En principe, après les conclusions, s'il n'y a pas d'observations des parties, ou après ces observations, l'instruction est définitivement close et le juge ne peut plus accepter de pièces ou écritures. Cependant, il en va autrement dans deux cas. D'une part, toute partie peut adresser à la juridiction une *note en délibéré* (12 juil. 2002, *Leniau*), d'autre part, dans le contentieux de la reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, le juge doit, ou, selon les cas, peut, tenir compte d'un mémoire produit après la clôture de l'instruction écrite (Sect. 27 févr. 2004, *préfet des Pyrénées-Orientales*). L'affaire est ensuite mise en délibéré tout le temps que dure le travail de réflexion et de rédaction de la sentence. Le délibéré est secret ; devant les cours et tribunaux le rapporteur public n'y assiste pas, devant le Conseil d'État, il y assiste sauf opposition de l'une des parties.

La décision ou, le plus souvent, son résumé, est lue en audience publique, puis elle est notifiée aux différentes parties par le greffe.

Toute décision de justice comporte trois parties :

– les *visas et mentions* énonçant les dispositions sur lesquelles le juge s'appuie pour décider, énumérant les productions des parties et constatant le respect de certaines formalités ;

– les *motifs*, partie rédigée en forme de « Considérant que… », dans laquelle le juge expose son raisonnement ; c'est la partie la plus intéressante pour le juriste ;

– le *dispositif*, qui débute ainsi : « Par ces motifs… », qui est divisé en articles et contient la décision juridictionnelle proprement dite.

3. Le déroulement du procès administratif : les référés

541 Dans certains cas se rencontre la nécessité d'une décision rapide ou urgente du juge, soit en attente du règlement définitif du litige soit en vue de préparer ce règlement définitif. Les solutions sont délicates car se contredisent l'intérêt individuel du requérant et le caractère non suspensif des voies de recours. Depuis l'importante réforme introduite par la loi du 30 juin 2000, ces procédures, normalement provisoires (sauf le constat [art. R. 521-1 et R. 521-2 CJA]) et le référé-liberté), prennent la forme de référés urgents, de référés non urgents et de référés spéciaux.

● Principes

542 Le juge des référés est toujours un juge unique, ce sera le président de la juridiction ou un magistrat ayant une certaine ancienneté. Est compétent en cette qualité le juge qui aurait été compétent matériellement et territorialement pour connaître de l'affaire au fond. La requête en référé est écrite et doit comporter les éléments de fait et de droit utiles ; elle est dispensée dans la plupart des cas de la production d'une « décision préalable ». Elle est introduite sans ou avec ministère d'avocat selon que le litige au fond en est dispensé ou non. La demande de référé doit toujours satisfaire à deux conditions : 1°) existence d'une situation au moins précontentieuse, 2°) utilité des mesures sollicitées. En outre, les référés urgents doivent comporter la démonstration qu'il y a véritablement urgence à juger. Toute requête en référé fait l'objet d'un « filtrage » permettant son rejet immédiat, sans instruction contradictoire et sans audience publique, si fait défaut la condition d'urgence, pour les référés urgents, ou si la requête est manifestement irrecevable ou mal fondée pour quelque autre motif. L'instruction, hormis les cas précédents, est menée contradictoirement mais de manière accélérée, d'où la dispense de conclusions du rapporteur public (art. L. 522-1, al. 3 CJA). (Sur la conciliation de l'urgence et de la contradiction, v. 9 juil. 2007, *Cne du Port*, où un délai de 18 heures est accordé à une commune pour présenter ses conclusions). Le jugement, qui n'a pas l'autorité de chose jugée, est rendu à titre provisoire, étant susceptible à tout moment d'être réexaminé, sauf dans le cas où les mesures qui sont seules de nature à faire disparaître une atteinte grave

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

et immédiate à une liberté fondamentale telle la liberté syndicale, ne peuvent revêtir qu'un caractère définitif (ici, mise d'un local à disposition d'un syndicat : 9 juil. 2007, *Cne du Port*, préc.) ; il est exécutoire et obligatoire (5 nov. 2003, *Assoc. Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre*). Il doit être suffisamment motivé (26 janv. 2005, *SCI Chopin-Leturc et autre*).
Parmi les référés urgents, le référé-suspension et le référé-conservatoire peuvent faire seulement l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État et le référé-libertés d'un appel porté directement devant le Conseil d'État.
Les référés non urgents peuvent être frappés d'appel, sous quinzaine, devant un juge unique de la cour administrative d'appel, puis d'un pourvoi en cassation.

● Les référés urgents

543 Le *référé-suspension* (L. 521-1 CJA), héritier du défunt sursis à exécution, ne peut pas être introduit seul : il doit être accompagné d'une requête tendant à l'annulation ou à la réformation d'une décision administrative ou même d'un avis ou d'une proposition lorsque ces derniers, par leurs effets, affectent le pouvoir de décision de l'autorité compétente (ici le Conseil sup. de la fonct. publ. : 9 juil. 2007, *Centre hospit. G. Claudinon*). Ce référé vise à obtenir la suspension provisoire de cette décision en attendant que soit rendu un jugement sur la demande d'annulation. Le demandeur doit tout d'abord établir qu'il y a urgence à une telle suspension, cette urgence devant être « certaine » (sur l'appréciation de l'urgence dans le cadre du référé-suspension : 5 févr. 2004, *Ligue de protection des oiseaux et autres*). L'urgence ne suppose pas que la situation ait un caractère « irréversible » (26 oct. 2005, *Sté des crématoriums de France*). En revanche, elle peut résulter directement du contenu même de la décision attaquée (28 déc. 2005, *Synd. intercommunal de Lens-Avion* : dissolution d'un syndicat intercommunal). Ainsi, il n'y a pas urgence à suspendre une décision relative au changement d'appellation de certains vins en raison de « l'inertie des consommateurs » et de la « lenteur inhérente à la réorientation de leurs habitudes » (Ord. réf. 6 juil. 2007, *Synd. vignerons de l'Hérault vinifiant en cave particulière*). Ensuite, le juge doit estimer qu'un au moins des moyens invoqués dans la demande sur le fond en annulation ou en réformation est de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'acte déféré. Ce moyen, on le sait (*cf.* § 25 *in fine*), ne peut être celui d'inconventionnalité.
Une décision entièrement exécutée ne peut pas faire l'objet d'un référé suspension (27 juin 2005, *Assoc. établissmt région. Léo Lagrange de Rhône-Alpes-Auvergne*), tout comme celle de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée expiré (18 juil. 2006, *région Guadeloupe*).
L'administration qui passe outre une décision de suspension du juge des référés ne peut pas la contester au contentieux (17 janv. 2007, *min. Intérieur*).

544 Le *référé-conservatoire* (L. 521-3 CJA) permet au juge « d'ordonner toutes mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative » : il peut user à cette fin de son pouvoir d'injonction et n'est plus limité par la prohibition, antérieure, de ne pas « préjudicier au principal ». Ce référé peut compléter un référé-suspension (Sect. 6 févr. 2004, *Masier*). Le juge doit s'expliquer sur l'utilité des mesures ordonnées (22 févr. 2007, *Sté d'ingénierie et de réalisation de construction*).
La jurisprudence récente redonne une certaine vigueur à une procédure jusqu'alors un peu délaissée (Sect. 18 juil. 2006, *Labat*).

545 Le *référé-liberté* (L. 521-2 CJA) est le plus moderne et le plus innovant des référés urgents. Par ce référé, le juge peut « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » (tel le respect de la vie privée : ord. réf. 25 oct. 2007, *Y.*) à laquelle il est porté « une atteinte grave et manifestement illégale » par une personne, publique ou privée mais gérant un service public ; la compétence du juge administratif, nonobstant celle reconnue en principe, ici, au juge judiciaire, s'étend même, dès lors qu'il y a urgence, aux voies de fait (Ord.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Réf. 23 janv. 2013, *Cne de Chirongui*, 365262). Le juge doit statuer dans un délai de quarante-huit heures. Ce sont les notions de « libertés fondamentales » et de « gravité » de l'atteinte qui soulèvent le plus de questions (Sur l'appréciation du caractère « manifestement illégal » : 29 oct. 2003, *Sté Résimmo*). Ce référé a connu d'emblée un vif succès. À la différence de ce qui se passe pour les autres référés, les décisions prises dans le cadre du référé-liberté le sont à titre définitif et non provisoire. (V. aussi § 26).

● Les référés non urgents

546 Le *référé-instruction* (R. 531-1 CJA) permet, en dehors de toute urgence, de solliciter du juge la prescription de toutes mesures utiles d'expertise ou d'instruction : le juge des référés peut ordonner toutes espèces de mesures que le juge du principal pourrait ordonner lui-même, celles-ci devant être commandées par leur caractère « utile ». L'ordonnance de référé expertise ne rouvre pas le délai de recours (TA Rennes 3 mars 2005, *Mme L.*).

547 Le *référé-provision* (R. 531-2 CJA) permet au créancier d'une personne publique en dehors de toute urgence (20 déc. 2006, *SNC Cannes Estérel*) de saisir le juge d'une demande tendant à ce que lui soit allouée, sur un montant total qui lui est dû, une allocation provisionnelle, sorte d'avance, dès lors que le montant de celle-ci n'est pas « sérieusement contestable » par le débiteur public (3 déc. 2003, *Sté Bernard Travaux Polynésie*).

● Les référés spéciaux

548 On citera en premier lieu les deux référés relatifs aux contrats, le *référé contractuel* (L. 551-13 à L. 551-23 CJA) et le *référé précontractuel* (art. L. 551-1 et L. 551-2 CJA), directement issus du droit communautaire (*cf.* § 415).

– Le juge administratif (président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue) peut être saisi d'un *référé contractuel* une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 CJA. Les pouvoirs du juge sont considérables. Il peut, même d'office – mais sous certaines conditions – suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, prononcer la nullité du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée ou infliger une pénalité financière (au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice).

– Le *référé précontractuel* permet au contractant se prétendant lésé par la violation des obligations communautaires (transparence, égalité, concurrence) de saisir le juge des référés après avoir obligatoirement adressé à l'Administration contractante un recours préalable. Le juge, dans le bref délai de 20 jours, peut obliger le pouvoir adjudicateur à se conformer à ses obligations, ordonner la suspension de la passation ou de l'exécution du contrat, annuler toute mesure d'exécution du contrat ou toute clause méconnaissant ces obligations.

Dans les deux référés, c'est l'obligation absolue de respecter les principes communautaires qui fonde et justifie les pouvoirs étendus du juge (26 oct. 2006, *Cne d'Andeville* : possibilité de statuer *ultra petita*; 15 déc. 2006, *Corsica Ferries*, préc. : annulation entière d'une procédure même dans sa partie non viciée).

On peut encore citer : le référé tendant à l'annulation des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, le référé en matière audiovisuelle, la suspension des décisions administratives prises en l'absence d'étude d'impact (L. 554-11 CJA), la suspension après conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête dans le cadre d'une enquête publique (L. 554-12 CJA), ou encore la suspension des décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications prononçant des sanctions pécuniaires.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

4. Collégialité et juge unique

549 Normalement, le principe qui domine en procédure administrative, comme d'ailleurs dans les autres procédures, est celui de la collégialité. Les jugements sont rendus par des formations comprenant plusieurs juges. Traditionnellement, la collégialité est présentée comme réduisant les risques d'erreurs. Elle permettrait aussi d'assurer plus aisément l'impartialité d'une décision prise à plusieurs. Enfin, grâce à l'anonymat, elle mettrait mieux les juges à l'abri de pressions ou de représailles.

Il a cependant toujours existé, dans les diverses procédures, un juge unique ou, plutôt, selon la formule du Code de justice administrative, un « juge statuant seul » pour prendre certaines décisions par souci de célérité ou quand la décision à prendre revêt une certaine automaticité. À l'époque contemporaine, les hypothèses de recours au juge unique se sont multipliées dans le but de désencombrer les juridictions. Le phénomène a pris une ampleur telle que l'on a pu s'interroger sur le maintien du principe de collégialité malgré sa réaffirmation par l'article L. 3 du titre préliminaire du CJA.

Au Conseil d'État, le juge unique, qui ne peut être qu'un des présidents de sous-sections, est compétent, notamment, pour donner acte d'un désistement, constater un non lieu, rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence du juge administratif ou entachées d'une irrecevabilité absolue, pour statuer sur les litiges « de série », c'est-à-dire susceptibles de se présenter dans un grand nombre de cas.

Dans les tribunaux et cours administratifs, les présidents de ces juridictions ainsi que ceux de leurs formations de jugement peuvent également statuer seuls dans les cas ci-dessus indiqués. En outre, pour les seuls tribunaux administratifs, l'art. R. 222-13 CJA énumère un grand nombre de catégories de litiges dont le jugement relève du président statuant seul ou d'un conseiller, ayant au moins le grade de premier conseiller, qu'il délègue à cet effet (voir § 468).

C. L'effet de la décision juridictionnelle

550 Le premier effet d'une décision de justice vient de ce qu'elle a force de vérité légale, on dit que « la chose jugée doit être tenue pour la vérité ». La décision de justice s'impose aux parties qui doivent l'exécuter, étant une conséquence du double droit à accéder à un juge et à un procès équitable (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*) (1.). Cette exigence est renforcée, en procédure administrative, par l'absence d'effet suspensif des voies de recours et par l'obligation, pour les parties, d'exécuter la décision de justice (2.).

1. L'autorité de chose jugée

551 Parce que la première qualité d'un jugement est d'être respecté et exécuté, on en déduit qu'il a une force particulière car ce qui a été jugé doit être tenu pour la vérité (*« res judicata pro veritate habetur »*).

Tout d'abord, le champ d'application de cette règle est limité. Le jugement ne peut avoir autorité sur un autre jugement que si ce second jugement remplit cumulativement trois conditions (art. 1351 C. civ.) : il doit porter sur le *même objet*, c'est-à-dire que la même chose doit être demandée successivement aux deux juges (29 janv. 1974, *Ép. Gevrey*) ; il doit reposer sur la *même cause* en ce sens que le fondement juridique des deux actions doit reposer sur la même cause juridique (*cf.* ci-après § 569 et s.) ; enfin, il doit y avoir, dans les deux procès, *identité de parties*, c'est-à-dire, à la fois, les mêmes personnes agissant en la même qualité (Sect. 10 mars 1995, *Chambre de commerce de Lille-Roubaix-Tourcoing*). Ensuite, même lorsque ces trois conditions sont réunies, il faut encore, pour prétendre au bénéfice de l'autorité de chose

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

jugée, que le jugement porte sur le fond du litige ; ainsi ne revêtent pas cette autorité la plupart des décisions juridictionnelles de caractère purement conservatoire ou par nature provisoires (cas de nombreux référés).

Concernant l'étendue de l'autorité ainsi reconnue aux jugements deux points sont importants. En premier lieu, l'autorité de chose jugée ne s'attache en principe qu'à la partie proprement décisoire du jugement, le *dispositif*, qui contient la décision du juge. Par exception, cette autorité peut s'étendre aux motifs qui précèdent et expliquent ces motifs lorsqu'ils en sont le « soutien nécessaire » ; on veut dire par là que le dispositif trouve sa justification et son fondement dans les seuls motifs, ceux-ci constituant l'explication du dispositif c'est-à-dire sa *ratio decidendi* (Sect. 28 nov. 1949, *Sté des automobiles Berliet* ; Sect. 25 juin 2001, *Sté à objet sportif Toulouse football club*). En second lieu, l'autorité de chose jugée n'est normalement qu'une *autorité relative* car elle ne joue qu'en présence de la triple identité d'objet, de parties et de cause énoncée par l'art. 1351 du Code civil. Toutefois, par exception, certains jugements sont revêtus de *l'autorité absolue de chose jugée*, ce qui signifie qu'elle jouera même en l'absence de réunion des conditions posées par l'article 1351. Il en va ainsi, en particulier, des jugements d'annulation rendus sur recours pour excès de pouvoir (22 mars 1961, *Simonet*), des jugements d'annulation ou de réformation rendus par le juge électoral, des condamnations prononcées en matière de contraventions de grande voirie, etc. (v. § 600).

Cette autorité explique l'impossibilité pour le juge de statuer à nouveau sur un jugement devenu définitif (Lyon 16 juin 2005, *min. de l'Éducation*).

Les décisions du juge de cassation n'ont que l'autorité relative de chose jugée sauf lorsqu'elles se prononcent sur des jugements ou arrêts eux-mêmes revêtus de l'autorité absolue de chose jugée, ce dernier caractère s'étendant, alors, aux décisions – infirmatives comme confirmatives – de cassation (Sect. 30 sept. 2005, *Cne de Beausoleil*).

2. L'exécution des décisions de justice

L'Administration se montre parfois réticente pour exécuter les décisions de justice ; la situation traditionnelle a évolué vers une grande efficacité.

● La situation traditionnelle

552 Longtemps le juge n'a eu que peu de pouvoirs face à une Administration se refusant à exécuter certaines de ses décisions. Progressivement, des améliorations ont été apportées : engagement de la responsabilité de la personne publique récalcitrante (Ass. 2 mai 1962, *Caucheteux et Desmonts*) ou de celle de l'État à raison de lois validant rétroactivement des actes administratifs annulés par le juge (1er déc. 1961, *Lacombe*) ; inscription d'office au budget de la collectivité sous tutelle des sommes mises à sa charge par décision de justice ; possibilité ouverte aux ministres de signaler au Conseil d'État les difficultés objectives rencontrées pour exécuter les jugements, et, pour les plaideurs, de saisir le Conseil d'État des obstacles rencontrés pour obtenir cette exécution.

● La situation moderne

553 Outre le maintien des moyens antérieurement existants, qui gardent tous leurs effets, les lois du 16 juillet 1980, du 30 juillet 1987, du 8 février 1995 et du 12 avril 2000 ont introduit d'importants mécanismes.

1°) En cas de condamnation définitive au paiement d'une somme d'argent, la personne publique dispose de deux mois pour ordonnancer la somme ou de quatre mois en cas d'insuffisance des crédits, (par suite de la décision du 3 sept. 2007, *Dechelotte*, faisant obligation au premier ministre de tirer les conséquences de la loi du 12 avr. 2000 [art. 17] sur le décret du 12 mai 1981,

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

lui-même pris pour l'application de la loi du 16 juil. 1980 sur l'astreinte). Passé ce délai, le comptable doit payer sur demande du créancier accompagnée de la décision de justice, faute de quoi il serait passible d'une amende. Le créancier a lui-même qualité pour saisir la Cour de discipline budgétaire et financière par le moyen de son ministère public. S'il s'agit d'un comptable public local, l'autorité de tutelle ou la chambre régionale des comptes peut être saisie. Il doit être procédé, dans le mois, à un mandatement d'office ou à une mise en demeure ; à défaut, une inscription d'office est prononcée. Ainsi, un préfet peut vendre un bien d'une collectivité locale pour assurer le paiement d'une condamnation subie par cette collectivité et que celle-ci n'exécute pas (Sect. 18 nov. 2005, *Sté fermière de Campoloro*).

2°) De plus, le juge peut assortir sa décision d'une *injonction* adressée à l'Administration concernée ou à une personne privée chargée de la gestion d'un service public. Cette injonction est susceptible de revêtir deux formes. Soit injonction est faite à l'autorité de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé (art. L. 911-1 CJA), soit l'injonction invite l'autorité à statuer à nouveau dans un délai déterminé (art. L. 911-2 CJA).

Tout juge, même de référé (14 nov. 1997, *Cnauté urbaine de Lyon*), peut délivrer cette injonction, prescrire une mesure d'exécution d'un jugement (Ass. 28 mars 1997, *UNAF*) ou fixer le délai dans lequel doit intervenir une décision administrative ou même une décision d'une personne privée (Sect. 9 juil. 1997, *ANPEEC*).

3°) Les lois de 1980 et 1995 ainsi que les textes ultérieurs instituent un régime de condamnation à astreinte des personnes publiques n'exécutant pas pendant trois mois, sauf urgence, une décision de justice (Sect. 17 mai 1985, *Menneret*, p. 149, concl. J.-M. Pauti) y compris du juge du référé provision (art. 1-1, loi 1980). L'astreinte est prononcée, spontanément, sur demande de l'intéressé ou même du président de la section du rapport et des études (23 juil. 2009, *CPAM Hauts-de-Seine*, 328520), à titre provisoire ou définitif, par tout juge administratif saisi. L'astreinte se cumule avec d'éventuels dommages-intérêts. De plus, l'agent public dont le comportement aura provoqué la condamnation d'une collectivité publique à astreinte pourra se voir infliger une amende. Lorsque l'astreinte a été prononcée contre une collectivité territoriale ou un groupement de telles collectivités, il appartient au préfet d'assurer l'exécution effective de la décision de justice, à peine d'engager la responsabilité, pour faute lourde, de l'État (29 oct. 2010, *min. Alimentat., Agric. et Pêche*, 338001) en cas de préjudice grave et spécial. Dans tous les cas, cette astreinte peut se cumuler avec une injonction. Lorsque le litige relève à titre principal du juge judiciaire, ce dernier peut condamner la puissance publique à astreinte (TC 19 mars 2007, *préfet Hte-Vienne*).

4°) L'article L. 911-4 CJA permet à la partie intéressée qui éprouve des difficultés à faire exécuter un jugement ou un arrêt d'adresser une *demande d'exécution* au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui l'a rendu. Cette juridiction définit les conditions d'exécution, en détermine le délai et peut prononcer une astreinte. La demande d'exécution peut être renvoyée au Conseil d'État par la juridiction saisie.

2 Les recours contre les actes administratifs ; le cas du recours pour excès de pouvoir

Après avoir formulé quelques observations préliminaires (A.), seront exposés les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir (B.), l'étendue et les formes du contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir (C.) ainsi que les effets des jugements rendus en cette matière (D.).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

A. Préliminaires : la distinction des recours contentieux, les « branches » du contentieux

Les diverses actions en justice possibles contre un acte ou un fait administratif se classent respectivement dans l'une des quatre branches du contentieux (1.) – distinction qui est, au demeurant, très discutée (2.) –, en fonction du contenu de la demande adressée au juge, et, corrélativement, des pouvoirs de ce dernier. À ce titre, le contentieux de l'excès de pouvoir présente un particularisme accusé.

1. Les branches du contentieux. Présentation

Depuis Laferrière, les litiges dont est susceptible d'être saisi le juge administratif sont classés en quatre catégories ou branches du contentieux.

● Le contentieux de l'interprétation

554 Dans cette branche du contentieux il est demandé au juge administratif d'interpréter un acte même non décisoire de l'Administration ou un jugement rendu par une juridiction administrative. Cette question lui est posée soit par une juridiction judiciaire par le moyen d'un renvoi préjudiciel, soit par un justiciable en dehors de tout litige. La réponse du juge, bien qu'elle ne tranche pas un litige, s'impose avec l'autorité de chose jugée : elle ne porte, bien évidemment, que sur la question posée. Ce contentieux est plutôt résiduel au plan quantitatif.

● Le contentieux de la répression

555 Dans cette branche du contentieux le juge administratif dispose du pouvoir d'infliger lui-même une sanction. Tels sont : le contentieux disciplinaire de la fonction publique, le contentieux de certaines sanctions administratives (retrait d'une licence, fermeture d'un débit de boissons, retrait du permis de conduire ou de chasser, etc.), et le contentieux des contraventions de grande voirie. Ce contentieux est d'application plus fréquente que le précédent.

● Le contentieux de pleine juridiction ou plein contentieux

556 Cette branche du contentieux est celle dans laquelle le juge administratif est doté du maximum de pouvoirs de décision : il peut condamner pécuniairement l'Administration, annuler la décision en tout ou en partie, ou la réformer seulement ; il peut moduler des pénalités de retard contractuellement prévues (29 déc. 2008, *OPHLM de Puteaux*). Appartiennent notamment à ce contentieux : les litiges en matière de contrat et de responsabilité contractuelle, de responsabilité extracontractuelle, de fiscalité, d'élections (17 oct. 2003, *Consultation des électeurs de Corse*), d'édifices menaçant ruine, d'états exécutoires, de titres de recette, d'injonction (4 juil. 1997, *Bourezak*), de sanctions administratives, etc. C'est l'un des deux contentieux majeurs du droit administratif.

● Le contentieux de l'annulation

557 Par cette branche du contentieux, il est demandé au juge d'annuler une décision administrative illégale : le juge ne peut qu'annuler la décision ou rejeter le recours. Le plus important des recours en annulation, qui paraît parfois absorber la totalité de ce contentieux, est le *recours pour excès de pouvoir*. Par son volume et les questions théoriques qu'il soulève, c'est un contentieux administratif majeur.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2. Les branches du contentieux. Critique

558 Cette répartition de l'ensemble du contentieux administratif entre quatre branches a été critiquée. On lui reproche son caractère artificiel et, parfois, son maniement difficile (*cf.* concl. C. de Montgolfier sur 7 nov. 1990, *min. de la Défense*, *AJDA* 1991 p. 142). En réalité, la nature de ce qui est demandé au juge, ainsi que la cause de la demande permettent fréquemment de qualifier aisément la branche du contentieux à laquelle elle se rattache. C'est pourquoi la classification traditionnelle présentée ci-dessus sera retenue ici.

Elle emporte de très importantes conséquences pratiques. C'est ainsi que la qualité pour agir est plus largement admise en excès de pouvoir qu'en plein contentieux. De même, le ministère d'avocat, qui est toujours facultatif en excès de pouvoir, est, au contraire, en principe obligatoire – mais il y a des exceptions – en plein contentieux. De la même manière, les délais d'action contentieuse sont différents dans les deux branches en particulier en matière de décisions implicites. Les moyens développés au soutien de la requête, c'est-à-dire les arguments des requérants, diffèrent selon la branche du contentieux concernée (27 sept. 2006, *Maupas*) : en excès de pouvoir, les moyens de légalité domineront presque exclusivement, alors qu'en plein contentieux les moyens sont plus diversifiés. Le jugement d'annulation possède une autorité absolue en excès de pouvoir.

B. Le recours pour excès de pouvoir

559 **Caractères essentiels**

Le recours pour excès de pouvoir, le plus mythique des recours contentieux, est un recours *d'ordre public* (Paris, 30 déc. 1996, Boyer) : le requérant ne peut renoncer par avance ni à l'exercer ni, l'ayant exercé, au bénéfice qui en résulte pour lui. C'est pourquoi il est ouvert même sans texte contre toute décision administrative (Ass. 17 févr. 1950, *min. de l'Agriculture c/ Lamotte*, p. 110) : il a pour fonction de faire triompher le principe de juridicité.

Le recours pour excès de pouvoir est un *recours objectif* en ce sens qu'il s'analyse comme un procès fait à une décision et non à l'auteur de celle-ci. Il a pour but, dans l'intérêt général, d'apurer l'édifice juridique de situations illégales. Même s'il a une grande part de vérité, ce deuxième caractère est moins net que le précédent : l'intérêt personnel du requérant entre aussi en jeu.

La formation d'un recours pour excès de pouvoir doit satisfaire à des exigences qui tiennent à la personne du requérant (1.), à la décision qu'il prétend faire annuler (2.), ainsi qu'à diverses exigences de forme et de procédure (3. et 4.). Ce sont les conditions de recevabilité.

1. Conditions de recevabilité tenant à la personne du requérant : l'intérêt pour agir

560 Pour pouvoir agir en justice il est nécessaire, d'abord, de disposer de la *capacité juridique* pour le faire. Cette capacité est largement admise en excès de pouvoir. Ensuite, il faut avoir un *certain intérêt* à faire un procès : « pas d'intérêt, pas d'action (en justice) », dit un adage. La condition d'intérêt pour agir soulève de nombreuses difficultés. Elle s'apprécie au jour de l'introduction du recours (22 déc. 1967, *min. des Affaires sociales et Ruhlmann*) ; si elle existait à cette date mais a disparu pendant l'instance ou a été transférée à une autre personne juridique que celle qui a introduit l'action contentieuse (Sect. 11 févr. 2005, *Marcel*), le recours reste recevable (22 nov. 1963, *Dalmas de Polignac*). Logiquement, ce recours intervenant dans l'intérêt général, on pourrait penser que n'importe quel citoyen devrait pouvoir contester n'importe quelle décision administrative qu'il estime être irrégulière. La jurisprudence s'est arrêtée à un compromis : admettre le plus largement possible l'intérêt pour agir sans aller jusqu'à

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

l'universalité des citoyens. D'où l'emploi d'un double critère réducteur : l'intérêt doit être direct et personnel, il doit également être né et actuel.

● L'intérêt direct et personnel

561 Un intérêt direct et personnel est d'abord exigé, ce qui réduit l'accès au prétoire.
La décision attaquée doit porter atteinte aux intérêts du requérant, et il doit exister une certaine relation entre la décision attaquée et la qualité dont se prévaut le requérant pour l'attaquer. La qualité du requérant est donc une condition essentielle de la recevabilité. Ainsi une commune n'a pas d'intérêt à agir contre l'agrément d'une association par le préfet (Section 13 déc. 2006, *Cne d'Issy-les-Moulineaux*). Cette qualité peut être très diverse : qualités de riverain d'une certaine rue, d'élève d'un établissement scolaire déterminé, de campeur, de membre d'une association, de propriétaire, de fidèle d'une religion, de fonctionnaire, etc.
Le contribuable, – qu'il ne faut pas confondre avec le redevable de l'impôt –, qui constitue l'une des catégories les plus nombreuses de requérants, fournit une bonne illustration de la jurisprudence : le juge a d'abord admis l'intérêt pour agir du contribuable communal (29 mars 1901, *Casanova*), puis celui du contribuable départemental (27 janv. 1911, *Richemond*), enfin, celui du contribuable colonial (24 juin 1932, *Galandou Diouf*). Mais il n'admet pas l'intérêt du contribuable national parce que celui-ci ne se distingue pas des autres citoyens, sa qualité se confondant purement et simplement avec celle de citoyen (13 févr. 1930, *Dufour*). Pareillement, les simples qualités d'électeur et de contribuable ne confèrent point d'intérêt pour agir contre une instruction du ministre du budget et des comptes publics (24 juil. 2009, *Jean-Paul X.*, 316630).
En principe, les requêtes sont formées par un seul requérant ou contre une seule décision, toutefois, il existe de nombreux cas où les requêtes sont collectives. Il existe deux sortes de requêtes collectives. Les *requêtes collectives personnelles* sont celles introduites par plusieurs requérants contre une décision et les *requêtes collectives réelles* sont celles formées contre plusieurs décisions. Les requêtes collectives soulèvent des difficultés concernant l'appréciation de l'intérêt pour agir. D'une part, en cas de pluralité de requérants chacun d'eux n'a pas forcément un même intérêt à attaquer une décision. D'autre part, l'intérêt d'un requérant n'est pas nécessairement identique envers toutes les décisions attaquées par lui en même temps. La jurisprudence se montre souple face aux requêtes collectives. S'agissant des requêtes collectives personnelles, qu'elles soient dirigées contre des décisions réglementaires (11 juil. 1958, *FNOSS et Fradin*) ou contre des décisions individuelles (22 déc. 1972, *min. de l'Équipement et Sieur Langlois c/ Assoc. synd. du Moulin des Migneaux et Chemello*), elles sont recevables pourvu que l'un au moins des requérants soit recevable. Les requêtes collectives réelles sont, elles, déclarées recevables dès lors qu'existe entre les décisions attaquées « un lien suffisant » (Ass. 30 mars 1973, *David*). À défaut d'un tel lien, la requête ne pourra cependant être déclarée irrecevable que si le requérant, préalablement invité à régulariser, s'est abstenu de le faire.

562 Il existe une exception à l'exigence d'un intérêt direct et personnel, elle est constituée par *l'intérêt collectif* représenté par les différentes personnes morales. Cette exception fut longtemps limitée avant de connaître une importante extension. En principe, les personnes morales ne doivent agir que pour la défense des intérêts collectifs de leurs membres. Cependant, la recevabilité de leur action a été admise assez tôt par une décision célèbre (28 déc. 1906, *Synd. des patrons-coiffeurs de Limoges*, p. 977, concl. J. Romieu) à la condition que l'intérêt défendu soit commun à l'ensemble des membres du groupement. La jurisprudence n'a cessé, par la suite, d'élargir les possibilités d'action des personnes morales. Tout d'abord, elle a admis qu'une personne morale puisse agir dans l'intérêt d'un seul de ses membres lorsque la question à résoudre est une question de principe intéressant tous les autres membres du

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

groupement. Ensuite, le juge a accepté qu'un syndicat groupant plusieurs catégories d'agents puisse agir pour la défense d'une seule de ces catégories (Ass. 21 avr. 1972, *Synd. chrétien du corps des officiers de police*). Enfin, dans son dernier état, la jurisprudence administrative décide qu'une union de syndicats a un intérêt suffisant pour agir dans l'intérêt d'une seule des organisations qui la composent (Ass. 12 déc. 2003, *USPAC-CGT*, cette décision constituant un abandon de : 16 févr. 1940, *Un. nat. des grandes pharmacies de France*). Toutefois, n'a pas d'intérêt pour agir la personne morale qui agit en réalité pour le compte d'autrui et dans un but autre que celui désigné par son objet social (Douai 30 mars 2006, *Sté Caudis*). Dans le cas, spécifique, de la fonction publique, les fonctionnaires et leurs organisations syndicales ne peuvent pas contester les mesures d'ordre intérieur relatives à l'organisation du service public sauf si, par là, il est porté atteinte à leurs droits statutaires ou à leur condition d'emploi ou de travail (25 juin 2007, *Synd. Sud-Santé des personnels de l'AP-HP*; 30 déc. 2009, *Claudine X.*, 311485).

● L'intérêt né et actuel

563 L'action en justice n'est recevable que si l'intérêt dont se prévaut le requérant existe actuellement. Ainsi, un candidat déclaré inéligible peut contester une élection à laquelle il n'a pas participé (16 février 2005, *Élect. région. de PACA*). L'intérêt futur n'est pas exclu, il suffit que, à la date d'introduction du recours, sa survenance soit certaine (*cf.* concl. M. Long sur Sect. 14 févr. 1958, *Abisset*). En revanche est exclu l'examen d'un recours quand l'intérêt est simplement éventuel.

2. Conditions de recevabilité tenant à la nature de la décision attaquée

L'acte attaqué doit être une décision administrative (ce recours est évidemment impossible contre une loi : 11 juil. 2011, *Pierre X.*, 313949), c'est-à-dire qu'il doit modifier l'ordonnancement juridique et, également, faire grief à celui qui en conteste la régularité.

● L'exigence d'une décision

564 Tout acte administratif (voir § 293-308) n'est pas déférable au juge de l'excès de pouvoir ; il faut qu'il s'agisse d'une décision (une simple information n'est pas une décision : Marseille 20 janv. 2005, *Association Pro-Musica*), terme qui désigne un acte susceptible de modifier unilatéralement l'ordonnancement juridique, pris par une personne morale de droit public ou par une personne privée chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice de celle-ci et dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique. Toutefois, un avis – qui n'est donc pas décisoire – peut être déféré au juge s'il a pour effet d'empêcher ou de limiter le pouvoir de prendre une décision (26 juin 2009, *CCAS de Lezay*, 311068).

Cela excluait traditionnellement la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre un contrat, lequel n'est pas une décision (29 déc. 1905, *Martin*, p. 749, concl. J. Romieu). La jurisprudence a fortement évolué, d'abord en admettant très généreusement la détachabilité (29 juin 1979, *Vve Bourgeois*), puis en admettant l'action des tiers contre les clauses réglementaires des contrats (Ass. 10 juil. 1996, *Cayzeele*; Sect. 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, p. 375, concl. *J.-H. Stahl*). Enfin, de façon spectaculaire, elle permet au tiers évincé d'une procédure contractuelle, de former contre cette éviction un recours de plein contentieux en annulation (Ass. 16 juil. 2007, *Sté Travaux Tropic Signalisation*) sous réserve, en ce dernier cas, de renoncer à la faculté d'invoquer la théorie de l'acte détachable (même décision). Il existe d'autres hypothèses de détachabilité (actes détachables d'un acte de gouvernement, actes détachables dans les contentieux fiscal ou électoral).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Une décision faisant grief

565 La décision déférable est celle qui est opposable aux administrés parce qu'elle modifie leur situation juridique ce qui peut parfois être le cas d'un refus (Section 30 nov. 2007, *Tinez et autres*). Cela exclut le recours pour excès de pouvoir contre nombre d'actes administratifs, dits « préparatoires », antérieurs à la décision (consultation, avis – mais le caractère illégal d'un avis peut être invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir : 26 oct. 2001, *Eisenchteter* –, vœu) ou postérieurs à elle (transmission, notification, rappel, refus qui ne modifie pas la situation juridique antérieure) (§ 299-308). Ainsi, la simple exécution matérielle d'un arrêté d'expulsion ne constitue pas, par elle-même, une décision, mais simplement la mise en œuvre de celle-ci, elle ne peut donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (13 nov. 1985, *min. de l'Intérieur c/ Arrugaeta San Emeterio*) ; semblablement, parce qu'il ne fait pas grief, un acte administratif superfétatoire ne peut pas être déféré au juge de l'excès de pouvoir (Bordeaux 6 nov. 2006, *Assoc. des Belles Dames, Environnement et Patrimoine*).

3. Les conditions de délai et de forme (renvoi)

Ces conditions ont été étudiées plus haut (§ 516-532).

4. Les conditions tenant à l'absence de recours parallèle

Selon ce principe, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable lorsque le requérant, pour parvenir à ses fins, dispose d'une autre voie de droit susceptible de lui procurer le même résultat.

● La signification de l'exception de recours parallèle

566 Lorsque les conditions précédentes sont réunies, le requérant peut cependant se voir opposer l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir s'il disposait d'une autre voie de droit d'une aussi grande efficacité pour obtenir les résultats escomptés de la mise en œuvre du recours pour excès de pouvoir. Cette autre voie de droit est « le recours parallèle ». En ce cas, le recours pour excès de pouvoir est irrecevable. Historiquement, cette solution était justifiée par le caractère subsidiaire qu'avait le recours pour excès de pouvoir. Aujourd'hui, l'exception de recours parallèle a trouvé une autre justification : éviter l'absorption des autres recours par le recours pour excès de pouvoir étant donné la large ouverture de ce dernier. Cette exception poursuit deux objectifs. En premier lieu, elle cherche à sauvegarder l'ordre des compétences lorsque le recours pour excès de pouvoir et le recours parallèle relèvent de juridictions différentes (ainsi, les membres d'une association qui contestent la régularité de la modification des statuts de l'association doivent s'adresser au juge judiciaire, l'existence de ce recours parallèle devant le juge judiciaire rendant irrecevable leur recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif : 15 juil. 1959, *Libert*). En second lieu, elle sauvegarde la séparation des différentes branches du contentieux administratif. On ne peut demander au juge de l'excès de pouvoir ce qui doit l'être devant le juge du plein contentieux ; toutefois, il en va différemment dans deux cas principalement. Tout d'abord, lorsque les demandes contenues dans un recours relèvent de la même juridiction, l'exception ne sera pas opposée. Par exemple, le recours pour excès de pouvoir formé par un cocontractant contre l'acte unilatéral résiliant le contrat ne sera pas déclaré irrecevable alors qu'une telle demande relève, par nature, de la compétence du juge de pleine juridiction. La demande d'annulation sera requalifiée en demande de plein contentieux toutes les fois que le juge du contrat peut prononcer l'annulation de la résiliation, ainsi dans le cas des concessions (20 janv. 1905, *Cie départementale des eaux*, p. 56, concl. J. Romieu ; 9 juil. 1997, *Sté des eaux de Luxeuil-les-Bains et Ville de Cannes*, 2 espèces). Ensuite, dans les

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

litiges à caractère pécuniaire, le recours pour excès de pouvoir sera possible s'il se borne à soulever exclusivement des questions de légalité non à réclamer l'allocation d'une somme d'argent.

Malgré une controverse sur la mort prochaine de cette exception celle-ci semble bien (trop ?) vivace : ainsi, le juge de l'excès de pouvoir ne peut connaître d'un recours dirigé contre des décisions préfectorales prises dans le cadre du pouvoir de tutelle sur une URSSAF dès lors qu'il existe une autre voie de droit (Sect. 6 janv. 1995, *min. Aff. Soc., et min. de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale*, 2 décisions) ; il en va de même de l'action contentieuse exercée par le contribuable en lieu et place d'une commune (28 avr. 2006, *Cassinari*).

● L'exception de recours parallèle et l'acte détachable

567 L'exception de recours parallèle – et c'est heureux –, ne peut pas être opposée à un recours pour excès de pouvoir formé contre des actes détachables de l'acte principal c'est-à-dire dont la nature le ferait relever d'une autre branche du contentieux. Il en va ainsi, notamment, en matière contractuelle (4 août 1905, *Martin*, préc.) ou dans les contentieux fiscal et électoral (*cf.* § 564).

C. Le contrôle de l'excès de pouvoir

Le contrôle exercé par le juge saisi d'un recours pour excès de pouvoir s'effectue sur la base des arguments développés par le requérant au soutien de sa demande d'annulation. Ces arguments sont appelés *moyens* (1.). Les moyens se rangent en deux groupes, ceux tenant à la *légalité externe* de l'acte (2.) et ceux relatifs à sa *légalité interne* (3). L'étendue du contrôle du juge (4.) et de ses pouvoirs (5.) à l'égard de ces moyens est très variable.

1. Les moyens invocables ; les « cas d'ouverture » du recours pour excès de pouvoir

568 Les moyens, ou « cas d'ouverture », susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir pour obtenir l'annulation de la décision attaquée ont été progressivement dégagés par le juge à partir de la monarchie de Juillet. Aujourd'hui, au terme de cette longue évolution, ces moyens ou cas d'ouverture sont au nombre de quatre : incompétence, vice de forme et/ou de procédure, violation de la règle de droit, détournement de pouvoir.

● La distinction légalité externe – légalité interne

569 Depuis deux très importantes décisions (Sect. 20 févr. 1953, *Sté Intercopie*, p. 88 ; Ass. 15 juil. 1954, *Sté des aciéries et forges de Saint-François*, p. 482), les quatre cas d'ouverture sont regroupés en deux *« causes juridiques »* : la légalité externe et la légalité interne.

La première de ces causes juridiques est dénommée *légalité externe* car seuls seront invoqués et examinés, en ce cas, les éléments extérieurs de l'acte, incompétence et vice de forme et/ou de procédure sans que le juge ait à procéder à l'examen du contenu de l'acte. Cela n'est pas toujours facile : ainsi, il faut bien souvent connaître le contenu d'un acte (autrement dit sa légalité interne) pour savoir si son auteur était compétent pour le prendre, ou pour déterminer si l'organisme consulté à cet effet a valablement statué en la forme.

La seconde de ces causes juridiques est appelée *légalité interne* ; c'est le fond même de l'acte que le juge aura à examiner : violation de la règle de droit et détournement de pouvoir.

En conséquence de cette distinction, le requérant, qui dispose normalement de deux mois pour saisir le juge, doit, à l'appui de son recours, soulever l'un ou plusieurs de ces quatre moyens. Si le(s) moyen(s) soulevé(s)appartienne(nt) à une seule cause juridique, le requé-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

rant ne peut plus, après l'expiration du délai de deux mois, soulever un nouveau moyen appartenant à l'autre cause juridique : la forclusion lui sera opposée. En revanche, s'il a soulevé seulement l'un des deux moyens d'une cause juridique, il peut, même après l'expiration du délai de deux mois, soulever l'autre moyen de la même cause. On comprend qu'en pratique il suffit de soulever deux moyens relevant de deux causes juridiques différentes pour être recevable pendant tout le cours de l'instance à soulever n'importe lequel des autres moyens. En outre, l'incompétence étant toujours un moyen d'ordre public, elle peut être soulevée à tout stade du procès et donc après l'expiration du délai de saisine du juge, à condition, toutefois, que le juge ait été saisi dans les délais d'un autre moyen.

2. La légalité externe

Le contrôle de la légalité externe permet au juge de se prononcer sans avoir à examiner l'acte en lui-même. Le contrôle ne porte que sur l'extériorité de l'acte : l'incompétence et le vice substantiel de forme ou de procédure.

● L'incompétence

570 L'incompétence est le vice qui frappe une décision prise par une autorité administrative qui n'avait aucune aptitude légale pour cela parce que cette décision relevait de la compétence d'une autre autorité. Le vice d'incompétence est le plus grave qui soit car il traduit une transgression de l'ordre constitutionnel des compétences, c'est pourquoi il est dit d'« ordre public » : il peut être soulevé à tout moment de la procédure par les parties ou, à défaut, être relevé spontanément par le juge.

L'incompétence est dite négative lorsque l'autorité administrative refuse de prendre une décision car elle croit, à tort, qu'elle n'est pas compétente pour la prendre. Très proche de cette situation est l'hypothèse de l'annulation « en tant que ne pas » dans laquelle le juge prononce l'annulation d'une décision non point à raison de ce qu'elle contient ou de la manière dont elle a été prise mais du fait qu'elle omet de régir une situation ou un fait. L'annulation « en tant que ne pas » est, au fond, l'annulation d'un acte pour ce qu'il ne contient pas – et qu'il devrait contenir –, l'annulation pour « non inclusion » (Ass. 16 février 2005, *Gpt forestier des ventes de Nonant*). *L'incompétence est dite positive* quand l'autorité croit être compétente dans un domaine alors que ce n'est pas le cas. Cette dernière hypothèse est la plus fréquente. Elle comporte quatre situations que l'on se borne à rappeler ici (voir § 356-361) :

– l'incompétence *ratione loci*, est celle de l'agent public qui se méprend sur sa compétence territoriale en décidant pour un territoire sur lequel il n'a aucune autorité ;

– l'incompétence *ratione temporis*, est celle de l'agent administratif prenant des décisions alors qu'il n'est pas encore nommé dans sa fonction ou, inversement, qu'il ne l'exerce plus ;

– l'incompétence *ratione materiae*, est la forme la plus fréquente d'incompétence : l'auteur de la décision statue dans une matière qui ne relève pas de ses attributions ;

– lorsque l'une quelconque de ces formes d'incompétence atteint un degré élevé de gravité, l'on parle d'*usurpation de pouvoir ou d'usurpation de fonctions* ; c'est une forme assez rare d'incompétence.

● Le vice de forme

571 Le vice de forme caractérise une décision prise sans respecter certaines exigences procédurales préalables : consultation irrégulière, absence de quorum (4 févr. 2011, *Cne de Saint-Prix*, 330562), motivation insuffisante ou inexistante, délai de convocation non respecté, impossible identification du signataire d'une décision (28 nov. 2011, *Cne de Trebeurden*, 322741), etc. Longtemps, n'étaient annulées que les seules décisions prises en violation d'une *« formalité*

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

substantielle » ou entachées d'un *« vice substantiel »*. La complexité et les incertitudes issues de cette jurisprudence, ont conduit le législateur et le juge à clarifier singulièrement cette matière. L'art. 70 de la loi du 17 mai 2011 dispose désormais que *« Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision. »* Amplifiant la logique législative, le Conseil d'État (Ass. 23 déc. 2011, *Danthony et autres*, 335033, *RFDA* 2012 p. 284, concl. G. Dumortier; Section, 335477, mêmes date et requérants; 15 mai 2012, *Féd. INTERCO CFDT*, 339834) juge qu'en vertu du principe général du droit dont s'inspire la loi précitée de 2011, le vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, obligatoire ou facultative, n'entache d'illégalité la décision prise que dans deux cas : soit ce vice est susceptible d'avoir exercé en l'espèce une influence sur la décision prise soit il a privé les intéressés d'une garantie. Cette solution vaut aussi lorsque la procédure obligatoire a été entièrement omise (11 oct. 2010, *Syndicat Alizé*, 329373). Le vice de forme n'entraînera cependant pas l'annulation de la décision quand l'Administration s'est heurtée à l'impossibilité de respecter cette formalité (théorie de la formalité impossible, § 350), s'est trouvée dans un cas de compétence liée (§ 50-53) ou encore quand elle est invitée par le juge à régulariser (11 janv. 2006, *Assoc. des familles victimes de saturnisme et autres*).
L'annulation d'une décision pour vice de forme peut, parfois, eu égard à ses graves conséquences, voir son effet différé dans le temps (16 mai 2008, *Dpt Val-de-Marne et autres*).

3. La légalité interne

572 Le contrôle de cette forme de la légalité administrative suppose l'examen par le juge du contenu même de la décision qui lui est déférée. Cela implique donc une analyse plus profonde, plus « intime » en quelque sorte, mais aussi plus délicate que celle opérée au titre de la légalité externe. Ce contrôle porte sur la violation de la règle de droit et sur l'existence d'un détournement de pouvoir ou de procédure.

● Le détournement de pouvoir (ou de procédure)

573 Le détournement de pouvoir ou de procédure survient lorsqu'une autorité administrative use des pouvoirs qui lui sont attribués, ou met en œuvre une procédure, dans un but autre que celui en vue duquel ces pouvoirs lui ont été conférés ou cette procédure a été instituée. Le juge va se livrer ici à une analyse délicate puisqu'il s'agit non de déterminer le contenu de la décision mais, à travers et au-delà de ce contenu, l'intention qu'avait l'auteur de la décision lorsqu'il l'a prise; il s'agit de scruter les mobiles et les ressorts de la décision. Cette dernière, d'apparence légale, sera éventuellement dite illégale en raison de l'intention qui animait son auteur au moment où elle a été prise. D'où la grande difficulté d'établir la réalité d'un détournement de pouvoir ou de procédure et le caractère subsidiaire de cette voie de droit. Il est significatif que le moyen tiré de l'existence d'un tel détournement ne soit examiné par le juge qu'en dernier lieu, après l'échec des autres cas d'ouverture invoqués par le requérant. Les cas de détournement de pouvoir se ramènent à deux grandes catégories.
Tantôt l'agent administratif use de ses pouvoirs dans un intérêt particulier et non dans l'intérêt général. Cet intérêt particulier peut être un intérêt purement personnel à l'auteur de la décision (réglementation sévère des bals par un maire qui craint la concurrence avec les bals qu'il organise lui-même : 14 mars 1934, *Rault*; suppression du poste de secrétaire général d'une commune après que le maire a, vainement, tenté de révoquer le secrétaire général titulaire de cet emploi : Sect. 7 avr. 1976, *Simonin*; animosité envers un athlète entraînant sa non-sélection pour une compétition officielle : 25 mai 1998, *Féd. franç. d'haltérophilie*) ou l'intérêt d'une personne privée (création d'une école dans le seul intérêt de la personne appelée à la diriger : 5 mars 1954, *Sautier*; déclaration d'utilité publique de la création d'un plan d'eau com-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

munal en vue, en réalité, de permettre une exploitation plus facile d'une gravière par une société privée : 3 oct. 1980, *Schwartz et autres*) ou encore un intérêt purement idéologique, politique ou confessionnel (interdiction d'une procession religieuse le 15 août, cette interdiction étant en réalité motivée par le fait qu'était organisée le même jour « une fête laïque et prolétarienne » : 11 févr. 1927, *Abbé Veyras*).

Tantôt l'autorité administrative use de ses pouvoirs dans un but d'intérêt général mais cet intérêt est autre que celui qu'elle pouvait légitimement poursuivre soit parce qu'elle n'avait pas compétence pour poursuivre un tel intérêt, soit parce qu'elle ne met pas en œuvre une procédure ou une compétence adéquate au but visé (utilisation de pouvoirs de police pour permettre l'exécution d'un contrat : 8 juin 1962, *Dibon*). Souvent, il s'agira d'un but financier, le souci d'économiser les deniers publics. Sur ce point, la jurisprudence a fini par admettre la légitimité de la prise en considération de l'intérêt financier, même lorsqu'il a joué un rôle important, dès lors qu'il n'est pas le mobile exclusif de la décision (6 févr. 1951, *Vila et Ribouleau*).

● La violation de la règle de droit

La violation de la règle de droit peut survenir dans deux catégories d'hypothèses.

574 En premier lieu, il peut s'agir d'une *violation directe de la règle de droit*. En ce cas, par son contenu même, la décision porte atteinte à la légalité générale, c'est-à-dire à la hiérarchie des normes juridiques (violation par elle de la Constitution, d'un traité international, d'une loi, d'un principe général du droit, de la règle *« Tu patere legem quam ipse fecisti »* [*cf.* § 41, 10 juil. 1953, *Bernardeau*], de la chose jugée [29 déc. 1944, *Union de la propriété bâtie de France*], etc.).

575 En second lieu, on trouve *l'illégalité relative aux motifs ou à l'objet de la décision* : l'illégalité réside dans la raison qui a déterminé l'autorité à prendre telle décision. Cette catégorie revêt deux formes principales : l'erreur de droit et l'erreur de fait.

L'erreur de droit est un véritable « vice de raisonnement ». Elle se réalise dans trois cas. Tantôt l'Administration utilise un texte qui est bien applicable mais qui est illégal. Tantôt l'Administration use d'un texte ou d'un principe qui est inapplicable en l'espèce. Tantôt, enfin, l'Administration emploie un texte ou met en œuvre un principe qui est à la fois applicable et légal, mais elle se trompe sur le sens qu'il convient de lui attribuer (14 oct. 1970, *Sté d'exploitation des eaux et thermes d'Enghien, et min. de l'Intérieur* : le jeu de la roulette n'est pas un jeu « similaire » à celui de la boule; 29 juin 2012, *Thierry X.*, 344893 et *Christian X.*, 344894, 2 espèces). Ainsi, il n'y a pas d'erreur de droit à refuser la qualification de « sport » au bridge (26 juil. 2006, *Féd. franç. de bridge*).

L'erreur de fait recouvre deux situations assez différentes : tantôt l'Administration commet une erreur concernant l'*exactitude matérielle des faits*; tantôt l'Administration se trompe sur la *qualification juridique des faits*. Dans le premier cas, les faits ne sont pas tels que l'Administration les a retenus pour prendre sa décision : soit ils n'existent purement et simplement pas (20 janv. 1922, *Trépont* : le préfet mis en congé « sur sa demande » n'avait pas fait de demande en ce sens), soit ils ne sont pas comme les décrit l'Administration (14 janv. 1916, *Camino*, p. 15 : les faits reprochés au maire d'Hendaye pour justifier sa révocation étaient inexacts). Dans le second cas, les faits « ne sont pas de nature à justifier légalement » la décision de l'Administration : celle-ci les a exactement appréciés dans leur matérialité mais elle les a inexactement qualifiés au plan juridique, c'est-à-dire s'agissant des effets de droit qu'elle leur attribue (4 avr. 1914, *Gomel*, p. 488 : la place Beauvau, à Paris, ne constitue pas une « perspective monumentale » au sens de la loi).

4. L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir

576 Il existe différents degrés de contrôle juridictionnel. Hormis certaines hypothèses exceptionnelles de quasi non contrôle (18 juin 2008, *X.*, 254876, absence de contrôle sur la décision de l'Acadé-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

mie des Sciences de publier, ou non, un article dans ses comptes rendus), le juge contrôle dans tous les cas la légalité externe, seule varie l'ampleur du contrôle de la légalité interne.

● Le contrôle normal. Le contrôle maximum

577 Le contrôle normal, d'où son nom, est le plus fréquent, c'est celui qui porte sur l'ensemble des quatre cas d'ouverture (Sect. 9 juil. 1997, *Association Ekin*; 15 oct. 1999, *Synd. nat. des directeurs d'école de masso-khinésithérapie*; 29 juil. 2002, CAF de Paris), son domaine ne cesse de s'étendre, ainsi en matière disciplinaire (Section 22 juin 2007, *A.*, 272650), de police économique (27 juin 2007, *Synd. de défense des conducteurs du taxi parisien*) ou de classement d'un monument historique (21 juil. 2009, *EARL du Vieux Château*, 305382).

Le contrôle est dit « maximum » lorsque, quoiqu'il s'en défende, le juge glisse de la qualification juridique des faits au contrôle de l'opportunité : l'acte n'est pas illégal parce qu'il viole tel ou tel élément de la légalité, il est illégal parce qu'il n'est pas celui que le juge aurait pris s'il avait été, en l'espèce, l'administrateur (Ass. 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*; Ass. 20 oct. 1972, *Sté civile Sainte-Marie de l'Assomption*; 26 oct. 1973, *Grassin*).

● Le contrôle réduit

578 Le contrôle réduit, – dit parfois « minimum » mais ce terme est dangereux car il peut induire en erreur –, est réalisé lorsque le juge renonce à apprécier la légalité de la qualification juridique des faits opérée par l'autorité administrative (8 mars 2006, *SNPMT*). Dans certaines matières très techniques le juge répugne à contrôler « le fait de nature à… ». Ainsi en va-t-il du contrôle exercé sur les avis rendus par la Commission chargée du recrutement latéral dans la magistrature judiciaire (Sect. 30 déc. 2003, *M.*) ou sur les décisions ministérielles de saisir le Conseil de la concurrence (5 nov. 2003, *Sté Interbrew*). Cependant, dans ce cadre, il contrôle l'*erreur manifeste d'appréciation* (depuis l'arrêt de Section du 15 févr. 1961, *Lagrange*), c'est-à-dire *« une erreur évidente, invoquée par les parties et reconnue par le juge, et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé »* (concl. G. Braibant sur 13 nov. 1970, *Lambert*, *AJDA* 1971 p. 35). Cette notion s'est très vite répandue et elle est constamment utilisée aujourd'hui, y compris dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Elle revient, pour le juge, à dire que, dans des domaines très techniques il ne renonce pas à relever, le cas échéant, une erreur manifeste, c'est-à-dire évidente.

Il y a ainsi une certaine ambiguïté à refuser de contrôler une qualification juridique des faits en raison de leur trop grande technicité mais à proclamer, le cas échéant, que les spécialistes qui ont effectué cette qualification se sont, d'évidence, trompés : comment le juge, qui se dit non technicien d'une matière, peut-il déceler une erreur grossière, car évidente, commise par les spécialistes de cette matière ? (voir, les très justifiées réticences à l'usage démesuré de l'erreur manifeste d'appréciation dans les conclusions Baudouin sur 6 nov. 1970, *Guyé*, p. 652).

5. Les pouvoirs du juge à l'égard des moyens du requérant et des motifs de la décision attaquée

579 Ces pouvoirs varient selon le moyen ou le motif en cause ou la technique utilisée. Cependant, dans le contentieux de l'urbanisme (art. L. 600-4-1 C. urb.) le juge a l'obligation de répondre à tous les moyens invoqués (28 mai 2001, *Cne de Bohars, SARL Minoterie Francis*). En revanche, en toute autre matière joue le principe dit de *l'économie des moyens* qui permet au juge d'arrêter son examen dès qu'un moyen lui paraît donner raison au requérant sans examiner les autres moyens invoqués. Enfin, le Conseil d'État a adopté la technique, bien connue devant le Conseil constitutionnel, des *réserves d'interprétation* : l'acte déféré est jugé

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

non illégal « sous réserve de » ou « pour autant que » (6 déc. 2006, *Assoc. des utilisateurs et distributeurs de l'agrochimie européenne*).

● Le moyen d'ordre public

580 C'est un moyen essentiel qui, à raison même de ce caractère, doit être soulevé d'office par le juge si les parties ont omis de le faire. Celles-ci peuvent d'ailleurs le soulever à tout moment de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel. Encore faut-il qu'il s'agisse réellement d'un moyen d'ordre public (15 juil. 2004, *Chabaud*) et qu'il ressorte du dossier (28 déc. 2007, *Arsicaud Beving*). Un tel moyen touche à la structure même de l'ordre juridique ; omettre de le relever serait méconnaître la règle de droit que le juge a pour mission essentielle de faire respecter. Les moyens d'ordre public sont assez nombreux, le plus fréquent étant celui tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte. De même sont d'ordre public les moyens tirés du champ d'application de la loi, de l'existence d'une loi d'amnistie, d'un cas de responsabilité sans faute à prouver, du caractère prématuré d'un recours, de l'inexistence d'un acte (TA Mata-Utu 12 mars 2007, *Halagahu*), du caractère frauduleux des pièces et attestations produites en cours d'instance (6 mai 2010, *M. et Mme X.*, 328039), etc.

● Le moyen inopérant

581 C'est un moyen recevable mais qui n'a pas d'influence sur la solution du litige ou qui est sans rapport avec lui, on dit alors qu'il s'agit d'un moyen « irrelevant » : ainsi, le fait d'invoquer un moyen tiré de la législation sur le régime des eaux alors que le litige est relatif à une question d'occupation temporaire (Sect. 18 déc. 1981, *min. Relat. extér. c/ Pelaz et autres*). Lorsque l'Administration a compétence liée, tout moyen d'illégalité, même fondé, sera rejeté comme inopérant car l'autorité était tenue de décider ainsi qu'elle l'a fait (12 oct. 1984, *Lafon*).

● La substitution de base légale et la substitution des motifs

582 Assez proches l'une de l'autre, ces deux formes de substitution présentent, chacune, des spécificités.

1°) *La substitution de base légale*. Lorsque l'Administration a pris une décision en se fondant sur un texte qui ne lui donne pas ce pouvoir mais qu'il existe réellement une autre disposition qui aurait fondé validement ce pouvoir, le juge substituera, parfois même d'office (3 déc. 2003, *El Bahi*), la bonne base légale à celle invoquée par erreur. Ainsi, un maire ordonne l'exécution d'office de travaux sur un immeuble insalubre en se fondant pour cela sur une loi du 13 février 1902 ; le juge constate que ce fondement est erroné mais qu'il existe dans le Code des communes, alors en vigueur, un article qui pourrait fonder validement la mesure prise par le maire : il va donc substituer ce dernier texte à celui, erroné, invoqué primitivement par le maire (21 févr. 1947, *Varlet*). La substitution de base légale est toujours facultative pour le juge.

2°) *La substitution de motifs*. Elle permet au juge de substituer au motif, de droit ou de fait, erroné, invoqué par l'Administration pour justifier sa décision, le bon motif, s'il existe. Normalement, le juge ne devrait pas procéder à une telle substitution car cela revient à administrer, il ne s'y résout que dans de rares hypothèses et à condition que soient respectés les droits de la défense (6 févr. 2004, *Hallal*). Cette faculté est particulièrement illustrative de *l'office du juge* et n'est pas contraire aux exigences de l'art. 6 § 2 de la convention EDH (21 juil. 2009, *Aires X.*, 307540). L'Administration peut, elle aussi, dans certains cas et à certaines conditions, pratiquer au cours du procès une substitution de motifs.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

● Motif surabondant et motif déterminant

583 Le motif déterminant est celui sans lequel la décision administrative n'eût pas été prise telle qu'elle l'a été. Lorsqu'une décision est fondée sur plusieurs motifs, l'existence d'un seul motif illégal suffit, normalement, à entraîner l'annulation de la décision si ce motif a joué un rôle déterminant. À défaut, le motif est dit surabondant : sans lui, la décision eût été la même. L'annulation pour illégalité des motifs ne s'attache qu'aux motifs déterminants. Lorsqu'une décision repose sur plusieurs motifs déterminants dont les uns sont légaux et les autres illégaux, le juge procède, en principe, à l'annulation de la décision sauf si, en l'absence des motifs irréguliers, la décision eût été la même : en ce cas la décision est maintenue (12 janv. 1968, *min. de l'Écon. et des Fin. c/ Perrot*).

D. Les effets du jugement rendu en excès de pouvoir

584 Le jugement rendu sur recours pour excès de pouvoir peut être assorti, le cas échéant, du prononcé d'une *astreinte* ou d'une *injonction* dans les conditions du droit commun. Le juge dicte parfois avec une très grande précision la conduite à tenir par l'Administration pour assurer la complète exécution du jugement (5 mars 2003, *Titran*). Il convient de distinguer entre les jugements de rejet et ceux prononçant l'annulation sollicitée (1.). Les effets de ces derniers jugements sont particulièrement topiques (2.).

1. Les décisions de rejet et les décisions d'annulation

585 *Le rejet* d'une requête signifie que les moyens invoqués n'ont pas convaincu le juge, et qu'il n'existe pas de moyens d'ordre public invocables en l'espèce. La décision administrative demeure en vigueur et la situation existant antérieurement à la décision juridictionnelle n'est pas modifiée. Le rejet n'a qu'une portée relative car il ne vaut qu'entre les parties au procès et relativement à la seule argumentation qui y a été développée. D'autres requérants peuvent former un nouveau recours fondé sur d'autres moyens, et le requérant primitif peut rechercher de nouveaux moyens susceptibles d'étayer une nouvelle action. Il peut aussi intenter de nouveaux recours contre les mesures d'application, même de nature contractuelle, de l'acte unilatéral contre lequel le recours a été rejeté (Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, p. 246).

2. Les effets des décisions d'annulation

586 Les décisions d'annulation produisent deux conséquences : elles avaient traditionnellement un effet rétroactif, celui-ci demeure mais sous réserve que le juge n'use pas de son pouvoir de modulation, et elles ont un effet absolu.

Par ailleurs, en principe, le juge ne prononce pas d'*annulation partielle*, mais seulement des annulations totales, même lorsque l'annulation partielle qui lui est demandée est incontestablement fondée. Annuler partiellement un acte aboutirait en effet à exercer un pouvoir de réformation des décisions administratives ce qui s'apparenterait à une tutelle. Il n'en va autrement que dans le cas où existe une divisibilité entre les dispositions attaquées et le reste du texte (17 mai 1972, *Roty, Demaret et Beaune*; 3 juil. 1998, *Synd. des médecins de l'Ain et autres*) : l'annulation partielle est alors possible.

● L'effet normalement rétroactif des décisions d'annulation

587 L'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé, et tous les actes qui en découlent sont à leur tour frappés de nullité (Ass. 26 déc. 1925, *Rodière*, p. 1065). Les effets de l'annulation trouvent

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

une illustration particulière dans le contentieux de la fonction publique, où il faut reconstituer la carrière des agents concernés, revoir les avancements et mutations, recalculer les anciennetés, etc. Lorsque l'acte annulé fait suite à un acte antérieur qu'il remplace, l'annulation a pour effet de faire revivre le règlement primitif (Ass. 13 juil. 1963, *Synd. nat. des ingénieurs-conseils inspecteurs du contrôle de la prévention et assimilés*). Dans le difficile équilibre entre le principe de stabilité des situations juridiques, qui pousse à limiter la portée dans le temps des annulations contentieuses, et le principe de l'obligation de conformité de ces situations au droit, l'effet rétroactif des annulations privilégie le second principe en faisant du respect de la juridicité un absolu. C'est cette conception que revisite l'évolution jurisprudentielle récente que l'on retrace maintenant (*cf.* § suivant *in fine*).

● L'effet fréquemment modulé des décisions d'annulation

588 Une évolution jurisprudentielle a d'abord conduit à moduler les effets des annulations (29 juin 2001, *Vassilikiotis*; 27 juil. 2001, *Titran*, préc.; 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricoles du Bas-Rhin*; 29 janv. 2003, *Synd. départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans*), puis dans les cas – exceptionnels – où les intérêts en présence le justifient, à les priver de tout effet rétroactif (Ass. 11 mai 2004, *Association AC! et autres*). Cette jurisprudence esquisse un équilibre – qui ne peut être que précaire et toujours discutable – entre, d'une part, le respect du droit et la satisfaction à laquelle le requérant a droit, et, d'autre part, les inconvénients de tous ordres que produit le caractère rétroactif d'une annulation (Sect. 25 févr. 2005, *France Télécom*; 11 janv. 2006, *Assoc. des familles victimes du saturnisme et autres*). Cette jurisprudence a été reprise par le Conseil constitutionnel (Pour la première application nette, après le précédent de 1997, voir : 15 déc. 2005, 2005-528 DC, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2006*; 2008-564 DC 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*).

Le juge, qui aurait pu cantonner strictement cette possibilité de modulation à certains domaines ainsi qu'à certains types de décisions a développé une conception large de son office, d'abord en étendant ce pouvoir de modulation aux décisions de rejet (Sect. 27 oct. 2006, *Sté Techna*, préc.), ensuite en décidant que l'exercice de ce pouvoir d'annulation, en raison même de la gravité de ses effets en certains cas et du fait des exigences de la sécurité juridique, est impossible passé une certaine date (Section 6 avr. 2007, *Blondeau et min. Agric.*, 2 espèces; 16 janv. 2008, Hahn); enfin, la jurisprudence *AC!* a été étendue aux décisions individuelles (12 déc. 2007, *Sire*). Ce pouvoir de modulation, en dépit des apparences, même s'il traduit une grande liberté du juge dans son octroi ou son refus (16 mai 2008, *Dpt du Val-de-Marne*; 10 déc. 2012, *Sté Lyonnaise des eaux*, 355127), demeure l'exception, le principe étant bien celui fixé par l'arrêt *Rodière* (*cf.* § 587 et 10 nov. 2010, *Dpt du Lot*, 337379).

Enfin, le Conseil d'État, dans un souci évident de sécurité et de stabilité juridiques, consacre désormais le principe des *revirements de jurisprudence pour l'avenir seulement* (Ass. 16 juil. 2007, *Sté Travaux Tropic Signalisation*), ceci afin d'éviter les inconvénients de jugements produisant effet sur des situations antérieures où ils n'existaient pas et où les solutions qu'ils contiennent ne pouvaient donc pas être connues des intéressés

● L'effet absolu des décisions d'annulation

589 Le principe est celui de l'autorité absolue de la chose jugée par les décisions d'annulation, sauf tierce opposition (*cf.* § 602). Les décisions d'annulation ont effet à l'égard de tous (effet *erga omnes*) : le requérant lui-même ne peut renoncer au bénéfice d'une annulation obtenue (2 avr. 1972, *Minuit-Balalud de Saint-Jean*); les tiers ne peuvent plus invoquer ou appliquer la mesure annulée; l'Administration doit exécuter la décision alors même qu'elle aurait inter-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

jeté appel ; le juge – toutes les juridictions – doivent tirer les conséquences de l'annulation prononcée, celle-ci s'imposant à eux.
Cet effet absolu attaché aux décisions juridictionnelles d'annulation s'impose même au législateur, qui ne peut valider rétroactivement, sauf motif péremptoire, un acte administratif annulé par le juge (CC 80-119 DC, 22 juil. 1980, Validation d'actes administratifs ; Ass. 5 déc. 1997, *Lambert* ; Ass. Avis, 5 déc. 1997, *min. Éduc. nat. c/ OGEC de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, p. 465 ; CEDH 28 oct. 1999, *Zielinski et autres* ; Ass. 11 juil. 2001, *min. Défense c/ Préaud*).

3 Les recours contre les jugements

590 Ces recours se rangent en deux catégories : ceux qui tendent à faire dire par une juridiction supérieure que la décision juridictionnelle précédente est erronée (A.), ceux qui tendent à faire dire par le juge même qui a rendu la décision, que celle-ci n'est pas régulière (B.). Le cas du recours dans l'intérêt de la loi doit être mis à part (C.).

A. Les voies de réformation

Les deux voies de réformation sont l'appel (1.) et la cassation (2.). Dans les deux cas, l'affaire est portée devant la juridiction supérieure à celle saisie précédemment.

1. L'appel

591 L'appel est une voie de droit par laquelle est demandée à une juridiction supérieure – normalement une cour administrative d'appel, ou une juridiction d'appel spécialisée (par ex. le Conseil national de l'ordre des médecins), exceptionnellement le Conseil d'État – la réformation d'un jugement de première instance. Bien qu'il soit l'expression directe du principe du double degré de juridiction, l'appel n'est pas un principe général du droit (17 déc. 2003, *Meyet*), il n'existe donc pas sans texte mais, lorsqu'il est prévu, il est obligatoire et l'on ne peut y déroger.

● Les conditions de l'appel

592 Les jugements « appelables » ne peuvent être que des jugements de première instance, mais tout jugement de première instance est en principe susceptible d'appel (Sect. 16 déc. 1977, *Lehodey et autres*) sauf lorsque le juge de première instance statue en premier et dernier ressort, situation qui est de plus en plus fréquente. On ne peut former appel que du dispositif d'un jugement et non de ses motifs (Sect. 28 janv. 1966, *Sté La Purfina française* ; 28 janv. 1987, *Comité de défense des espaces verts*) sauf si ces derniers sont le soutien nécessaire du dispositif. Le délai d'appel est en principe de deux mois à compter de la notification du jugement. Il est, en certaines matières, des délais plus longs ou plus courts (référés). En revanche, l'appel incident, qui est formé par une autre partie que l'appelant principal, peut l'être sans condition de délai (9 févr. 1850, *Carnot c/ Cne de Nolay*).
L'appel ne peut être formé que par les personnes qui, en première instance, étaient parties, appelées en cause ou représentées, ainsi qu'aux personnes qui, en cours d'instance, leur ont succédé en cette qualité (Sect. 11 février 2005, *Marcel*). L'auteur de l'appel doit avoir à la fois qualité et intérêt pour agir : ainsi le garant a qualité pour interjeter appel d'un jugement qui le condamne à garantir une personne jugée responsable (9 oct. 1970, *Entr. Bourdin et Chaussé*). *L'appelant* ne peut déférer au juge d'appel que le dispositif d'un jugement qui rejette, totale-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

ment ou partiellement, ses prétentions de première instance ; il ne saurait contester un jugement qui lui donne entière satisfaction. De même, il n'y a pas d'intérêt pour un ministre à former appel, sur le fondement de l'exception de déchéance quadriennale, d'un jugement le déclarant débiteur, car il a la qualité pour opposer lui-même cette déchéance (12 nov. 1971, *min. de la Justice c/ de Courrèges d'Ustou*). *L'intimé* est celui contre lequel l'appel est formé. Il s'agit de toute personne qui, en première instance, s'opposait à celui qui est devenu appelant. Ce dernier, en interjetant appel, constitue intimé tout adversaire de première instance. Si l'appel peut ainsi être formé contre toute partie, il ne peut l'être que contre une personne ayant eu la qualité de partie en première instance. Le demandeur et le défendeur de première instance conservent toujours leur qualité primitive en appel, ils seront dits, selon les cas de figure, demandeur appelant ou demandeur intimé, défendeur appelant ou défendeur intimé.

● L'appel incident et l'appel provoqué

593 L'action propre de l'intimé soulève des difficultés dans deux cas : l'appel incident et l'appel d'intimé à intimé ou appel provoqué.

L'appel incident est l'appel formé par une partie qui n'est pas l'appelant principal ; il doit être formé après l'appel principal, après expiration du délai d'appel, et sa recevabilité est suspendue à celle de l'appel principal (26 août 1842, *Cne de Bevel*). Il doit porter sur le même litige que celui soulevé par l'appel principal. L'appelant principal peut, à son tour, former un appel incident sur l'appel incident de l'intimé, ce dernier pouvant avoir étendu le litige à des aspects non évoqués dans l'appel principal (17 janv. 1958, *Raguenet*).

L'appel provoqué ou appel d'intimé à intimé est formé, comme l'appel incident, à la suite de l'appel principal, cependant il est dirigé non contre l'appelant principal mais contre une autre partie, non appelante, de première instance. L'appel provoqué ne peut exister que si au moins trois parties s'affrontaient en première instance. Les deux hypothèses principales d'appel provoqué sont, d'une part, celle où une partie de première instance met en cause en appel deux autres parties, d'autre part, celle où une partie mise en cause par une deuxième appelle en garantie une troisième. L'appel provoqué ne soulève de question de recevabilité que dans le cas où il est interjeté après expiration du délai d'appel ; en effet, formé dans le délai d'appel, l'appel d'intimé à intimé n'est qu'un second appel principal parallèle au premier appel principal. Étant formé hors délai, il devrait être déclaré irrecevable. Cependant, la jurisprudence a admis, en trois étapes, un nombre croissant d'exceptions (Sect. 21 janv. 1927, *Cie gén. des eaux c/ Zyulen et Ville de Paris* ; Sect. 17 nov. 1967, *Sté des Ateliers de construction Nicoud* ; Ass. 9 juin 1972, *Sté d'électricité pour la lumière et la force*) qui recouvrent aujourd'hui la presque totalité des cas d'appel provoqué.

● Demande nouvelle et moyen nouveau

594 L'appelant peut demander en appel tout ce qu'il demandait déjà en première instance. En revanche, et sauf exceptions limitées (8 juil. 1998, *Dépt de l'Isère* : augmentation du montant de l'indemnité primitivement demandée), sont irrecevables les *demandes nouvelles* en appel parce que, en étendant le champ du litige de première instance, ces demandes contreviennent au principe du double degré de juridiction. En effet, l'appel ne porterait pas sur le litige de première instance mais sur un litige nouveau, contenu dans la demande nouvelle. Il n'existe à cette interdiction que des exceptions de bon sens (aggravation du dommage depuis la décision de première instance, réduction des prétentions de première instance, moyens d'ordre public, découverte d'une irrégularité entachant le jugement de première instance : 2 nov. 2005, *Caduc*, etc.).

La prohibition des demandes nouvelles n'empêche pas l'admission des moyens nouveaux qui ne sont que des arguments nouveaux au soutien de la même demande que celle formu-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

lée en première instance : ils n'ont donc pas pour effet d'étendre le champ primitif du litige. Se relève, dans le droit de la responsabilité, une certaine tendance à réduire la portée du principe d'immutabilité du litige en appel : ainsi, une demande en indemnisation peut être modifiée à certaines conditions, en appel, par l'invocation de chefs du préjudice non évoqués devant les premiers juges (18 oct. 1967, *Sté Blomet-Convention*; 31 mai 2007, *Herbeth*).

● Les effets de l'appel

595 Les effets de l'appel sont au nombre de trois, le premier est de caractère négatif, les deux autres sont positifs.

L'absence d'effet suspensif de l'appel

L'appel n'a pas d'effet suspensif en procédure administrative, le jugement de première instance pouvant seulement faire l'objet, de la part du juge d'appel, à la demande de l'appelant, d'un sursis à exécution. Il s'ensuit que malgré la formation d'un appel, la partie perdante de première instance est tenue d'exécuter le jugement frappé d'appel. Ceci explique que celui qui exécute un tel jugement ne peut jamais être considéré, en procédure administrative, comme ayant acquiescé audit jugement.

L'effet dévolutif de l'appel

L'appel a pour effet de saisir automatiquement le juge d'appel de l'ensemble du litige de première instance, dans la limite des conclusions et moyens présentés. Cet effet dévolutif, sauf réduction par les parties du champ de la demande initiale, est réputé total (26 janv. 2011, *S.A. PPR*, 312470). Le juge d'appel reprend l'affaire à zéro pour la rejuger. En particulier, il analysera les conclusions rejetées par les premiers juges ou même non examinées par eux. C'est là la conséquence du principe du double degré de juridiction qui ouvre aux parties de première instance un droit à ce que le juge d'appel procède au réexamen du litige.

L'effet évocatif de l'appel

L'effet évocatif permet à la juridiction d'appel de se prononcer sur un litige que les premiers juges, à tort, n'ont pas examiné, par exemple parce qu'ils se croyaient incompétents, ou encore parce qu'ils ont estimé, à tort, l'action forclose.

À la différence de l'effet dévolutif, l'effet évocatif n'a pas un caractère automatique; il est subordonné à la réunion de trois conditions : 1°) aucun jugement sur le fond n'a été rendu en première instance alors qu'il aurait dû l'être, ou, si un jugement sur le fond a été rendu, il l'a été dans des conditions irrégulières; 2°) l'affaire doit être « en état », c'est-à-dire qu'il peut être procédé à son jugement sans nouvelle mesure d'instruction; 3°) l'évocation doit avoir été sollicitée par les parties et acceptée par elles, ce qui peut se marquer parfois de façon implicite : ainsi lorsqu'elles concluent au fond.

2. Le pourvoi en cassation

596 Le pourvoi en cassation, recours de droit commun, existe même sans texte étant un principe général de la procédure administrative contentieuse (Ass. 7 févr. 1947, *d'Aillières*, p. 50). Le pouvoir réglementaire ne peut porter atteinte au droit à pourvoi en cassation : les lois portant atteinte à ce droit sont strictement interprétées. Le pourvoi en cassation met un terme à la procédure : après son exercice, il n'existe plus de voie de droit pour juger le litige, hormis certains cas exceptionnels.

● Les règles de forme régissant le pourvoi en cassation

597 Ce pourvoi doit être formé dans les deux mois de la notification de la décision que l'on entend frapper de cassation, ce délai ne pouvant être prorogé, sauf s'il y a eu saisine d'une

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

juridiction incompétente (5 janv. 1945, *Erb*). Le ministère d'avocat est toujours obligatoire en cassation, même s'il porte sur des matières dispensées d'un tel ministère en première instance et/ou en appel sauf les deux dispenses prévues à l'art. R. 821-3 CJA. Le défaut de ministère d'avocat ne rend irrecevable le pourvoi en cassation que si l'intéressé, invité à régulariser, s'est abstenu de le faire (R. 821-4 CJA).

Le pourvoi est soumis à un filtrage assuré par les sous-sections de la Section du contentieux. Il peut être rejeté d'emblée soit par ordonnance du président de la sous-section concernée, pour irrecevabilité manifeste non susceptible d'être régularisée en cours d'instance ou pour défaut de constitution d'avocat, soit par décision de la sous-section si elle l'estime irrecevable ou fondé sur aucun moyen sérieux. Lorsque le pourvoi est examiné et que son admission ne paraît pas devoir être refusée, il est instruit dans les conditions habituelles. Si son admission, après examen, paraît devoir être refusée, les parties sont avisées du jour de la séance publique au cours de laquelle les conclusions du rapporteur public seront prononcées. À l'issue de celles-ci, la sous-section décide soit de refuser d'admettre le recours, soit de l'admettre. Dans tous les cas, la procédure est très allégée, en particulier du fait de l'absence de communication du mémoire du défendeur et, par exception au droit commun, de la non-communication préalable aux parties des moyens d'ordre public soulevés d'office par le juge.

Les parties au pourvoi en cassation ne peuvent être que les personnes présentes ou représentées dans l'instance frappée de pourvoi et ayant un intérêt à la cassation : celui qui n'a pas interjeté appel d'un jugement auquel il était partie ne peut se pourvoir en cassation contre l'arrêt d'appel (Sect. 3 oct. 2008, *Roche*). Un pourvoi incident en cassation est possible s'il ne soulève pas un litige distinct du litige principal objet du pourvoi (21 oct. 1992, *Setec-Travaux publics*).

La décision frappée de pourvoi doit présenter trois caractères : 1°) elle doit avoir une nature juridictionnelle. Les décisions de l'Administration et les mesures de nature non juridictionnelle prises par les juridictions (théorie des *« actes d'administration de la justice »*) sont insusceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation ; 2°) il doit s'agir d'une décision définitive (17 avr. 1964, *Guertin*) ; 3°) la décision juridictionnelle attaquée doit avoir été rendue en dernier ressort (Sect. 12 oct. 1956, *Desseaux*), soit en première instance lorsque l'appel n'existe pas, soit en appel qui est le cas normal.

● Les moyens de cassation

598 Le juge de cassation ne rejuge pas l'affaire car cela est assuré au moyen de l'appel. Il n'est donc saisi que du droit car sa fonction est profondément différente de celle du juge d'appel. Alors que ce dernier réexamine un litige singulier qui lui est soumis, le juge de cassation est chargé d'assurer l'unité dans l'interprétation du droit ; il double l'unité nationale de la règle d'une unité nationale de la jurisprudence. C'est ce qui explique que seuls des moyens de droit peuvent être articulés en cassation. Cela produit un rétrécissement considérable du cadre de l'instance : même les moyens nouveaux sont prohibés (10 juil. 1954, Neptune ; 25 avr. 2003, *Yagoub*). Par exception, peuvent être soulevés pour la première fois en cassation : les moyens d'ordre public, à des conditions très restrictives, et les moyens tirés de l'irrégularité de la décision dont la cassation est demandée.

● Les règles de fond relatives au recours en cassation

599 Les pouvoirs du Conseil d'État, juge de cassation, sont assez particuliers parce que celui-ci se trouve dans une position hybride, différente de celle de la Cour de cassation. Tantôt il connaît de pourvois dirigés contre des décisions juridictionnelles rendues par des juges pro-

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

fessionnels (Cour des comptes, cours administratives d'appel, etc.) : à leur égard, le Conseil d'État peut se comporter comme un véritable juge de cassation. Tantôt il est saisi de pourvois contre des décisions rendues par des « juridictions » de techniciens aux compétences juridiques moins affinées : à leur égard, le Conseil d'État se comporte plutôt comme un super juge d'appel que comme un réel juge de cassation (voir, par ex., à propos du Conseil national de l'ordre des médecins statuant en matière disciplinaire : 7 mai 1993, *Barbotin, Février, Leleu et Chève*, 4 arrêts). Lorsque la décision est fondée sur une pluralité de motifs, tout motif erroné, sauf s'il est surabondant, doit être censuré par le juge de cassation (Sect. 22 avr. 2005, *Cne de Barcarès*).

Les cas d'ouverture du pourvoi en cassation sont : l'incompétence sous toutes ses formes, les vices de forme et de procédure, et la violation de la règle de droit. Le premier chef d'ouverture ne fait pas difficulté : il est aisé, en principe, de déterminer la juridiction compétente pour connaître d'un litige. Le deuxième cas d'ouverture ne soulève pas, non plus, de difficulté de principe : ainsi, une motivation insuffisante ou une motivation contradictoire de la décision déférée ou encore le défaut de réponse aux moyens soulevés lorsque ceux-ci ne sont pas inopérants (2 mars 1984, *Juan Ochoantesana Badiola*) sont des vices conduisant à la cassation.

En revanche, la violation de la règle de droit est un cas d'ouverture assez complexe. À ce titre, le juge de cassation contrôle l'erreur de droit (16 janv. 1981, *Boubacar Contê*), ce qui ne fait pas difficulté de la part d'un juge du droit. En revanche, l'examen de l'erreur de fait est plus délicat : le Conseil d'État vérifie *l'exactitude matérielle des faits* telle qu'elle ressort exclusivement des pièces du dossier (5 août 1924, *Farman*), et *la qualification juridique des faits* (caractère « *exceptionnellement dangereux* » d'un ouvrage public : 5 juin 1992, *min. de l'Équipement c/ Ép. Cala*; caractère « *non sérieusement contestable* » d'une créance : 10 avr. 1992, *CHG d'Hyères*; caractère fautif d'un comportement : 28 juil. 1993, *Cts Dubouloz*; 15 juin 2005, *Charles B.*; utilité publique d'une expropriation : 3 juil. 1998, *Salva-Couderc*; caractère exonératoire de la faute de la victime : 20 juin 2007, *Boutin*). En revanche, il ne contrôle pas l'appréciation des faits par le juge du fond, celui-ci disposant d'un pouvoir souverain, sous réserve d'erreur manifeste ou de dénaturation des faits (4 janv. 1952, *Simon*; 29 janv. 1993, *Synd. intercommunal des eaux de la Dhuys; Salva-Couderc*, préc.).

● Effets de la décision de cassation

600 Il peut y avoir cassation sans renvoi, soit, et c'est particulièrement le cas en matière disciplinaire, lorsque la cassation ne laisse plus rien à juger, soit lorsque le Conseil d'État décide de régler lui-même l'affaire au fond dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, soit encore lorsque le Conseil d'État est saisi d'un second pourvoi dans la même affaire (26 juil. 2011, *Sté Lanvin SA*, 324728).

Il peut y avoir cassation avec renvoi, et ce sera le cas normal, soit devant la juridiction même qui a rendu la décision cassée – sa composition étant alors différente de ce qu'elle était la fois précédente, sauf si cela est impossible à réaliser –, soit devant une autre juridiction de même nature. Toutefois, la censure d'un motif erroné en droit contenu dans la décision déférée au juge de cassation peut cependant ne pas entraîner la cassation de cette décision (Sect. 22 avr. 2005, *Cne de Barcarès*). La juridiction de renvoi n'est pas obligée de s'incliner devant la décision du Conseil d'État. En revanche, après une deuxième cassation, il n'y pas de renvoi : le Conseil d'État statue définitivement au fond (ex. : 25 nov. 2009, *SA Generali France assurances*, 309238).

Si les décisions du juge de cassation n'ont, en principe, que l'autorité relative de chose jugée, il en va différemment quand la décision juridictionnelle déférée au juge de cassation est elle-même revêtue de l'autorité absolue de chose jugée. En ce cas, les décisions du juge de

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

cassation, qu'elles soient d'annulation ou de confirmation, ont, elles aussi, cette autorité absolue (Sect. 30 sept. 2005, *Cne de Beausoleil*).

B. Les autres voies de recours contre les jugements

Au nombre de quatre (1. à 4.), ces actions sont, normalement, portées devant la juridiction qui a rendu la décision contestée.

1. L'opposition

601 L'opposition permet au défendeur (et seulement au défendeur : 19 nov. 1886, *Cne de Malvillers*) contre lequel a été rendue une décision par défaut d'obtenir de la juridiction qui l'a condamné qu'elle se rétracte. L'opposition a été admise très tôt en procédure administrative contentieuse : elle existait en jurisprudence avant même d'être inscrite dans les textes (loi du 22 juillet 1889). Si elle a été supprimée en 1959 devant les tribunaux administratifs, c'est uniquement afin de faire échec aux manœuvres dilatoires de certains plaideurs. En revanche, l'opposition est possible devant la cour administrative d'appel, sauf si la décision par défaut a été rendue contradictoirement avec une partie ayant le même intérêt que la partie défaillante. L'opposition doit être formée dans les deux mois de la notification du jugement par défaut. Si elle est admise, il est procédé à la modification du jugement à l'égard du défendeur.

2. La tierce opposition

602 La tierce opposition permet aux personnes absentes d'un procès ou non représentées dans celui-ci de remettre en cause un jugement qui préjudicie à leurs droits. Principe général de procédure, elle est ouverte même sans texte (Ass. 20 nov. 1931, *Franc*) et existe en toute matière (même en excès de pouvoir : 29 nov. 1912, *Boussuge*, p. 1128) et en toute procédure (même les procédures d'urgence : 18 juin 1982, *SA Bureau Véritas*). Elle peut être jugée par la juridiction qui a rendu la décision attaquée (10 déc. 2004, *Sté Resotim*).

Trois conditions doivent être réunies pour donner ouverture à une action en tierce opposition :

1°) la décision contestée doit réellement préjudicier aux intérêts du requérant (Bordeaux 30 déc. 1997, *Fortunat*) ; 2°) seuls peuvent agir ceux qui n'étaient ni parties ni représentés dans l'instance (9 janv. 1981, *Rullmann et autres*) ; 3°) si le jugement ou l'arrêt a été notifié ou signifié, le délai d'action est de deux mois, dans les autres cas il est infini. Lorsque la tierce opposition est admise, les effets du jugement sont écartés à l'égard du seul tiers opposant ; lorsqu'elle est rejetée, le jugement continue à produire son plein effet. L'appel est possible contre un jugement rendu sur tierce opposition.

3. Le recours en rectification d'erreur matérielle

603 Destiné à l'origine, à réparer les seules « erreurs de plume », ce recours est ouvert aujourd'hui pour la réparation de véritables erreurs juridiques (26 oct. 1951, *Duchosal* ; Lyon 7 mars 1995, *Tamagna et Chave* : l'omission, par le juge, de statuer sur les conclusions de l'une des parties constitue une erreur matérielle…). De ce fait, se pose sérieusement la question des limites à cette extension (27 août 2008, *Boudinar*, *AJDA* 2009 p. 211, note N. Chifflot). Le recours en rectification d'erreur matérielle ne peut être formé que contre les décisions en dernier ressort, dans les deux mois de leur notification. En cas d'admission du recours, la décision primitive est rectifiée ou remplacée (31 janv. 1990, *Gloviak et autres*).

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Le principe d'impartialité fait obstacle à ce que le juge qui a participé à la décision frappée d'un recours en rectification d'erreur matérielle juge ce dernier recours (22 juin 2005, *Hespel*).

4. Le recours en révision

604 Cette voie de droit est de nature exceptionnelle (7 juil. 2004, *Assoc. de défense des intérêts du sport*), d'où son ouverture dans trois cas seulement : jugement rendu sur pièce fausse, défaut de présentation par une partie d'une pièce décisive détenue en réalité par l'adversaire de celle-ci, ou vices substantiels affectant la décision attaquée (29 janv. 1988, *Vincent*). Ce recours ne peut être formé que par ministère d'avocat, par les seules personnes y ayant intérêt, et dans les deux mois de la décision dont la révision est demandée. Si le recours est admis, la décision primitive est remplacée par une autre.

C. Le cas particulier du recours dans l'intérêt de la loi

605 Ouvert aux seuls ministres ou à une personne ayant reçu délégation de signature à cet effet (9 juil. 2007, *Nicole X.*, 258552), le recours dans l'intérêt de la loi a une portée purement doctrinale : il vise à obtenir la proclamation par le Conseil d'État du caractère juridiquement erroné de la décision juridictionnelle qui lui est déférée, mais non l'annulation de celle-ci (1er oct. 1997, *min. de la Défense*). Il est normalement formé après expiration du délai de recours. Il est irrecevable dans le cadre d'une procédure de référé (14 sept. 2007, *min. Jeunesse et Vie associative*).

Conseils bibliographiques

OUVRAGES ET ARTICLES DE RÉFÉRENCE

J.-C. Bonichot et R. Abraham, « Le commissaire du gouvernement et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1998.I.176.

S. Boussard, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Thèse Paris II, 2000.

R. Chapus, « Le juge administratif face à l'urgence », *Gaz. pal.* 1985, D, p. 317.

C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980.

F. Dieu, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA* 2006, p. 2428.

O. Dugrip, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, 1991.

J. Gourdou, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonctions et d'astreintes », *RFDA* 1996, p. 333.

M. Laligant, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP* 1971, p. 43.

« Les référés administratifs : bilans et enjeux de la réforme », Colloque Dalloz *RFDA* (Paris, 5 décembre 2001), *RFDA* 2002, p. 245-283.

F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, 2001.

J.-P. Negrin, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction*, Trav. Fac. Droit d'Aix-Marseille, 1976.

D. Piveteau, « Le statut des notes en délibéré, Conclusions sur 12 juillet 2002, sur M. et Mme Leniau », *RFDA* 2003, p. 307.

« L'appel en contentieux administratif », Dossier, *AJDA* 2006, p. 307.

« Les modulations dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA* 2004, p. 663.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

POUR ALLER PLUS LOIN

B. APOLLIS, « La persistance du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative », *RDP* 2010 p. 1209

« Les cours administratives d'appel : chronique du succès d'une réforme », Dossier *AJDA* 2008 p. 1240.

J.-C. RICCI, « La dénaturation des faits devant le juge administratif de cassation », *in PUAM* 2010 p. 79.

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Index

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abrogation des actes administratifs, 371-374
Accès au droit, 342-343
Accès aux documents administratifs
(voir Communication des documents administratifs)
Acte administratif
– abrogation, 372
– application immédiate de l'-, 366, 367
– appréciation de la légalité de l'-, 509, 511
– aspects négatifs, 292
– autorité de chose décidée de l'-, 337
– avis, 300
– caractères positifs, 291
– compétence pour prendre un -, 356 et s.
– connaissance acquise, 369
– connaissance de l'-, 338
– effets dans le temps, 367 et s.
– et décision, 293 et s.
– et principe de confiance légitime, 383
– et sécurité juridique, 384
– et vénalité, 337
– exception d'inconventionnalité de l'- et juge judiciaire, 512
– exécution de l'-, 386-388
– force de l'-, 387
– forme de l'-, 346 et s.
– incessibilité de l'-, 337
– interprétation de l'-, 509, 510
– mesures transitoires d'application de l'-, 366
– motivation de l'-, 352 et s.
– non décisoire, 298 et s.
– non rétroactivité de l'-, 370
– notion d'-, 289-290
– présomption d'administrativité de l'-, 337
– présomption de régularité de l'-, 327
– publicité de l'-, 368
– retrait, 375-379
Acte préparatoire, 299 et s.
Acte provisoire, 299 et s.
Actes de gouvernement, 63 et s.
– actes détachables d'-, 71
– actes rattachables aux -, 70
– controverses doctrinales sur les -, 65-67
– et convention internationale, 70
– évolution de la notion d'-, 60-61
– liste des -, 63-64
– notion d'-, 59
– régime juridique et contentieux, 69-72
– sens de l'expression -, 65
Actes de terrorisme (responsabilité), 188
Actes détachables
– d'un acte de gouvernement, 71
– recours pour excès de pouvoir, 567
Actes parlementaires, 36
Actes rattachables à un acte de gouvernement, 70
Action en réparation (responsabilité), 140-144
Aéronefs (responsabilité), 185
Affermage, 407
Annulation partielle, 585
– et divisibilité, 586
Appel
– conditions de l'-, 592
– demandes nouvelles en -, 594
– d'intimé à intimé, 593
– effets de l'-, 595
– incident, 593
– notion d'-, 591
Arrêté, 316
Article 16
– et théorie des circonstances exceptionnelles, 87
Astreinte, 553, 584
Atténuation de la responsabilité, 127-129
Attroupements et rassemblements (responsabilité), 184
Autonomie du droit administratif, 7 et s.
Autorité de chose décidée, 337
Autorité de chose jugée, 550-551
Autorité des actes administratifs, 385
Autorités de police
– générale, 272-273
– spéciale, 248
Avenir du droit administratif, 11
Avis, 301, 336

B

Banque de France, 234
Bien commun, 2
Bloc de compétence, 223

C

Cas fortuit, 129
Cassation (voir Recours en cassation)
Causalité, (dommage), 126, 127-129
Causes d'exonération (responsabilité), 127-129
Charte
– de l'environnement, 19
– des droits fondamentaux de l'UE, 33
Circonstances exceptionnelles
– institutionnalisation des -, 79 et s.
– notion, 74
– régime juridique, 75-79
Circulaires
– impératives et non impératives, 306
– interprétatives et réglementaires, 305
– notion de -, 304
Clause exorbitante, 402

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Collaborateur occasionnel de la puissance publique, 108
Combinaison
des pouvoirs de police
– entre polices générales, 281
– entre police spéciale et police générale, 290
Communication des documents administratifs, 339-341
Compétence (acte unilatéral)
– notion d'autorité compétente, 356
– obligation d'exercer la -, 357
– parallélisme
des compétences, 360
– ratione loci, 358
– ratione materiae, 358
– ratione temporis, 358
– relations supérieur-subordonné en matière de -, 361
Compétence à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif
– Conseil d'État, 473 et s.
– cours administratives d'appel, 472
– règlement des questions de -, 478 et s.
– tribunaux administratifs, 468-471
Compétence du juge judiciaire en matière administrative
– acte détachable, 492
– emprise irrégulière, 490
– état-civil et capacité des personnes, 489
– fonctionnement de la justice judiciaire, 486
– gestion du domaine privé, 493
– par détermination légale, 487
– SPIC, 493
– voie de fait, 490
Compétence liée et pouvoir discrétionnaire, 50-53
Concession
– conclusion du contrat de -, 237
– contenu du contrat de -, 238
– et délégation de service public, 405
– fin de la -, 239
– notion de -, 236
– rémunération du concessionnaire, 437
Concession de créments futurs, 410
Concours de pouvoirs de police(voir Combinaison des pouvoirs de police)
Conduite des relations internationales, 64
Confiance légitime, 383(voir Sécurité juridique)
Conflits, 501
– de décisions au fond, 505
– négatifs, 503
– positifs, 502
– Tribunal des -, 499-500
Connaissance acquise (théorie de la), 369, 531
Connexité, 479
Conseil d'État
– attributions, 464
– juge d'appel, 474
– juge de cassation, 475
– juge de premier et dernier ressort, 473
– organisation du -, 461-463
– origine du -, 460
– personnel du -, 465
– régulateur de l'ordre administratif, 476 et s.
Constitution
– contenu de la -, 17-19
– et traité international, 23-24
– source du droit administratif, 17
Contentieux administratif
– branches du -, 554-558
– de l'annulation, 557
– de la pleine juridiction, 556
– de la répression, 555
– de l'interprétation, 554
Contrat administratif
– choix du cocontractant, 416-417
– clause exorbitante dans le -, 402
– conditions de validité du -, 420
– contenu du -, 419
– critères du -, 395-402
– différentes espèces de -, 403-412
– et acte unilatéral, 389
– et contrat de droit privé de l'Administration, 393, 399
– et recours pour excès de pouvoir, 564, 567
– et responsabilité contractuelle, 423
– et service public, 401
– exécution du -, 422 et s.
– fait du prince, 441
– force majeure, 435, 445
– formation du -, 414 et s.
– imprévision, 442-445
– liberté contractuelle, 389-393
– loyauté contractuelle (principe de la -), 414, 423, 424
– modification unilatérale du -, 429
– négociation, 404
– nullité (du-), 421
– obligation d'exécution personnelle du -, 427
– portée de la nature contractuelle du -, 423
– pouvoirs de l'Administration sur l'exécution du -, 426 et s.
– question préjudicielle, 513
– régime juridique du -, 414
– résiliation du -, 431-434
– résolution du -, 447
– travaux supplémentaires, 440
Contrat de délégation de service public
– affermage, 407
– concession, 405
– notion de -, 404
– régie intéressée, 406
Contrat de partenariat, 412
Contrôle de constitutionnalité
– des actes administratifs, 21
– et contrôle de conventionnalité, 24
– et contrôle du droit communautaire, 24
Contrôle du juge de l'excès de pouvoir
– erreur manifeste d'appréciation, 578
– maximum, 577

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– normal, 577
– réduit, 578
Contrôle du pouvoir de police
– circonstances de lieu, 285
– circonstances de temps, 285
– notion d'activité de police, 283
– principe de proportionnalité, 286
Convention européenne des droits de l'homme, 34
Convention internationale (voir Traité et convention internationale)
Cour administrative d'appel
– attributions, 458
– compétence, 472
– organisation, 457
– personnel, 459
Critères du contrat administratif
– organique, 396-399
– matériels, 400-402
Critères du service public
– critère matériel, 202
– organique, 200, 201, 207
– dépendance d'une personne publique211
– et exorbitance, 212
– mission d'intérêt général, 210
Cumul de responsabilités, 160 et s.
– conséquences du -, 164
– en cas de dualité de fautes, 161
– en cas de faute unique à double qualification, 162

D

Déchéance quadriennale, 143
Décision
– collective, 313
– créatrice de droits, 372, 376, 377
– éléments constitutifs, 296
– et acte non décisoire, 298 et s.
– exécutoire, 294-296
– explicite ou implicite, 318-320, 520
– faisant grief, 565
– hiérarchisation des décisions, 315-317
– non créatrice de droits, 372, 376, 377
– notion, 293 et s.
– réglementaire ou non réglementaire, 310-312
– source du droit administratif, 41
– *sui generis*, 314
Décision collective, 313
Décision exécutoire
– controverse sur l'existence de la -, 294-295
– inexistence de la -, 296
– notion, 293
Décision explicite, 318-319, 520
Décision implicite, 318, 320, 520
Décision préalable, 489-496
– à l'action en réparation, 140
Décision récognitive, 348
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 19
Décret, 315
Délai d'action en justice
– calcul du -, 531
– caractère franc du -, 531
– durée, 527
– effets de l'expiration du -, 532
– exigences, 525
– opposabilité, 528
– point de départ, 368
– prorogation et suspension, 529
– réouverture, 530
Délégation
– de compétence ou de pouvoir, 359
– de signature, 359
Demande d'exécution, 553
Demande en justice, 516 et s.
Demande préalable, 517, 518
Détournement de pouvoir, 573
Directive (de droit interne), 307
Directive communautaire
– invocabilité, 30
– notion, 30
– primauté sur la loi, 30
– régime juridique, 30
– transposition, 30
Domaine de la loi et du règlement
– contrôle du -, 327-329
– statut du domaine de la loi, 323-324
– statut du domaine du règlement, 325
Dommages causés aux élèves ou par les élèves de l'enseignement, 193
Dommages causés par les services des assemblées parlementaires, 194
Dommages corporels résultant d'une infraction, 187
Dommages de guerre, 182
Dommages militaires en temps de paix, 186
Droit administratif
– autonomie du -, 7 et s.
– avenir, 11
– caractère prétorien du -, 4 et s.
– définition du -, 10
– droit original, 7 et s.
– et puissance publique, 10
– et service public, 10
– formation historique du -, 2
– notion de -, 1
– sources du -, 7 et s.
Droit communautaire
– directives, 30
– juge national, juge de droit commun du -, 28
– principes généraux du droit, 32
– responsabilité de l'État pour violation du -, 31
– traités communautaires, 29
Droit international,source du droit administratif, 21

E

« École du service public », 197
Économie des moyens, 578, 579
Effet des décisions d'annulation en excès de pouvoir
– absolu, 589
– exceptionnellement non rétroactif, 588
– normalement rétroactif, 587
Égalité devant les charges publiques (voir Rupture de l'égalité devant les charges publiques)

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Emprise irrégulière, 490
Énergie nucléaire (responsabilité), 180
Enrichissement sans cause, 425
Entrée en vigueur des actes administratifs, 366 et s.
Erreur de droit, 575
Erreur de fait, 575
Erreur manifeste d'appréciation, 578
Essais nucléaires (responsabilité), 181
Estoppel, 537
Établissement public, 228-233
– critère de l'-, 231
– délimitation
de la notion d'-, 232
– EPA et EPIC, 232
– notion d'-, 230
– régime juridique, 233
État civil, 487
État de droit, 14
État de siège, 79-81
– déclaration de l'-, 80
– effets de l'-, 81
– notion d'-, 79
État d'urgence, 82-84
– conditions du recours à l'-, 83
– effets de l'-, 84
– notion d'-, 82
État légal, 13
Événement dommageable, 89
Examen particulier des circonstances, 54, 307
Exception de recours parallèle, 566-567
Exception de risque accepté, 127
Exécution des décisions de justice
– astreinte, 553
– évolution de l'-, 552
– injonction, 553
– situation actuelle, 553
Exécution forcée des actes administratifs, 386-388
Exonération de la responsabilité (voir Causes d'exonération de la responsabilité)
Exorbitance, critère du service public, 212
Expédition des affaires courantes, 357

F

Fait de nature à…, 578
Fait du prince, 441
Fait du tiers, 128
Faute
– degrés de la -, 95
– et illégalité, 92
– lourde
– preuve de la -, 99
– typologie de la -, 91 et s.
Faute de la victime, 127
Faute de service, 154, 157-158
Faute lourde, 96-98
Faute non dépourvue de tout lien avec le service, 163
Faute personnelle, 154
– dans le service, 157
– en dehors du service, 157
– et infraction pénale, 156
– et voie de fait, 156
– notion de -, 155
Faute simple, 91-94
Fonctionnaires (invalidité des), 178
Force majeure, 127
– et action en justice, 529
– et contrat, 435, 445
Formalité impossible, 350

G

Garde (responsabilité pour), 114
Gestion déléguée des services publics
– concession, 236-238
– dévolution
unilatérale, 243
– notion de -, 235
– société d'économie mixte, 240-242
Gestion des services publics, 225 et s.
– Banque de France, 234
– établissement public, 228-233
– gestion directe, 226-234
– groupement d'intérêt public, 234
– régimes de -, 226-228
Grève et service public, 259
Groupement d'intérêt public, 234

H

Hiérarchie des normes, 16 et s.
Hiérarchie des normes internationales entre elles, 27
Hiérarchie formelle des décisions administratives, 315-316
Hiérarchie matérielle des décisions administratives, 317

I

Illégalité et responsabilité, 92
Impartialité
– de l'action administrative, 350
– de la procédure contentieuse, 535
Imprévision
– éléments constitutifs, 443
– limites à la théorie de l'-, 445
– notion, 442
– régime juridique, 444
Imputabilité du dommage, 122 et s.
Incompétence (recours pour excès de pouvoir), 570
Indemnisation
du cocontractant
– fait du prince, 441
– force majeure, 445
– imprévision, 442 et s.
– limites à l'obligation d'-, 446
– principe de l'-, 439
– résiliation (non), 431-432
– résiliation (oui), 433-434
– travaux
supplémentaires, 440
Indemnisation du préjudice
– calcul de l'-, 149
– date d'évaluation, 148
– et transaction, 152
– indemnités, 150
– intérêts, 151
– paiement de l'-, 152
– transmission du bénéfice de l'-, 149
Inexactitude matérielle des faits, 575
Inexistence
– notion, 42, 43
– régime juridique, 43

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Injonction, 553, 584
Instance, 533 et s.
Intérêt général, 206, 210
Intérêt pour agir,
– direct et personnel, 561-562
– né et actuel, 563
Intérêts
– capitalisation des -, 151
– compensatoires, 151
– moratoires, 151
– notion d'-, 151
Intérim, 359

J

Juge administratif
– compétence du -, 482 et s.
– et caractère prétorien du droit administratif, 4 et s.
– et concurrence des autres juges, 5
Juge national, juge de droit commun du droit communautaire, 28
Juge unique, 469, 542
– et collégialité, 542
Jugement
– effets des jugements d'annulation, 585-589
– effets des jugements de rejet, 588
– voies de réformation, 591-600
– voies de rétractation, 601-604
Juridiction administrative
– Conseil d'État,
460 et s.
– cours administratives d'appel, 457 et s.
– création, 453
– critère, 450-451
– notion, 449-452
– spécialisée, 466 et s.
– tribunaux administratifs, 453 et s.
Juridiction (notion de), 449-451
Jurisprudence administrative
– création du droit par la -, 4
– notion de -, 37
– source du droit, 37
– thème du déclin de la -, 20
Jurisprudence constitutionnelle, source du droit administratif, 20

L

Légalité externe et légalité interne
– distinction, 569
– légalité externe,
570-571, 572
– légalité interne,
573-575, 576
Liberté contractuelle (des personnes publiques), 390-392
Lien de causalité (responsabilité), 123-125
- présomption de -, 126
Lien instrumental (entre la faute et le service), 163
Lien temporel (entre la faute et le service), 163
Loi de pays, 42
Loi des 16-24 août 1790, 2
Lois (responsabilité du fait des), 168 et s.
Loi, source du droit administratif, 35
« Lois » de Rolland (voir « Lois » du service public)
« Lois » du service public
– continuité, 259
– égalité, 255-258
– mutabilité, 260
– notion de -, 254

M

Marché d'entreprise de travaux publics, 411
Marché public
– différentes catégories de -, 408
– notion de -, 408
– rémunération de l'entrepreneur, 438
Mesures d'ordre intérieur
– circulaires, 304-306
– directives, 307
– notion de -, 303
Mesures préparatoires, 309 et s.
Mesures provisoires, 309 et s.
Mise en demeure, 357
Modification unilatérale du contrat administratif, 429
Modulation dans le temps des effets des décisions de justice, 37, 588
Mondialisation, 11
Motif déterminant, 583
Motif surabondant, 583
Motivation des actes administratifs
– contenu de la -, 354
– défaut de -, 356
– étendue de la -, 353
– absence de caractère de PGD, 351
Moyen d'ordre public, 580
Moyen inopérant, 581

N

Non-contrariété des actes administratifs au droit
– contenu du principe de la -, 45-48
– portée du principe de la -, 49
– principe de la -, 45-49
Non-rétroactivité des actes administratifs, 370
Nullité
– absolue ou relative, 42
– et inexistence, 42-43
– fonction de la -, 44
– hiérarchie en matière de -, 43
– théorie de la - en droit administratif, 42

O

Offre de concours, 409
Opposition (recours en), 601
Ordonnance
de l'article 43, 333 et s.
– conditions de l'habilitation, 334
– régime juridique et contentieux de l'-, 335
Ordonnances
– budgétaire, 336
– d'adaptation des lois outre-mer, 336
– de financement de la sécurité sociale, 336
– de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, 336
– de l'art. 38, 333-335
Ordre professionnel, 219

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

P

Parallélisme
– des compétences, 360
– des formes, 348
Partage et cumuls des responsabilités, 165 et s.
Partenariat public-privé, 412
Personne publique responsable du dommage, 130
Personnels de police
– à statut civil, 276
– à statut militaire, 277
Police administrative
– autorités de - générale, 272-274
– autorités de - spéciale, 275
– critères de la -, 264 et s.
– décision en matière de -, 278-279
– définition de la - par la nature de l'opération, 268
– définition de la - par le but de l'opération, 267
– différentes catégories de -, 269 et s.
– et pouvoir réglementaire, 264-265
– et service public, 262-263
– générale, 269-270
– spéciale, 271
Police administrative et police judiciaire, 268
Police administrative générale
– autorités de -, 272-274
– combinaison des pouvoirs de -, 281-282
– notion de -, 269-270
Police administrative spéciale
– autorités de -, 275
– combinaison des pouvoirs de -, 281-282
– notion de -, 271
Pouvoir de police
– combinaison des -, 281-282
– décision en matière de police, 278-279
– et circonstances de fait, 285-286
– et nature de l'activité contrôlée, 284
– et proportionnalité des mesures, 287
– imprescriptibilité du -, 278
Pouvoir discrétionnaire
– cause du -, 56
– contentieux du -, 53
– définition du -, 57
– et acte de gouvernement, 59, 72
– et directives, 307
– et obligation d'examen particulier des circonstances, 54
– et pouvoir lié, 51-52
Pouvoir réglementaire
– de droit commun, 322
– et domaine de la loi, 323-324
– et police, 264-265, 278
– et statut du règlement, 325
– histoire du -, 3
– titulaires du -, 330-332
– unité ou dualité du -, 326
Préambule de la Constitution de 1946, 19
Préambule de la Constitution de 1958, 19
Précaution (principe de)
– juge administratif et -, 365
– mise en œuvre, 364
– notion, 363
Préjudice
– certain, 133
– direct, 132
– intérêt légitime, 135
– matériel ou moral, 134
– non contraire au droit, 135
– notion de -, 131
– spécial, 136
Préjudice indemnisable
– calcul du -, 148
– date d'évaluation du -, 147
– détermination du -, 147
– indemnisation du -, 150-151
Premier ministre
– autorité de police, 272
– autorité réglementaire, 330
Président de la république
– autorité de police, 272
– autorité réglementaire, 330
Présomption de lien de causalité (Responsabilité), 125
Preuve de la faute, 99
Principe de continuité et service public, 259
Principe d'égalité et service public
– accès au service public, 256
– non-discrimination, entre usagers du service, 257
– notion, 255
– participation égale aux charges du service, 258
Principe de juridicité, 15
– contenu et portée, 16-57
– inflexions au -, 58 et s.
Principe de légalité, 13
Principe de mutabilité et service public, 260
Principes du service public (voir « Lois » du service public)
Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, 19
Principes généraux du droit
– liste des -, 39
– notion de -, 38
– portée des -, 40
– principe d'égalité, 39
– source du droit administratif, 38
Principes particulièrement nécessaires à notre temps, 19
Procédure administrative contentieuse
– contradictoire, 537
– écrite, 534
– et ministère d'avocat, 538
– en langue française, 533
– impartiale, 535
– inquisitoire, 536
– publique, 539
Procès administratif (déroulement du)
– cas des référés, 541 et s.
– cas général, 540
Proposition, 302

Q

Qualification juridique des faits, 576-578
Question préjudicielle
– devant le juge administratif, 508

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

– devant le juge
judiciaire, 510-513
– notion de -, 507
Question prioritaire de constitutionnalité, 514

R

Recours dans l'intérêt de la loi, 605
Recours en cassation (voir Renvoi préjudiciel)
– cas d'ouverture, 599
– effets de la décision de cassation, 600
– jugements susceptibles d'un -, 597
– moyens du -, 598
– notion de -, 596
– procédure du -, 599
Recours en rectification d'erreur matérielle, 603
Recours en révision, 604
Recours pour excès de pouvoir
– cas d'ouverture, 568-575
– contrôle du juge de l'excès de pouvoir, 577 et s.
– délai du -, 516-532
– effets des annulations sur -, 585-589
– exception de recours parallèle, 566-567
– existence d'une décision faisant grief, 565
– forme du -, 516-532
– intérêt pour agir, 560-563
– nature objective du -, 559
– recours d'ordre public, 559
Recours préalable, 517
Recours préalable obligatoire, 524
Référés
– conservatoire, 544
– contractuel, 415, 548
– instruction, 546
– liberté, 545
– non urgents, 545-546
– notion et principes, 541-542
– précontractuel, 415, 548
– provision, 547
– spéciaux, 547
– suspension, 543
– urgents, 543-545
Régie intéressée, 406
Régies, 226-228
– d'État, 227
– locales, 228
Règlement amiable des réparations, 152
Règlement de juges, 478
Règlement légal et responsabilité, 171
Règlement préventif des questions de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative, 480
Relations entre les pouvoirs publics constitutionnels, 63
Renvoi préjudiciel à la CJCE, 30
Réparation du préjudice
– action en -, 140-142
– modalités de la -, 145-152
Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction
– compétence judiciaire (détermination légale), 487
– compétence judiciaire (jurisprudence), 488-495
– exceptions à la compétence du juge administratif, 486
– exceptions à l'incompétence du juge administratif, 484-485
Résiliation du contrat
– à titre de sanction, 411
– dans l'intérêt général, 433
– pour inexécution non fautive, 434
Résolution du contrat, 447
Responsabilité administrative
– et illégalité, 92
– événement dommageable, 89 et s.
– non fondée sur la faute, 100 et s.
– notion de -, 88
– pour faute, 90 et s.
– régimes spéciaux de -, 167, 168-194
Responsabilité contractuelle, 424
– et enrichissement sans cause, 424
Responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire, 31
Responsabilité des services de police, 120
Responsabilité du fait de l'exercice de la fonction juridictionnelle, 175-177
Responsabilité du fait des conventions internationales, 173
Responsabilité du fait des dommages de travaux publics et des ouvrages publics, 121
Responsabilité du faitdes essais nucléaires, 181
Responsabilité du fait des lois, 168 et s.
Responsabilité du fait des règlements légalement pris, 171
Responsabilité médicale, 119
Responsabilité pour faute
– agissements matériels, 94
– caractères du préjudice dans la -, 131-135
– causes d'exonération, 127-128
– illégalité, 92
– inertie et retards, 91
– renseignements et promesses, 93
Responsabilité sans faute
– activités dangereuses, 101
– caractère spécial du préjudice, 136-138
– caractères du préjudice en matière de -, 131-138
– causes d'exonération, 127
– collaboration bénévole, 108
– en matière pénitentiaire, 104
– en matière psychiatrique, 105
– et risque de voisinage, 106
– garde et -, 114
– responsabilité du fait des lois et autres, 112
– risque professionnel, 107
– rupture d'égalité devant les charges publiques, 111 et s.
– transfusion sanguine, 115
– travaux publics, 102, 121
Retrait rétroactif des actes administratifs, 375-379
Risque anormal de voisinage, 106
Risque professionnel, 107

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Rupture de l'égalité devant les charges publiques, 111-113
– responsabilité du fait de la garde, 114

S

Sécurité juridique, 37, 310, 384
Service public
– à base constitutionnelle, 201
– à caractère industriel ou commercial, 217
– administratif, 216
– création du -, 245-246
– critère matériel du -, 200
– critère organique du -, 198, 199, 207
– définition, 207
– différentes catégories de -, 216
– et contrat administratif, 401
– et intérêt général, 206
– police, 159
– et « service universel », 202
– évolution du -, 197 et s.
– géré par une personne privée, 210 et s.
– géré par une personne publique, 209
– histoire du -, 2
– « lois » du -, 254-260
– mode de gestion du -, 225-243
– notion, 195, 203-204
– ordres professionnels et -, 219
– régime juridique du -, 220 et s.
– social, 218
– suppression du -, 247
– usagers du -, 248-253
Service public à caractère industriel ou commercial
– et caractère payant, 217
– et compétence du juge judiciaire, 494
– et contrat avec ses usagers, 223
– notion de -, 217
– régime juridique du -, 222
– usager du -, 251
Service public administratif
– notion de -, 216
– régime juridique du -, 221
– usager du -, 250
Service public social (inexistence du), 218
Société d'économie mixte, 240-242
Soumission de l'Administration au droit, 3
Sources du droit administratif
– constitutionnelle, 17-20
– Convention européenne des droits de l'homme, 34
– décisions administratives, 41
– directives communautaires, 30
– internationale, 21-34
– jurisprudence administrative, 37
– législative, 35-36
– principes généraux du droit, 38-39
– principes généraux du droit communautaire, 32
– traités communautaires, 29
Substitution de base légale, 582
Substitution de motif, 582
Suppléance, 359
Supralégalité des traités internationaux, 26

T

Tierce opposition, 601
Traité et convention internationale
– acte de gouvernement, 64 et s.
– combinaison des traités entre eux, 27
– et condition de réciprocité, 26
– existence, 25
– interprétation, 25
– publication, 25
– source du droit administratif, 21-24
– supralégalité du -, 26
Transaction et indemnisation, 152
Transfusion sanguine (responsabilité), 189
Transparence administrative et financière, 344-345
Transposition des directives, 30
Travaux supplémentaires (théorie des), 440
Tribunal administratif
– attributions, 455
– compétence matérielle, 468-469
– compétence territoriale, 470-471
– organisation, 454
– personnel, 456
Tribunal des conflits, 497, 498
– organisation, 499
– procédure du renvoi au -, 504
– rôle du -, 500

U

Usager du service public
– à caractère industriel ou commercial, 251
– administratif, 250
– définition négative de l'-, 249
– définition positive de l'-, 248
– droits de l'-, 253
– obligations de l'-, 252

V

Vaccinations obligatoires (responsabilité), 179
Véhicules administratifs (responsabilité), 192
Vice de forme (recours pour excès de pouvoir), 571
Violation de la règle de droit, 574-575
Vœux, 301
Voie de fait
– éléments constitutifs, 491
– et compétence du juge judiciaire, 491
– et exécution forcée, 388
Voie de réformation
– appel, 591-595
– cassation, 596-600
Voie de rétractation
– opposition, 601
– recours en rectification d'erreur matérielle, 603
– recours en révision, 604
– tierce opposition, 602

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

Table des matières

PRÉFACE 3
LISTE DES ABRÉVIATIONS 4
SOMMAIRE 5

INTRODUCTION 6

1 Le droit administratif, un produit de l'histoire 6
2 Le droit administratif, un droit prétorien ? 9
3 L'originalité du droit administratif 11
4 L'avenir du droit administratif 14
Conseils bibliographiques 15

CHAPITRE 1 – L'ADMINISTRATION SOUMISE AU DROIT, LE PRINCIPE DE JURIDICITÉ 16

1 Les sources de la juridicité : la hiérarchie des normes applicable en droit administratif 18
A. La source de rang constitutionnel 18
1. La Constitution proprement dite 18
2. Les autres dispositions constitutionnelles 19
3. La jurisprudence constitutionnelle 20
4. Le renvoi préjudiciel au Conseil constitutionnel en matière de droits et de libertés (v. § 514) 20
B. Les sources de rang international 20
1. Le droit international *stricto sensu* 21
2. Le cas particulier du droit communautaire 25
3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 30
C. La source d'origine législative 30
1. Les lois 31
2. Les actes parlementaires 31
D. La jurisprudence administrative source du droit administratif. La théorie des principes généraux du droit 32
1. La jurisprudence administrative 32
2. Les principes généraux du droit 33
E. Les décisions de l'Administration, source du droit administratif 35

2 De quelques conséquences du principe de juridicité 36
A. La théorie des nullités en droit administratif 36
1. La hiérarchie des nullités en droit administratif 36
2. La nullité des actes administratifs comme sanction 38

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

B. L'obligation de non-contrariété des actes administratifs au droit 38
1. Obligation d'assurer l'exécution des lois et des traités. 38
2. Étendue de la liberté de comportement de l'Administration 39
3. Exécution des décisions de justice et modulation de leurs effets 39
4. Obligation de faire cesser une illégalité 39
5. La portée de l'exigence de non-contrariété des actes administratifs au droit. . . 40

3 La portée du principe de juridicité : pouvoir lié et pouvoir discrétionnaire 40
A. La distinction pouvoir lié – pouvoir discrétionnaire (ou compétence liée – compétence discrétionnaire) 40
1. Une distinction à nuancer 41
2. Les effets contentieux de la distinction. 41
3. L'obligation de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire. 41
B. Les questions soulevées par l'existence du pouvoir discrétionnaire. 42
1. La cause du pouvoir discrétionnaire 42
2. La définition contemporaine du pouvoir discrétionnaire 43

Conseils bibliographiques 43

CHAPITRE 2 – L'ADMINISTRATION SOUMISE AU DROIT, LES ATTÉNUATIONS AU PRINCIPE DE JURIDICITÉ 45

1 L'acte de gouvernement 45
A. La nomenclature des actes de gouvernement 46
1. L'évolution de la jurisprudence relative aux actes de gouvernement 46
2. Une catégorie en voie de réduction. 46
3. La liste des actes de gouvernement. 47
B. Les interprétations doctrinales de la notion d'acte de gouvernement. 49
1. La thèse de l'inexistence des actes de gouvernement. 49
2. La thèse de l'archaïsme des actes de gouvernement. 49
3. La thèse du bien-fondé de l'existence des actes de gouvernement. 50
C. Le régime juridique et contentieux des actes de gouvernement 50
1. Les actes de gouvernement et les actes qui leur sont rattachables 50
2. Les actes détachables d'un acte de gouvernement 51

2 Les circonstances exceptionnelles 52
A. La notion de circonstances exceptionnelles 52
B. Le régime juridique des circonstances exceptionnelles. 52
1. Conditions de déclenchement 53
2. Application d'un régime dérogatoire. 53

3 L'institutionnalisation des circonstances exceptionnelles 54
A. L'état de siège 54
1. La déclaration d'état de siège 55
2. Les effets de l'état de siège 55
B. L'état d'urgence 55
1. Conditions du recours à l'état d'urgence. 56
2. Effets de l'état d'urgence. 56

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C. Le régime des pouvoirs spéciaux. 56
D. L'organisation de la nation pour le temps de guerre 57
E. La constitutionnalisation des circonstances exceptionnelles : l'article 16 de la Constitution de 1958 57
Conseils bibliographiques 58

CHAPITRE 3 – LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE EXTRACONTRACTUELLE, LE DROIT COMMUN 59

1 L'événement dommageable 60
A. La responsabilité fondée sur la preuve d'une faute. 60
1. La typologie de la faute. 60
2. Les divers degrés de faute 63
3. Le devenir de la faute lourde. 63
4. La preuve de la faute 65
B. La responsabilité sans faute à prouver. 65
1. Les dommages causés par les choses ou activités dangereuses 66
2. Les dommages causés par les opérations de travaux publics et les ouvrages publics (voir § 121). 66
3. L'application de méthodes pénitentiaires ou psychiatriques « ouvertes » 66
4. Le risque anormal de voisinage. 67
5. Le risque professionnel 67
6. La rupture d'égalité devant les charges publiques 69
7. La responsabilité des centres publics de transfusion sanguine à raison des produits fournis 70
8. La violation du principe de confiance légitime. 71
9. Régimes législatifs divers (rappel) 71
C. Les régimes complexes de responsabilité applicables à certains services publics 71
1. Responsabilité médicale 71
2. Responsabilité des services de police 73
3. Responsabilité du fait des opérations de travaux publics et des ouvrages publics (V. aussi § 102) 73

2 L'imputabilité du dommage 74
A. Le lien de causalité 75
1. La notion de lien causal. 75
2. Les cas d'atténuation ou d'exonération de la responsabilité 76
B. La notion de personne publique responsable. 78

3 Les caractères du préjudice 79
A. Un préjudice direct 80
B. Un préjudice certain. 80
C. Un préjudice matériel ou moral : le principe de la réparabilité de tout préjudice 81
D. Un préjudice consistant en une atteinte à un intérêt légitime juridiquement protégé ou à une situation non contraire au droit 81

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

E. Un préjudice spécial (uniquement en matière de responsabilité sans faute à prouver) . . . 82
1. Le préjudice spécial, préjudice d'une certaine gravité . . . 82
2. Le préjudice spécial, préjudice touchant un nombre restreint de personnes . . . 83

4 Le mécanisme de la réparation . . . 83
A. L'action contentieuse en réparation . . . 83
1. La règle de la décision préalable (voir chap. 11, § 517 et s.) . . . 83
2. Le débiteur de l'indemnité (§ 130) . . . 84
3. La juridiction compétente . . . 84
4. Le délai d'action contentieuse. La règle de la déchéance quadriennale . . . 85
5. Le ministère d'avocat . . . 86
B. Les modalités de la réparation . . . 86
1. La détermination du préjudice indemnisable . . . 86
2. Le régime de l'indemnisation . . . 88
3. Sur quatre observations terminales . . . 89

Conseils bibliographiques . . . 90

CHAPITRE 4 – LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE EXTRACONTRACTUELLE, QUESTIONS PARTICULIÈRES . . . 91

1 Partage et cumul des responsabilités au sein de l'Administration . . . 91
A. Faute de service et faute personnelle . . . 91
1. La notion de faute personnelle . . . 92
2. Les rapports de la faute personnelle avec d'autres notions . . . 92
3. Les rapports de la faute personnelle avec le service public . . . 93
B. La théorie des cumuls . . . 93
1. Les cas de cumul . . . 94
2. Les conséquences du cumul . . . 95
C. Les relations entre l'Administration et ses agents . . . 96
1. Le principe originel d'irresponsabilité de l'agent public . . . 96
2. Les arrêts *Laruelle* et *Delville* et leur postérité . . . 96

2 Les régimes spéciaux de responsabilité . . . 97
A. La responsabilité de l'État au titre des services publics régaliens . . . 98
1. La responsabilité de l'État législateur et ses extensions . . . 98
2. Le système de la responsabilité pour faute de l'État-juge . . . 101
B. Les systèmes législatifs spéciaux de responsabilité de l'État au titre des autres services publics . . . 102
1. Les régimes d'atténuation de la responsabilité administrative . . . 102
2. Les régimes d'aggravation du droit commun de la responsabilité administrative . . . 102
3. Les régimes de substitution de la responsabilité de la puissance publique à celle de ses agents . . . 107

Conseils bibliographiques . . . 108

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

CHAPITRE 5 – LE SERVICE PUBLIC 110

1 La notion de service public 110
A. L'évolution de la notion de service public 111
1. La gloire du service public (jusqu'en 1921) 111
2. Les vicissitudes du service public (depuis 1921) 113
B. La conception contemporaine du service public 115
1. Une conception contingente 115
2. Une identification complexe 116
3. La recherche des critères du service public 118
C. Le contenu de la notion de service public 121
1. Distinctions à opérer au sein de la catégorie des services publics 121
2. Le régime juridique des différents services publics 123

2 Les modes de gestion des services publics. 125
A. La gestion directe des services publics 126
1. La régie 126
2. L'établissement public 128
3. Autres modalités de gestion directe. 131
B. La gestion déléguée des services publics 131
1. La délégation de la gestion du service public, l'exemple de la concession 131
2. La société d'économie mixte. 133
3. La dévolution unilatérale du service public 134

3 Les règles générales applicables aux services publics 134
A. La création et la suppression des services publics 134
1. La création des services publics 134
2. La suppression des services publics 135
B. Les usagers du service public 135
1. La notion d'usager du service public 135
2. La nature juridique de la condition d'usager du service public 136
3. Contenu de la condition d'usager du service public 137
C. Les principes ou « lois » du service public 138
1. Le principe d'égalité devant le service public 138
2. Le principe de continuité du service public 140
3. Le principe de mutabilité du service public 141

Conseils bibliographiques 141

CHAPITRE 6 – LA POLICE ADMINISTRATIVE 143

1 Définition de la police administrative 143
A. La notion de police administrative 143
1. Police administrative et service public 143
2. Police administrative et pouvoir réglementaire. 144
B. Les définitions de la police administrative 145
1. Les critères de la police administrative 145
2. Les différentes polices administratives 147

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

2 Le pouvoir de police 148
A. L'étendue du pouvoir de police 148
1. Les autorités de police 149
2. Les personnels de police 150
3. Les décisions de police 151
B. L'exercice du pouvoir de police 152
1. La combinaison entre les différents pouvoirs de police 153
2. Les caractères de l'intervention de police 154
3. Le mode coordonné de l'intervention de police, le « plan » ORSEC 156
Conseils bibliographiques 157

CHAPITRE 7 – LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX : NOTIONS FONDAMENTALES 158

1 La notion d'acte administratif unilatéral 158
A. Acte administratif, décision exécutoire ou décision ? 158
1. L'acte administratif 158
2. La décision exécutoire existe-t-elle ? 161
3. La notion de décision retenue par le droit français 162
B. Le contenu de la notion de décision 163
1. Les mesures préparatoires ou provisoires 164
2. Les mesures d'ordre intérieur 165
C. La diversité des décisions 170
1. La classification des décisions 170
2. La hiérarchisation des décisions 172
3. Les différentes sortes de décisions 174
2 Le pouvoir réglementaire 175
A. Le pouvoir réglementaire de droit commun 176
1. La distinction de la loi et du règlement (rappel) 176
2. Le contrôle des domaines respectifs de la loi et du règlement 177
3. Les titulaires du pouvoir réglementaire 178
B. Les extensions exceptionnelles du pouvoir réglementaire 180
1. Les ordonnances de l'article 38 180
2. Les autres délégations du pouvoir législatif 182
3. Les décisions prises en vertu de l'art. 16 de la Constitution 183
Conseils bibliographiques 184

CHAPITRE 8 – LE RÉGIME JURIDIQUE DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX . 185

1 La connaissance des actes administratifs unilatéraux 185
A. La communication des documents administratifs 186
1. Le principe : liberté d'accès aux documents administratifs 186
2. L'exercice du droit d'accès aux documents administratifs 188
B. L'accès au droit 189
1. La liberté d'accès aux règles du droit 189
2. La politique du « tout codification » 189

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C. La transparence 189
1. La transparence administrative 189
2. La transparence financière. 190

2 L'édiction des actes administratifs unilatéraux 190
A. La forme des actes administratifs unilatéraux. 190
1. Les formalités accompagnant l'édiction des actes 191
2. Les exigences inhérentes à l'acte : la motivation 193
B. La compétence pour prendre des actes administratifs unilatéraux 194
1. La notion d'autorité compétente 194
2. L'obligation d'exercer sa compétence. 195
3. Les trois éléments de détermination de la compétence. 195
4. Les « incidents » de compétence. 195
5. Le principe du parallélisme des compétences. 197
6. Compétences respectives du supérieur et du subordonné. 197
C. Le principe de précaution 197
1. La notion de précaution. 198
2. Les conditions du recours au régime de précaution 198
3. Le juge administratif et le principe de précaution 198

3 Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux 199
A. Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux : l'entrée en vigueur 199
1. La publicité des actes administratifs unilatéraux, condition de leur entrée en vigueur 200
2. La théorie de la connaissance acquise. 201
3. La non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux 201
B. Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux : la fin de vigueur (abrogation et retrait) 202
1. L'abrogation d'une décision administrative pour l'avenir (v. § 48) 202
2. Le retrait rétroactif des décisions administratives. 203
C. Les effets dans le temps des actes administratifs unilatéraux : les principes de la confiance légitime et de la sécurité juridique (*cf.* § 116) 205

4 La puissance intrinsèque des actes administratifs unilatéraux : l'autorité des actes administratifs unilatéraux 206
A. Les caractères de l'autorité des actes administratifs unilatéraux 206
B. L'exécution des actes administratifs unilatéraux : les sanctions, hypothèse normale d'exécution 206
C. L'exécution des actes administratifs unilatéraux : l'exécution forcée, hypothèse exceptionnelle d'exécution 207

Conseils bibliographiques 208

CHAPITRE 9 – LE CONTRAT ADMINISTRATIF. 209

1 Observations liminaires : liberté contractuelle et contrat administratif 209

2 Qu'est-ce qu'un contrat administratif ? 211
A. Les critères du contrat administratif 211
1. Le critère organique du contrat administratif 212
2. Les critères matériels du contrat administratif 213

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

B. Les différents contrats administratifs 215
1. Les contrats comportant délégation de la gestion d'un service public 215
2. Les contrats ne comportant pas délégation de la gestion d'un service public 217
3. Le cas particulier des contrats de partenariat 219
3 Le régime juridique des contrats administratifs 219
A. La formation des contrats administratifs 220
1. Les règles relatives à la qualité de contractant 220
2. La diversité des procédures de choix du contractant 222
B. Les règles relatives au contrat lui-même 223
1. Le contenu du contrat 223
2. Les conditions de validité du contrat 224
C. La nullité du contrat, sanction du non respect des règles régissant la formation du contrat et son contenu 225
4 L'exécution des contrats administratifs 226
A. Observations générales 226
1. La portée de la nature contractuelle du contrat administratif 226
2. La responsabilité contractuelle en droit administratif 227
3. L'enrichissement sans cause, responsabilité quasi-contractuelle sans faute 228
B. Les pouvoirs de l'Administration contractante 228
1. Les pouvoirs de l'Administration sur les modalités d'exécution du contrat . . . 229
2. Les pouvoirs de l'Administration sur la durée du contrat : la résiliation. Le cas de la force majeure 230
C. Les obligations de l'Administration contractante 232
1. L'obligation de rémunérer le cocontractant 232
2. L'obligation d'indemniser le cocontractant 232
D. Le cas particulier de la résolution du contrat administratif 235
Conseils bibliographiques 235

CHAPITRE 10 – LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE 237

1 L'organisation de la juridiction administrative 237
A. La notion de juridiction administrative 237
1. La notion de juridiction 238
2. La détermination du caractère administratif d'une juridiction 238
3. La création des juridictions administratives 239
B. Les diverses juridictions administratives 239
1. Les tribunaux administratifs, juridiction de droit commun du premier degré . . 239
2. Les cours administratives d'appel, juridiction administrative de droit commun du deuxième degré 240
3. Le Conseil d'État, juridiction administrative de cassation de droit commun 241
4. Les juridictions administratives spécialisées 244

© Hachette Livre – *Droit administratif général* – La photocopie non autorisée est un délit.

C. Le partage des compétences à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif 244
1. L'étendue de la compétence des tribunaux administratifs 244
2. L'étendue de la compétence des cours administratives d'appel 247
3. L'étendue de la compétence du Conseil d'État 247
4. Le règlement des questions de compétence à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif 249

2 La répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels 250
A. La délimitation de la compétence du juge administratif en matière administrative. 251
1. Le principe : compétence du juge administratif en matière administrative 251
2. Exceptions 252
B. La délimitation de la compétence du juge judiciaire en matière administrative. 254
1. La compétence judiciaire par détermination légale 254
2. La compétence judiciaire en vertu de principes jurisprudentiels 255

3 Conflits de compétence et questions préjudicielles 257
A. Les conflits de compétence entre les deux ordres de juridiction 257
1. Le Tribunal des conflits. 258
2. Les divers types de conflits 259
B. Les questions préjudicielles 260
1. Existence d'une question préjudicielle 261
2. Les questions préjudicielles devant le juge administratif 261
3. Les questions préjudicielles devant le juge judiciaire. 261
C. Le cas particulier des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) 262

Conseils bibliographiques 264

CHAPITRE 11 – LES RECOURS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF. 265

1 La procédure devant les juridictions administratives 265
A. La demande en justice 265
1. La notion de décision préalable. 266
2. Le recours administratif préalable obligatoire (R.A.P.O.) 268
3. Les délais d'action. 269
B. Le déroulement de l'instance. 272
1. Les caractères de la procédure administrative 273
2. Le déroulement du procès administratif : cas général 275
3. Le déroulement du procès administratif : les référés 276
4. Collégialité et juge unique. 279
C. L'effet de la décision juridictionnelle 279
1. L'autorité de chose jugée. 279
2. L'exécution des décisions de justice 280

2 Les recours contre les actes administratifs ; le cas du recours pour excès de pouvoir 281
A. Préliminaires : la distinction des recours contentieux, les « branches » du contentieux. 282
1. Les branches du contentieux. Présentation 282
2. Les branches du contentieux. Critique 283

B. Le recours pour excès de pouvoir 283
1. Conditions de recevabilité tenant à la personne du requérant : l'intérêt pour agir 283
2. Conditions de recevabilité tenant à la nature de la décision attaquée 285
3. Les conditions de délai et de forme (renvoi) 286
4. Les conditions tenant à l'absence de recours parallèle 286
C. Le contrôle de l'excès de pouvoir 287
1. Les moyens invocables ; les « cas d'ouverture » du recours pour excès de pouvoir 287
2. La légalité externe 288
3. La légalité interne 289
4. L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir 290
5. Les pouvoirs du juge à l'égard des moyens du requérant et des motifs de la décision attaquée 291
D. Les effets du jugement rendu en excès de pouvoir 293
1. Les décisions de rejet et les décisions d'annulation 293
2. Les effets des décisions d'annulation 293
3 Les recours contre les jugements 295
A. Les voies de réformation 295
1. L'appel 295
2. Le pourvoi en cassation 297
B. Les autres voies de recours contre les jugements 300
1. L'opposition 300
2. La tierce opposition 300
3. Le recours en rectification d'erreur matérielle 300
4. Le recours en révision 301
C. Le cas particulier du recours dans l'intérêt de la loi 301
Conseils bibliographiques 301

INDEX 303

HU DROIT

Cet ouvrage offre au lecteur un accès volontairement simplifié mais complet à l'essentiel de ce qu'il faut savoir sur le droit administratif, matière fondamentale, réputée difficile. Il couvre les principales rubriques de façon moderne et actualisée.
Il permet une préparation et une révision efficaces en vue des examens et des concours administratifs.

Droit administratif général

PUBLICS :
- Licence de droit
- Instituts d'études politiques
- Toute formation universitaire incluant la connaissance d'éléments de droit administratif (écoles de commerce, AES, etc.)
- Candidats aux concours administratifs

Chapitre 1	L'administration soumise au droit, le principe de juridicité
Chapitre 2	L'administration soumise au droit, les atténuations au principe de juridicité
Chapitre 3	La responsabilité administrative, le droit commun
Chapitre 4	La responsabilité administrative, questions particulières
Chapitre 5	Le service public
Chapitre 6	La police administrative
Chapitre 7	Les actes administratifs unilatéraux : notions fondamentales
Chapitre 8	Le régime juridique des actes administratifs unilatéraux
Chapitre 9	Le contrat administratif
Chapitre 10	La juridiction administrative
Chapitre 11	Les recours devant le juge administratif

Jean-Claude Ricci *est professeur des universités à Aix-Marseille – Université. Directeur de l'IEP d'Aix-en-Provence de 1996 à 2006, il est l'auteur de nombreux ouvrages de droit administratif et de contentieux administratif, dont un* Contentieux administratif *dans la même collection.*

À jour de la jurisprudence la plus récente

www.hachette-education.com

hachette
SUPÉRIEUR

! VAMBACAS !