

Droit administratif :

Les régimes

Universitoo est une collection d'ouvrages universitaires alliant les avantages de l'édition classique et de l'édition numérique. Cette collection, dirigée par **Thibaut Massart**, Professeur à l'Université d'Orléans, propose des ouvrages dans toutes les matières et pour tous les niveaux.

Internet : <http://www.editoo.com>

e-mail : editoo@editoo.com

editoo.com

Paris Cyber Village

204, rue de Crimée

75019 PARIS

Tél : 01 55 26 42 50

Copyright © editoo.com, 2003

ISBN: 2-7477-0059-3

Le code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les Art. L335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Gilles J. Guglielmi

**Droit administratif :
Les régimes**

Première Partie :

L'action administrative

On entendra par ces termes d'action administrative l'activité des personnes publiques – ainsi que, par extension, celle des personnes privées auxquelles des personnes publiques ont délégué certaines tâches de gestion de services – c'est-à-dire l'ensemble des actes et des faits produits dans l'exercice de la fonction administrative.

En résumé, cette activité a deux objectifs.

Le premier est de permettre à la vie sociale de se dérouler dans les meilleures conditions possibles. Cet optimum de fonctionnement ne peut être atteint que par le respect de certaines contraintes individuelles ou collectives : c'est ce que l'on appelle l'ordre social, mais il ne faut pas oublier que cet aspect à connotation parfois négative (ordre) n'est que le moyen de rechercher l'harmonie sociale. Dans cette activité, les personnes publiques ou les personnes privées chargées de les seconder, produisent des normes, qui s'ajoutent aux normes déjà existantes, et contribuent à compléter l'ordonnancement juridique propre à chaque société.

Le deuxième objectif est de fournir à tout citoyen qui en fait la demande, des prestations qui sont estimées indispensables au fonctionnement social et dont la disponibilité doit être garantie de telle manière qu'elles requièrent une intervention publique. Il en va ainsi des assurances sociales, de l'aide sociale, des transports, de la justice, etc. Dans cette activité, les personnes publiques, ou les personnes privées chargées de les seconder, réalisent des prestations complexes, mêlant vente de biens, vente de biens et de services, services marchands et services non marchands.

L'activité administrative peut donc être étudiée sous l'angle de deux fonctions. Une fonction de régulation normative, de réglementation de la vie sociale. Une fonction de prestation, qui consiste à garantir, par tous moyens, un minimum estimé vital de services communs.

Dans l'exercice de ces deux fonctions, les personnes publiques, ou les personnes privées chargées de les seconder, sont à l'origine d'actes juridiques et de faits juridiques. Les faits juridiques seront abordés ultérieurement sous l'angle de la responsabilité. Les actes juridiques, manifestations de volonté ayant pour but de produire des effets de droit, sont la raison d'être de l'activité administrative. En effet, non seulement la fonction de régulation normative n'est concevable que par la production d'actes juridiques, mais, de plus, la fonction de prestation nécessite comme préalable aux actes matériels d'exécution du service, des actes juridiques de stratégie ou de gestion.

La fonction de prestation dans l'activité administrative connaît des spécificités qui seront abordées sous l'angle du régime juridique du service public (1).

De plus, si les personnes publiques, ou les personnes privées chargées de les seconder, peuvent se placer sous un régime de droit privé et produire des actes juridiques qui ne se distinguent pas de ceux des particuliers, elles peuvent aussi, et c'est la spécificité du droit administratif, user de moyens de droit public et produire alors des actes juridiques de droit public fondamentalement différents de ceux du droit privé. C'est pourquoi il convient d'examiner en premier lieu l'outil juridique qui conditionne l'essentiel de l'intervention administrative : les actes (2).

Il ne serait pas possible d'exposer l'activité administrative sans préciser ses fondements, notamment le fondement des actes, qu'ils soient de régulation ou de préparation des prestations, ou d'organisation des organes des personnes juridiques en cause. Ce fondement général est le pouvoir réglementaire (3).

Enfin, il est une activité administrative particulièrement sensible, réservée aux personnes publiques, qui mérite quelques précisions : la police administrative (4).

Chapitre 1 :

Le service public, finalité de l'action

La notion de service public est un des éléments clefs du pacte social républicain. Elle provient directement de la distinction entre l'État et la société et de la forme particulière que cette distinction a prise en France depuis la III^{ème} République. Si l'on peut admettre en effet, que l'État n'est que la cristallisation d'un rapport de domination entre gouvernants et gouvernés, cela n'est qu'en raison de l'existence d'une différenciation claire entre ces gouvernants et gouvernés, de l'acceptation de cette situation temporaire par les gouvernés qui y trouvent un avantage relatif et de la possibilité d'un contrôle permanent sur les gouvernants et sur l'ensemble de leur activité. Or l'histoire de la France montre que l'avantage relatif des gouvernés s'est construit autour des principes d'unité de la République, d'égalité, et de laïcité. Dans ce travail séculaire, la notion de service public a joué un rôle déterminant, parce que l'intervention par voie de service public était devenue l'un des moyens principaux de la présence des gouvernants dans la vie quotidienne.

La particularité du droit du service public est de constituer un ensemble juridique homogène progressivement relié à la plupart des principes fondamentaux dans le système juridique français. Cette liaison est devenu à ce point forte qu'elle permet à certains juristes de considérer qu'elle unit les deux grands types d'activité de l'État et des autres personnes publiques dans leur but essentiel de réalisation d'un optimum social : la production de normes juridiques, c'est-à-dire de prescriptions destinées à ordonner les relations sociales en imposant des comportements précis dont le respect est assuré par une menace de sanction, garantie par l'autorité publique ; la production de services concrets destinés à satisfaire les besoins collectifs de la société. L'activité de réglementation, comme celle de prestation peuvent être présentées comme relevant d'une mission de service public essentielle à l'État.

Section I :

La notion fonctionnelle de service public

Outre le fait que l'activité d'intérêt général qui traduit la notion de service public peut être déclinée en plusieurs thèmes, la structure des services publics n'est pas uniforme, car ces services connaissent diverses modalités d'organisation. Mais l'idée directrice demeure : l'intérêt général et la satisfaction des besoins sociaux justifient leur création, exigent leur maintien. La notion de service public est devenue vers la fin des années 1960 une notion fonctionnelle. Au-delà de ses racines profondes, cette mutation fonctionnelle explique sans doute que la notion de service public ne disparaisse pas et ne se modifie qu'assez peu quand certaines des activités ou des organismes qui les gèrent se trouvent soumis à des règles de droit privé.

Il est possible que certaines activités soient reconnues par le juge administratif comme des services publics par nature, en un état donné de l'interprétation des textes. Le problème s'est surtout posé à propos d'activités relevant de la compétence d'action du pouvoir réglementaire. Ainsi, alors qu'il n'y était pas invité par le commissaire du gouvernement, le juge a estimé nécessaire de qualifier la mise à disposition et la diffusion de textes, décisions et documents juridiques dans des conditions adaptées à l'état des techniques, comme étant « par nature une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'Etat de veiller » (CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *AJDA* 1998.362, note Nouel). La loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (art. 2) a inscrit cette formule dans les textes en y ajoutant que « les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent ».

Mais à part ces cas exceptionnels, l'appréhension de la notion de service public ne saurait résulter d'une évidence. La fonction de cette notion et les conditions de son utilisation servent alors d'éléments d'identification.

§ 1. -La prestation de service public

La notion de service est difficile à cerner parce qu'elle est résiduelle. Les services sont les produits d'une activité qui ne se concrétise pas par l'apparition d'un bien matériel. Si l'on cherche à identifier le service public par le **contenu** de la prestation fournie, deux constatations s'imposent : tout d'abord, ce contenu est varié il couvre tout le domaine de l'activité humaine (enseignement, transports, santé, communication, etc.); ensuite, dans la plupart des cas il est susceptible d'être produit aussi bien par des personnes privées que par des personnes publiques. On conclut donc qu'il n'existe pas de prestation de service qui serait en elle-même de nature publique ou de nature privée. Si l'on cherche à identifier la prestation de service public par le **régime** juridique sous lequel elle est assurée, on s'engage dans un raisonnement circulaire, et l'on fait passer les moyens avant les fins. La seule analyse féconde reste donc celle des **buts** de la prestation de service public. Pour être qualifiée de service public, l'activité doit avoir un but d'intérêt général.

Une caractéristique très ancienne des services publics était d'exclure le profit financier, mais aujourd'hui l'intervention de l'État utilise des modes de gestion qui ne sont pas intrinsèquement différents de ceux du secteur privé. Les activités industrielles et commerciales justifient, comme critère même de leur existence économique et de leur efficacité sociale, des préoccupations marchandes incluant la réalisation d'un bénéfice. Cependant, ces préoccupations ne doivent pas, en principe, l'emporter sur la satisfaction des besoins du public. A titre d'exception, on peut considérer que certaines activités servent à satisfaire l'intérêt proprement financier des personnes publiques qui l'exercent, mais à la condition que ce soit

en vue d'assurer ou d'améliorer le financement de certains services publics (Tabacs et allumettes : santé publique; Française des Jeux : ordre public et budget).

§ 2. -Éléments d'identification

En définitive, quels sont, en droit positif, les éléments d'identification du service public ? En application des points préalablement développés, on peut affirmer que ces éléments sont au nombre de deux. Pour qu'une activité soit un service public, il est nécessaire 1°) qu'il existe un lien spécial entre cette activité et une personne publique; 2°) que cette activité ait un but d'intérêt général (CE, 31 mars 1995, *Touzet et Desauvay* (2 arrêts), *AJDA* 1995.562, concl. Arrighi de Casanova). Ces deux éléments sont des conditions cumulatives. L'absence de l'un d'entre eux interdit la qualification de service public. Ainsi exposée, l'identification du service public traduit bien la nature fonctionnelle de la notion de service public. Elle n'en constitue pas une définition.

A. Lien spécial avec une personne publique

L'activité de service public est prise en charge ou contrôlée par une personne publique. Aussi, pour qualifier l'existence d'un service public faut-il prouver ce lien spécial. Ce lien est évident quant aux services assurés par la personne publique elle-même. Il l'est moins lorsque les services sont confiés à une personne distincte. Dans ce deuxième cas, il faut séparer l'étude du transfert contractuel et du transfert unilatéral de l'activité. Dans le cas de transfert contractuel, le lien résulte du contrat lui-même, par lequel une personne distincte est chargée de gérer des prestations de services assurées jusque là par une personne publique.

Dans le cas de transfert unilatéral, la situation est moins nette. Il faut alors rechercher si la personne distincte a été fondée par une personne publique, si ses dirigeants et sa structure sont

contrôlés par elle, si elle dispose de prérogatives de puissance publique. Ajoutés au but d'intérêt général, ces éléments sont ceux qui permettent de reconnaître le caractère public d'un organisme. On doit alors séparer deux cas. Soit la personne distincte est expressément une personne privée, et ces éléments aboutiront à lui faire reconnaître la gestion d'un service public en raison du transfert effectué (CE Sect. 28 juin 1963, *Narcy*, TGD). Soit la personne distincte est innomée, et la juridiction administrative choisit alors, au choix, de reconnaître un établissement public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public.

En revanche, il convient de souligner fermement que l'existence ou l'exercice d'une prérogative de puissance publique n'est pas un critère de l'activité de service public. Car non seulement elle ne déclenche pas automatiquement cette qualification, mais elle n'est nullement nécessaire à la reconnaissance d'une activité de service public (CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, Rec.220). La prérogative de puissance publique n'est que l'un des indices possibles du lien entre personne publique et personne privée. En revanche, elle est nécessaire à la qualification d'acte administratif pris par une personne privée chargée de la gestion d'un service public (cf. Cours sur la répartition des compétences).

B. But d'intérêt général

Cette exigence est constante dans la jurisprudence administrative (concl. Laurent sur CE, 16 novembre 1956, *Union synd. des industries aéronautiques*, TGD). *A contrario*, l'absence d'intérêt général empêche toute qualification de service public (CE sect. 27 octobre 1999, *Rolin*, AJDA 1999.1043, chron.). Depuis peu, la jurisprudence constitutionnelle a fourni un élément nouveau : l'appréciation des buts d'intérêt général est ancrée dans la Constitution (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, JO 27 juin 1986, « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle »).

C. Limites particulières

On doit enfin souligner quelques particularités quant aux limites admises par la jurisprudence administrative française relativement à l'intervention par voie de service public.

La jurisprudence et une partie de la théorie juridique considèrent que la gestion du domaine privé des personnes publiques n'est pas un service public. Cette considération semble justifiée par le fait que le critère dominant du but d'intérêt général cède le pas à un critère spécial au régime du domaine et des travaux publics : l'usage public.

De même, ces autorités respectent le principe non écrit selon lequel l'état des personnes échappe à la compétence du juge administratif. Tout ce qui concerne le nom patronymique, l'état-civil, les incapacités, la nationalité et la propriété subit une attraction de la compétence judiciaire sans considération pour le service public qui peut les toucher plus ou moins directement.

Enfin, les activités industrielles et commerciales, qui peuvent être reconnues comme des services publics, sont quelquefois difficiles à différencier des activités purement privées. Outre le fait qu'elles sont soumises en principe à un régime de droit privé, les dérogations à ce régime par l'usage de prérogatives de puissance publique ou l'application de principes de droit public sont interprétées de manière stricte. Ainsi, l'action en comblement de passif n'est pas applicable aux personnes publiques exerçant une mission de service public, les saisies peuvent être pratiquées sur les biens des personnes privées chargées d'un service public industriel et commercial sous la seule réserve que cette procédure « ne compromette pas le fonctionnement régulier et continu du service public ». De même les modalités de droit privé de leur fonctionnement ne doivent pas être incompatibles avec les « nécessités du service public ».

Section II :

Services publics à caractère administratif et services publics à caractère industriel et commercial

Depuis le début du 20^{ème} siècle, il n'est plus inconcevable que certaines activités purement industrielles et commerciales soient directement prises en charge par les personnes publiques. Le commissaire du gouvernement Romieu pensait déjà en 1903 que les personnes publiques pouvaient édicter des actes qui « tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier dans les conditions du droit privé ». La solution en droit positif résulte de deux arrêts : l'un du Conseil d'État, l'autre du Tribunal des conflits (CE, 23 décembre 1921, *Société gén. d'Armement*, Rec.1109, *RD publ.* 1922.75, concl. Rivet; TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, *S* 1933.3.97). Contrairement à une idée couramment répandue, l'arrêt du Tribunal des conflits, dit du Bac d'Éloka (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *TGD*), n'utilise pas le terme de service public et ne doit être cité que comme point de départ de la construction doctrinale de la catégorie.

La connaissance du caractère administratif ou industriel et commercial d'un service public est importante en pratique. Un service public à caractère administratif verra en effet ses rapports avec ses usagers, son personnel et la plupart des tiers, son régime financier, comptable et fiscal, et leur contentieux régis par le droit public (à l'exception des cas de gestion privée); alors que dans le cas d'un service public à caractère industriel et commercial, c'est le droit privé qui s'appliquera en principe à ces rapports et à leur contentieux (sauf en des points précis : organisation, statut du directeur, usage des prérogatives de puissance publique, liens de tutelle, certains cas de responsabilité -travaux publics-).

§ 1. -La qualification textuelle

L'analyse du droit positif permet d'affirmer qu'il n'existe pas aujourd'hui de service public qui soit administratif par nature ou industriel et commercial par nature. Une activité de service public peut être, selon les époques, selon ses modalités de gestion, soit administrative, soit industrielle et commerciale. Les assurances maritimes pendant la guerre de 1914-1918 excluaient le risque de guerre. Une loi était intervenue en 1915 pour organiser un service d'assurance ayant cette finalité. La juridiction administrative reconnut un service public dont le fonctionnement relevait du droit privé. Mais ce service ne récupérant que les plus mauvais risques, une nouvelle loi rendit en 1917 le service public obligatoire et l'organisa de manière dérogatoire au droit des assurances. Alors, la jurisprudence estima que le contentieux entre l'État et les assurés devenait administratif. Les mêmes fluctuations se reproduisirent fréquemment. Le service des télécommunications fut ainsi qualifié de service public à caractère administratif par le Tribunal des conflits alors que ce service public était, par rapports aux autres, le plus proche d'une activité privée. La loi du 2 juillet 1990 a finalement renversé le régime contentieux des relations de ce service avec les usagers et par là l'ensemble de son régime juridique.

La qualification textuelle comporte aussi des imperfections. Elle peut ne porter que sur une partie de l'activité d'une personne morale. Ces personnes sont « à double visage ». Elle peut aussi être contraire à la réalité de l'activité. Il existe ainsi des organismes qui sont qualifiés d'établissements publics à caractère industriel et commercial par leur texte institutif, mais qui gèrent en réalité un service public administratif. Ces établissements « s'avancent masqués ». Si le texte fondateur est un décret, la juridiction administrative peut requalifier l'établissement et le service. Si ce texte est une loi, le juge ne peut que constater la qualification et en tirer les conséquences.

§ 2. -La qualification jurisprudentielle

En l'absence de qualification textuelle expresse, le mode de distinction entre service public à caractère administratif et service public à caractère industriel et commercial est posé par la jurisprudence administrative, en conséquence d'un arrêt de 1956 (CE Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, TGD).

En principe, une activité assurée directement par une personne publique est présumée être un service public à caractère administratif. Cette présomption ne tombe que lorsque trois indices à la fois sont réunis. Ces trois indices ont pour but de certifier que l'activité de service public à qualifier ressemble vraiment à celle d'une entreprise privée. Dans ce cas, le service public est reconnu être à caractère industriel et commercial. Mais si un seul des indices manque, alors la présomption ne tombe pas. Les trois indices sont les suivants : l'objet du service, son mode de financement, ses modalités de fonctionnement.

A. Objet du service

La question est de savoir si le service effectue des opérations d'achat, de vente, de louage, c'est-à-dire une *production de biens et de services* qui s'apparente à celle des entreprises privées. Par exemple, l'objet du service est industriel et commercial en cas de gestion d'entrepôts, d'exploitation hôtelière, de services financiers non désintéressés.

La qualification n'est pas aisée dans certains cas. Les deux plus connus sont les suivants : pourquoi l'exploitation d'un théâtre par une municipalité présente-t-elle un caractère administratif et non industriel et commercial ? La finalité culturelle du théâtre est-elle un argument suffisant, relève-t-elle d'une politique de fidélisation des résidents, vise-t-elle à la conservation du patrimoine ? On ne le saura pas étant donné la solution implicite de l'arrêt. Pourquoi l'exploitation, par un département, d'un bac entre une

île et le continent est-elle dépourvue de caractère industriel et commercial ? Bien des dessertes de ce type sont assurées par des entreprises privées. Pourtant, le Conseil d'État retient le caractère administratif par une solution également implicite (CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, TGD). Pourquoi certaines activités financières furent-elles déclarées administratives ?

En cas de doute, les circonstances de travaux publics ou de police administrative sont attractives, et tendent à faire qualifier les activités de services publics à caractère administratif, quel que soit le mode d'exploitation et même si leur utilisation donne lieu à perception d'une redevance. C'est notamment le cas des tunnels, ponts et autoroutes (CE, 2 octobre 1985, *SEM du pont Saint-Nazaire/Saint-Brévin*, AJDA 1986.38, concl. Jeanneney).

B. Sources de financement

En pratique, l'origine des ressources est le point central du mode de financement qui permet de découvrir la nature administrative ou industrielle et commerciale du service. Si le service fonctionne grâce à des redevances perçues sur les usagers, analogues au prix des services marchands, l'origine des ressources est le chiffre d'affaires, ce qui tend à une qualification de service public à caractère industriel et commercial. À l'inverse, si le service fonctionne grâce à des subventions d'une personne publique, ou si la prestation fournie l'est à titre gratuit, le caractère administratif est patent, car un tel mode de financement est exclusif du caractère industriel et commercial, c'est-à-dire de toute ressemblance avec une entreprise privée.

Cependant, cet indice n'est pas toujours déterminant et son absence n'a pas toujours été un empêchement absolu à la qualification de service public à caractère industriel et commercial (service des Monnaies et médailles). Il faut à cette occasion remarquer que l'utilisation de la redevance comme mode de financement en matière d'assainissement ou d'enlèvement des ordures ménagères est un indice du caractère industriel et commercial du service, même s'il est assuré par la personne publique elle-même. Alors

que, de façon générale, le financement du service par une taxe ou par un droit d'entrée serait l'indice de son caractère administratif (CE avis, 10 avril 1992, *SARL Hofmiller*, RFD adm. 1994.160, concl. Arrighi de Casanova).

C. Modalités de fonctionnement

Le fait que le service à qualifier soit assuré directement par la personne publique est un indice tendant à faire présumer son caractère administratif. Cependant, la présomption tombe parfois, sans que le juge soit très précis dans ses motivations.

Le fait que le service soit assuré d'un monopole légal constitue une modalité de fonctionnement indiquant en principe le caractère administratif du service. Mais là encore, le principe connaît des exceptions, le monopole n'exclut pas totalement le caractère industriel et commercial du service.

De façon générale, cet indice ne se distingue pas complètement du précédent, tant il est vrai que le mode de fonctionnement d'un service est notablement conditionné par son financement. L'identification menée par le juge est en définitive guidée par la considération que ce genre de service public fonctionne dans les mêmes conditions que les entreprises industrielles et commerciales similaires (CE, 29 janvier 1932, *Kuhn*, S. 1932.3.97, note J. Delvolvé).

Section III :

Les « lois » du service public

Les activités qui sont qualifiées de services publics, qu'elles soient exercées par des personnes publiques ou par des personnes privées, quel que soit leur caractère, administratif ou industriel et commercial, sont soumises à un ensemble de règles de droit, à un régime juridique. En quelle manière peut-on alors parler d'un régime juridique de service public ? A l'évidence, il n'existe pas un régime juridique commun à tous les services publics. C'est de cette constatation que résulte d'ailleurs la preuve de l'échec de l'École de Bordeaux. Les services publics à gestion publique se distinguent fondamentalement à cet égard des services publics à gestion privée. Mais il est légitime de se demander s'il existe des points communs entre les différents services publics, des principes généraux qui s'appliqueraient sans distinction de leur mode d'exercice. L'observation fait en effet apparaître des principes fondamentaux qui correspondent à la nature essentielle du service public. Ils ont été formalisés par le Professeur Louis Rolland et sont présentés sous l'expression commode de « lois du service public » ou « lois de Rolland ». Les lois du service public sont avant tout une découverte jurisprudentielle, certaines sont assimilables en cela à des principes généraux du droit. Les trois lois du service public sont l'égalité, la continuité, la mutabilité. On notera de manière liminaire qu'il n'existe pas de principe de gratuité du service public. Il s'agit d'une évidence quant aux services à caractère industriel et commercial, dont le fonctionnement est par nature comparable aux activités privées. Pour ce qui est des services à caractère administratif, il faut distinguer entre les services obligatoires et les services facultatifs pour la personne publique responsable. Les services publics administratifs et facultatifs peuvent être facturés par des redevances aux utilisateurs sans condition de principe. Les services publics administratifs obligatoires ont vocation à être gratuits, à moins qu'ils ne profitent directement et personnellement à des particuliers.

SOUS-SECTION I :

L'égalité devant le service public

Le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics est une conséquence du principe d'égalité devant la loi, inscrit dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 (art. 1er « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »). Ce principe d'égalité est au minimum une garantie d'égalité juridique, c'est-à-dire une égalité de statut entre usagers, et éventuellement entre contractants. Le principe d'égalité devant le service public est en même temps un principe général du droit consacré par la jurisprudence administrative indépendamment de toute référence à un texte.

§ 1. -Affirmation solennelle mais application nuancée du principe

Le statut du service public est le même pour tous. L'origine de ce principe se trouve dans la jurisprudence du Conseil d'État. Déjà implicite dans l'arrêt *Chomel*, de 1911, il est expressément affirmé par des arrêts du début des années 1930. Les conséquences de ce principe sont nombreuses.

A. Les usagers des services publics

La frontière entre l'administré et l'utilisateur est longtemps restée floue. Même les textes les plus récents, comme le décret du 28 novembre 1983, relatif aux rapports entre l'administration et ses usagers, n'évitent pas une certaine confusion. Il existe pourtant, pour la théorie juridique, une distinction entre administré et usager. Pour être usager, le particulier doit d'une part bénéficier d'une prestation fournie par une autorité administrative ou une

personne privée chargée d'un service public. Il est d'autre part nécessaire que la prestation lui profite de façon individualisée. Le service dont il bénéficie n'est pas indistinctement assuré au profit à la collectivité, il lui est personnellement fourni. C'est ce qui différencie par exemple le service public fiscal ou celui de la police, qui n'ont pas à proprement parler d'usagers (CE ass., 30 octobre 1996, *Wajs et Monnier*, RFD adm. 1997.726, concl. Combrexelle), du service public des transports ou de la distribution d'eau, qui en ont.

L'utilisateur est donc le bénéficiaire à titre personnel d'un service que la collectivité accepte d'assurer à chacun pour la satisfaction de tous. Il n'en demeure pas moins, que, pour les services publics à caractère administratif, les deux qualités sont parfois confondues et difficiles à séparer. La notion d'utilisateur du service public a tendance, dans ce contexte, à s'étendre par imprécision de sa définition. Le juge administratif s'est, par ailleurs, appliqué à dessiner les contours de l'utilisateur du service public à caractère industriel et commercial. Il a ainsi conféré à cette notion d'utilisateur un sens plutôt extensif. L'utilisateur d'un service public à caractère industriel et commercial n'est pas obligatoirement lié au prestataire par un contrat. L'utilisateur irrégulier, frauduleux, d'un train est un usager du service public à part entière. Le candidat à l'usage du réseau d'eau est un usager du service public. L'utilisateur indirect, par contrat interposé, des services portuaires est un usager du service public.

1. Le principe d'égalité est directement applicable aux usagers des services publics.

Quant à l'accès aux services publics :

Le Conseil d'État annule les discriminations injustifiées entre usagers (CE Ass., 1er avril 1938, *L'Alcool dénaturé de Coubert*, Rec.337, RD publ. 1939.487, concl. Latournerie).

Quant à la situation de l'utilisateur :

L'utilisateur d'un service public à caractère administratif est une situation légale et ou réglementaire de droit public. De cette constatation, on tire que l'utilisateur peut se voir imposer unilatéralement des modifications de sa situation juridique mais

qu'en retour, il a le droit de demander l'annulation de décisions illégales qui lui feraient grief.

Contrairement au précédent, l'utilisateur des services publics à caractère industriel et commercial est dans une situation contractuelle de droit privé, même si dans certains cas les rapports contractuels sont accompagnés de clauses réglementaires. De là découle qu'en général l'utilisateur du service public à caractère industriel et commercial doit supporter les modifications unilatérales des conditions des prestations à venir. En revanche, lorsque la prestation est effectuée et que l'utilisateur est devenu débiteur de sa valeur, aucune modification ne peut plus lui être imposée (CE, 25 juin 1948, *Soc. du journal L'Aurore*, TGD).

Dans tous les cas, les utilisateurs qui remplissent les mêmes conditions ont droit aux mêmes prestations.

2. Cependant, ce principe connaît des tempéraments.

D'une part, l'égalité d'accès et de traitement est proportionnelle. C'est-à-dire que des règles graduelles peuvent être appliquées à des utilisateurs qui se trouvent dans des situations différentes. D'autre part, les exigences du principe d'égalité devant le service public cèdent quelquefois devant certaines considérations d'intérêt général (ces deux conditions figurent dans les conclusions du commissaire du gouvernement Braibant sur CE, 14 juin 1968, *Synd. nat. des médecins des hôpitaux privés*, Rec.362).

Quant à l'égalité de traitement dans des situations comparables :

Le problème se pose principalement pour les différenciations tarifaires. L'exemple le plus connu est celui du bac de l'île de Ré. Le Conseil d'État, appelé à se prononcer sur la légalité d'un tarif réduit au profit des habitants de l'île de Ré, en avait accepté le principe. En revanche, il estimait insuffisante la différence de situation entre les habitants de la partie continentale de la Charente-Maritime et le reste des français continentaux pour fonder un tarif intermédiaire (CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, TGD). La loi du 12 juillet 1979 déterminant le régime des bacs et des ponts à péage, au contraire, a prévu le cas de tarifs propres aux utilisateurs « ayant leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements

concernés ». Il se trouve que cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel, qui a jugé que le législateur n'avait pas usé de critères contraires au principe d'égalité.

De manière générale, une série d'éléments objectifs permettent de fonder aussi bien la différenciation tarifaire, que des niveaux différents de prestation : le lien avec la personne publique responsable du service (domicile, lieu de travail ou de résidence, qualité de contribuable), les revenus (avec ou sans quotient familial). La nature de la prestation de service public, culturel, commercial, de proximité ou de première nécessité n'est pas déterminante (CE sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers, Commune de Nanterre*, Rec.499).

Quant aux exigences de l'intérêt général :

Souvent invoquées à propos des tarifications différenciées, les «nécessités d'intérêt général» doivent être, selon la formule jurisprudentielle, «en rapport avec les conditions d'exploitation du service» ou avec «l'objet du service». La rupture d'égalité, justifiée au regard de ces critères peut également résulter d'une action positive, ou résulter d'une intervention graduée, l'application d'une taxe variant suivant la taille de l'entreprise.

B. Les personnels des services publics

La première conséquence du principe d'égalité dans le fonctionnement des services publics est l'égal accès aux emplois publics sans discrimination pour d'autres motifs que les compétences du candidat (CE Ass., 28 mai 1954, *Barel et autres, TGD*). Le juge est particulièrement rigoureux dans l'appréciation des conditions matérielles des épreuves du concours.

La deuxième conséquence est l'égalité de traitement entre les fonctionnaires assurant le service public.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs reconnu un lien direct entre l'égalité d'accès aux fonctions publiques et l'égalité des usagers devant le service public.

La troisième conséquence est que les personnels ont, dans l'exercice des activités de service public, une obligation de neutralité (CE avis, 3 mai 2000, *Mademoiselle Marteaux*, RFD adm. 2001.146, concl. Schwartz).

C. Les fournisseurs des services publics

Toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent se trouver régies par les mêmes règles, y compris les cocontractants actuels ou potentiels du service public. Pour la plupart des contrats administratifs, ces règles sont aujourd'hui formalisées, soit dans le Code des marchés publics (art. 1^{er}), soit dans la loi du 29 janvier 1993 modifiée en ce qui concerne les délégations de service public (art. L. 1411-1 CGCT et ord. 1^{er} décembre 1986 ; Cons. const., 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Loi sur la prévention de la corruption*, Rec.14). De surcroît, le droit et la jurisprudence communautaires assurent le respect du principe d'égalité d'accès à la commande publique.

§ 2. -Les corollaires du principe

A. La neutralité du service public

Le principe d'égalité devant le service public a un corollaire : la neutralité du service public. D'après le Conseil constitutionnel (CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec.141), ce principe interdit que le service public soit assuré de façon différenciée en fonction des convictions politiques ou religieuses du personnel ou des usagers du service public (application à la laïcité en milieu scolaire, CE Avis, 27 novembre 1989, *AJDA* 1990.39, note J.-P. C.; circulaire du 12 décembre 1989, JO du 15 décembre, p. 15577).

En conséquence, comme en contrepartie de la neutralité dont chacun bénéficie dans ses rapports avec le service public, il peut être imposé aux usagers de limiter les manifestations de leurs opinions dans les établissements accueillant des services publics. On en arrive à considérer que les locaux même du service public doivent être des espaces neutres. C'est en ce sens que doivent être interprétés l'avis, puis l'arrêt du Conseil d'Etat à propos de l'affaire dite du Foulard islamique. La laïcité est certes interprétée comme une acceptation des différences, mais elle implique que les manifestations d'appartenance religieuse ne soient pas excessives, c'est-à-dire qu'elles ne constituent pas un acte de prosélytisme (CE ass., 2 novembre 1992, Kherouaa et autres, *TGD*). Ces manifestations doivent être compatibles avec les nécessités du fonctionnement scolaire et ne pas créer de trouble à l'ordre public, ni d'atteinte à la sécurité des élèves.

B. L'égalité par le service public

Des nuances apportées précédemment au principe d'égalité dans le fonctionnement du service public, on peut inférer que la jurisprudence reconnaît comme parfaitement légale la réalisation d'une égalité par le service public, c'est-à-dire la recherche d'une égalité de fait au prix de restrictions à l'égalité de droit.

Ce mouvement est parfois qualifié comme un rétablissement de « l'égalité des chances », c'est-à-dire qu'il traduit dans le droit français ce que les états-unis ont aujourd'hui abandonné comme « discriminations positives » (*L'Egalité des chances. Analyses, évolutions, perspective*, G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), La Découverte, 2000).

La problématique en a été abondamment étudiée à propos de l'inscription de la parité dans la Constitution, et on devra s'y reporter pour étudier les fondements de ces questions, mais la parité ne concerne pas en tant que telle les services publics dans la mesure où il s'agit d'un objectif relevant du droit électoral et de la fonction des partis et non de la prestation de service public. De même, du côté non de la prestation, du personnel des services

publics, où une représentation minimale de l'un ou de l'autre sexe doit être assurée dans les jurys de concours ou dans les postes de direction, il ne s'agit pas de la traduction du principe de parité entendu par la Constitution pour la seule représentation politique. Certains services publics sont conçus comme fondamentalement inégalitaires parce qu'ils excluent des catégories d'usagers. L'aide sociale ne s'adresse ainsi qu'aux nécessiteux, les zones d'éducation prioritaire concentrent sur certains établissements des moyens qui pourraient être répartis sur tout le territoire. De telles interventions ne sont nullement contraires au droit puisqu'elles correspondent à une demande sociale et se réalisent par voie législative. Cependant, elles posent un problème d'application du droit et vont dans une certaine mesure contre l'unité du droit en général et certains principes juridiques en particulier. Il est donc nécessaire de les cerner très précisément et de ne pas les présenter comme constituant le régime juridique de principe de l'intervention. Dans la mesure où de tels choix relèvent d'une conciliation entre normes de portée générale et objectifs de valeur législative ou constitutionnelle, il est nécessaire qu'ils soient formalisés dans une loi.

SOUS-SECTION II :

La continuité du service public

Le principe de continuité était dans la théorie juridique du début du siècle d'une importance exceptionnelle. C'est d'ailleurs le seul que Rolland désigne expressément du terme de «loi». Aujourd'hui ce principe semble passer au second plan, probablement parce que cette continuité ne pose plus, dans les faits, en raison de l'extension de l'intervention publique, du niveau économique et de l'expérience de gestion, de véritable problème. Il ne faudrait pas cependant oublier sa nature profonde, ni l'utilisation que l'on en a relativement à d'autres principes du droit public.

§ 1. -La nature du principe

A. Sources du principe de continuité

Le principe de continuité des services publics est le versant administratif du principe de continuité de l'État. Pour la théorie du service public qui ne considérait l'État que comme un faisceau de services publics, la valeur de ce principe est fondamentale. Le commissaire du gouvernement Tardieu affirmait ainsi « la continuité est de l'essence du service public » (CE, 7 août 1909, *Winkell*, TGD).

Aujourd'hui, le principe de continuité des services publics est un principe à valeur constitutionnelle.

Le Conseil d'État a également souligné son importance en le qualifiant de « principe fondamental » ce qui signifie bien sûr qu'il s'agit d'un principe général du droit.

B. Contenu du principe de continuité

Une personne publique est tenue de faire fonctionner régulièrement les services publics dont elle a la charge sans autres interruptions que celles prévues par la législation en vigueur. Dans le cas où cette personne publique manquerait à son obligation, et en présence d'un préjudice, il pourrait y avoir lieu à engagement de la responsabilité de l'État. Ce principe est d'application générale dans la mesure où, en ce qu'il concerne les collectivités territoriales et les établissements publics, les autorités de tutelle sont tenues de les substituer, dans les conditions prévues par la loi, pour assurer la continuité des services publics.

Le principe de continuité peut être aussi apprécié en terme de consistance du service public à condition qu'un texte la définisse explicitement. Ainsi la continuité du service public de l'enseignement n'est pas assurée si les élèves ne bénéficient pas de la totalité des enseignements prévus dans le programme. Le

service public hospitalier ne serait pas continûment assuré en l'absence d'un de ses éléments constitutifs, sécurité physique des personnes, continuité des soins dispensés, et des services hôteliers fournis aux hospitalisés.

§ 2. -Les rapports avec d'autres principes de droit public

La continuité du service public justifie en général l'exercice d'un pouvoir réglementaire d'organisation du service public (*Cf. infra*) qui ne se distingue pas, dans son exercice, du pouvoir réglementaire de tout chef de service (CE, 7 février 1936, *Jamart, TGD*). Il sera traité à ce titre. Plus spécifiquement, la continuité peut rencontrer d'importants principes juridiques dans deux domaines : les contrats et l'exercice du droit de grève.

A. Principes régissant les contrats

Dans le domaine des contrats administratifs, par exemple, la continuité est garantie par trois éléments : la mutabilité des contrats permet à la personne publique de modifier unilatéralement les clauses du contrat pour les besoins du service; la théorie des sanctions reconnaît comme la faute la plus grave, l'interruption du service et autorise la personne publique responsable à y remédier par séquestre (concession ou affermage), ou par mise en régie ou marché de substitution (marchés publics); enfin, le principe de continuité du service public est le fondement principal de la théorie de l'imprévision qui prévoit que, si des événements imprévus bouleversent l'équilibre du contrat au point que le cocontractant ne puisse continuer à assurer le service sans ruine, la personne publique est tenue de lui allouer des fonds compensatoires (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, TGD*)..

B. Principes régissant la grève

Jusqu'à la seconde guerre mondiale, le principe de continuité des services publics constituait un empêchement juridique à l'exercice du droit de grève dans les services publics. L'acte de grève constituait pour les agents du service public une faute, comme d'ailleurs à l'époque pour les salariés titulaires d'un contrat de travail.

Depuis la Constitution de 1946, le droit de grève est reconnu aux agents des services publics. Cela pose immédiatement un problème de conciliation entre ce droit, constitutionnellement reconnu, et le principe de continuité des services publics. Le problème de fait n'a pas été vraiment résolu, le plus souvent la grève entraîne en effet l'interruption du service. Le problème de droit peut être ainsi exposé. Le Conseil constitutionnel a reconnu que le législateur peut limiter le droit de grève pour assurer la continuité des services publics (CC, 25 juillet 1979, *Continuité du service public de la radio-télévision*, Rec.33). Cependant, le législateur n'est pas à ce jour intervenu de manière générale dans ce domaine, et ses dispositions spéciales à certains agents publics restent rares. Le Conseil d'État a donc reconnu un principe général du droit autorisant le gouvernement, en l'absence de loi, à réglementer l'exercice du droit de grève afin d'assurer le «bon fonctionnement des services publics» (CE Ass., 7 juillet 1950, *Debaene*, TGD). Cette compétence est reconnue à tout chef de service pour les personnels qu'il dirige, aux maires pour le personnel communal et aux organes dirigeants des établissements publics. Cette compétence réglementaire peut, bien entendu, en vertu du pouvoir réglementaire du chef de service, résulter d'une de ses circulaires. Mais elle ne saurait cependant aller jusqu'à supprimer le droit de grève à certaines catégories d'agents. Le juge administratif vérifie que les dispositions statutaires applicables aux agents ne sont pas incompatibles avec les «nécessités du service public», alors que la Cour de cassation se borne à faire prévaloir le principe le plus favorable aux salariés.

SOUS-SECTION III :

L'adaptation du service public

Le principe d'adaptation (ou de mutabilité) signifie que le statut et le régime des services publics doivent pouvoir être adaptés, chaque fois que l'imposent l'évolution des besoins collectifs et les exigences de l'intérêt général. On peut songer à l'amélioration quantitative, qualitative des prestations, en fonction des améliorations de la technique, du progrès économique ou de l'aménagement de l'ordre juridique. L'exemple en fut donné, au tournant du siècle par le remplacement de l'éclairage au gaz des voies publiques, par l'éclairage électrique.

A la différence de la continuité qui est présentée comme une véritable «loi», et de l'égalité, qui dans son application aux services publics est un principe général du droit, l'adaptation n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance jurisprudentielle expresse. C'est un simple principe, non juridique, qui inspire les solutions de la jurisprudence, et certains régimes juridiques posés par le législateur. On peut presque considérer qu'il résulte de la nature fonctionnelle de la notion de service public : lorsque l'intérêt général, la finalité, change, le service public se modifie *ipso facto*; lorsque l'activité change, les principes généraux du droit administratif, à vocation instrumentale, favorisent la modification du service.

§ 1. -Conditions d'application

Le principe d'adaptation trouve à s'appliquer en cas de changement des circonstances de fait. La personne publique responsable du service public peut aménager le service en conséquence, et pour ce faire, modifier la réglementation ou les conditions d'exécution des contrats (CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen*, TGD).

Il s'applique également en cas de changement de l'état du droit. La personne publique responsable peut alors procéder de même, à

condition de supporter en matière contractuelle les conséquences de ces changements. C'est ainsi que peuvent être supprimés des services inutiles dont le fondement juridique aurait disparu (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, *RD publ.* 1933.117, concl. Josse, note Jèze).

§ 2. - Régime de l'adaptation

Les usagers du service n'ont pas de droit au maintien en vigueur du régime des services publics. Les usagers des services publics à caractère administratif ne peuvent donc s'opposer à la nécessaire adaptation. Il en est de même des usagers des services publics à caractère industriel et commercial. Les usagers n'ont, sauf exception législative de service public obligatoire, aucun droit au maintien de l'existence du service (CE Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, TGD).

En contrepartie, les usagers du service public ont droit au fonctionnement normal du service tant qu'il n'a pas été modifié. Les modifications ne sont pas rétroactives (CE, 25 juin 1948, *Soc. du journal L'Aurore*, TGD).

Les personnels du service public n'ont, pas plus que les usagers, la possibilité d'invoquer un droit acquis au maintien d'une situation ou d'un avantage, qu'il s'agisse de fonctionnaires ou d'agents contractuels, qu'il s'agisse d'un service public à caractère administratif ou d'un service public à caractère industriel et commercial.

Section IV :

La fondation et la suppression des services publics

Ces opérations peuvent être vues de deux manières différentes. Tout d'abord, quelles autorités peuvent fonder, et le cas échéant supprimer, les services publics ? C'est une question de compétence. Ensuite, existe-t-il un droit qu'auraient les citoyens à voir fonder et supprimer certains services publics ? C'est une question de fond. A ces questions s'ajoutent des limitations à l'intervention des personnes publiques par la fondation ou la suppression des services publics.

§ 1. -Les autorités compétentes

A. Compétence de principe des personnes publiques

La caractéristique de cette compétence est d'être générale. Seules des personnes publiques peuvent, en principe, fonder et supprimer des services publics.

Avant 1958, il était admis sans texte qu'un service public ne pouvait être fondé que par la loi, soit qu'elle en décide explicitement l'existence, soit qu'elle autorise une autorité administrative à procéder à une création.

Depuis la Constitution de 1958, et l'interprétation que le Conseil constitutionnel fait du bloc de constitutionnalité, cette compétence législative est apparemment fondée sur les dispositions plaçant les libertés sous la protection de la loi (Déclaration des droits de l'Homme, art. 4, et Constitution de 1958, art. 34), lorsque la création

du service public a pour effet de limiter certaines libertés. On peut concevoir en effet que, par nature, la fondation d'un service public à caractère administratif impose l'existence de certaines sujétions, et que celle d'un service public à caractère industriel et commercial porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. De plus, la forme de cette fondation en réserve souvent la décision institutive au législateur : c'est le cas lorsque le service public est assuré par un ou des établissements publics constituant une catégorie d'établissements publics ou par la nationalisation d'entreprises privées. De même, le domaine matériel d'intervention entraîne la compétence du législateur en application de l'article 34 de la Constitution : défense nationale, justice, enseignement, marché de l'emploi, sécurité sociale.

C'est pourquoi l'autorité réglementaire n'est compétente qu'en application de dispositions législatives, explicites ou générales. On pourrait soutenir l'hypothèse théorique de la compétence de principe du pouvoir réglementaire national, lorsque ni la nature du service public ni les modalités de sa fondation ne portent atteinte aux libertés et ne relèvent d'une obligation formelle de l'article 34 de la Constitution (art. 37 et loi du 17 août 1948 qui autorise la suppression de services publics nationaux par le gouvernement). Les situations pratiques répondant à ces critères semblent extrêmement rares et limitées à la mise en jeu du domaine public et au pouvoir de substitution d'action. En revanche, l'exercice du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales pour fonder des services publics, conséquence d'une compétence attribuée par la loi, pourrait donner un fondement plus général aux fondations de services publics locaux en application de la loi constitutionnelle votée par le Congrès (nouvel art. 72 de la Constitution). Enfin, comme en d'autres domaines, il est impossible qu'une autorité compétente pour fonder un service public renonce pour l'avenir à exercer sa compétence.

B. Exclusion du « service public virtuel »

Il est arrivé dans la jurisprudence administrative qu'une activité soit qualifiée, par le juge, de service public, sans qu'une personne publique n'ait explicitement entendu l'assurer en tant que tel. L'expression de service public virtuel fut alors utilisée dans le sens où certaines activités privées pourraient être considérées en elles-mêmes, en l'absence d'intervention d'une personne publique, comme des services publics potentiels en raison de leur caractère d'intérêt général. De la matière dans laquelle intervenait les arrêts, on a pu déduire durant un temps qu'une autorité réglementaire pouvait transformer en services publics des activités d'intérêt général exercées sur le domaine public, grâce à l'octroi d'une autorisation faisant état d'obligations de service public (CE Sect., 5 mai 1944, *Comp. maritime de l'Afrique orientale*, Rec.129, D 1944.164, concl. Chenot ; CE, 6 février 1948, *Soc. Radio-Atlantique*, Rec.65, *RD publ.* 1948.244, concl. Chenot, note Jèze).

Cette théorie du service public virtuel est pour l'instant abandonnée, ce qui tend à confirmer l'un ou l'autre de deux principes. Le premier est que la qualification de service public est inséparable de l'intervention fondatrice, et non reconnitive, d'une personne publique. Un service public ne saurait être découvert et assuré à l'initiative d'une personne privée. Le second est que la compétence des autorités réglementaires pour fonder un service public est étroitement limitée : par les principes législatifs s'il y a atteinte à une liberté ou application de l'art. 34, par le contrôle du Conseil d'État dans l'exercice de cette compétence.

C. Exception apparente des collaborateurs occasionnels et bénévoles

La jurisprudence administrative admet que, dans certains cas exceptionnels, des personnes privées puissent collaborer spontanément, de leur propre initiative à un service public, voire se substituer à lui en cas de défaillance du service. Cette exception,

destinée à résoudre surtout des problèmes de responsabilité, est très strictement encadrée.

Le principe en a été reconnu par un arrêt (CE Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, TGD) où les intéressés avaient accepté bénévolement à la demande du maire de tirer un feu d'artifice à l'occasion d'une fête locale. La reconnaissance de services publics assurés occasionnellement par des collaborateurs bénévoles est néanmoins limitée par la qualité des personnes privées concernées.

Il peut s'agir de fonctionnaires de fait, personnes qui ne sont pas investies de fonctions administratives, mais dont les actes sont assimilés à des décisions administratives. La continuité du service public doit être assurée même dans des circonstances exceptionnelles.

Il peut s'agir aussi de sauveteurs bénévoles qui, volant au secours d'une personne en danger, suppléent les services publics de sauvetage, généralement municipaux. Ces sauveteurs doivent agir de manière purement désintéressée, à titre exclusivement altruiste.

Dans les deux cas, le dénominateur commun qui permet de qualifier d'activité de service public des agissements de personnes privées hors de toute décision d'une autorité publique, c'est l'urgence. Si le service public normalement compétent s'abstient volontairement d'intervenir parce que la situation ne présente pas, selon lui, de caractère d'urgence, la jurisprudence ne reconnaîtra pas la qualité de collaborateur bénévole. Cette reconnaissance est soumise au contrôle du juge de cassation.

Mais il est bien clair, dans tous ces cas, que les collaborateurs ne fondent pas le service public. Ils ne font que combler la carence d'un service public déjà existant mais qui n'a pas fonctionné normalement. Le plus souvent, d'ailleurs, ils ne gèrent pas le service d'une façon cohérente et suivie, mais assurent en urgence l'exécution des tâches matérielles qui le composent.

§ 2. -Un droit au service public ?

L'existence de certains services publics est prévue et imposée par les normes constitutionnelles, par les conventions internationales ou par la loi. La Déclaration des droits de l'Homme prévoit en effet (art. 13) les dépenses d'entretien d'une force publique, donc le maintien de l'ordre et la défense extérieure, ainsi que d'une structure de gestion (administration). Le préambule de la Constitution de 1946 envisage la gestion publique des entreprises privées ayant le caractère de service public national, la fourniture par l'État de prestations en matière de santé, aide sociale, sécurité sociale, enseignement.

Pendant, même si le Conseil constitutionnel déclare depuis 1986 que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle » (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, Rec.61) ou que ces services publics seraient « exigés par la Constitution », il n'a jamais été amené à préciser de quels services publics il s'agit précisément (dans les décisions citées, aucune des entreprises à privatiser n'exerçait une activité de service public exigée par la Constitution, la télévision par voie hertzienne ne constituait pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle). En l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il faut donc considérer que des services publics constitutionnellement obligatoires tiennent leur existence implicite du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire éventuellement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. L'évolution jurisprudentielle est potentiellement porteuse de limitations considérables pour l'action du gouvernement comme du Parlement.

Certains services publics français sont un droit pour leurs usagers en raison de conventions internationales. Le service public de la navigation aérienne découle de la convention de Chicago de 1941. Il doit être assuré par chaque État signataire et le service public existe quelle que soit la forme de gestion des aéroports et aérodromes. Le service public de l'admission des demandeurs

d'asile politique résulte de la convention de Genève du 28 juillet 1951. Il est, en France, géré par l'OFPRA (Office français pour la protection des réfugiés et apatrides).

De même que les usagers ont le droit au fonctionnement normal d'un service public dans les conditions existantes, lorsque la fondation d'un service public a été décidée par le législateur ou l'autorité réglementaire compétente, la décision doit être suivie d'effet. Les usagers potentiels ont droit à l'édiction de mesures d'application permettant la mise en œuvre matérielle et effective du service.

Quant à la suppression, les usagers d'un service public n'ont aucun droit à son maintien. L'autorité compétente pour fonder un service public peut également le supprimer (CE Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, TGD). Cependant, l'exercice du pouvoir de l'autorité administrative est, en ce domaine, surveillé par le Conseil d'État qui lui applique un contrôle restreint, comprenant donc la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation.

§ 3. -Les limites de la fondation et de la suppression

A. Limites générales

Une fois rappelées les limites, actuelles ou potentielles, assignées aux compétences du gouvernement et du Parlement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il y a lieu d'examiner les limites résultant de la conciliation entre l'intervention juridique de ces pouvoirs publics et d'autres principes juridiques qui soutiennent le droit public.

Une limitation demeure toujours présente face à la fondation de services publics : le respect de la liberté d'entreprendre. Il s'impose à l'autorité réglementaire, tout comme au législateur qui ne sauraient ni l'un ni l'autre y apporter des restrictions « arbitraires

ou abusives », ou qui méconnaîtraient simplement les dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme (CC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec.18). Cependant, lorsque les activités de service public s'accomplissent sur le domaine public, l'autorité réglementaire reste fondée à refuser des autorisations nécessaires à l'occupation de ce domaine à toute entreprise privée concurrente, ce qui de fait, garantit un monopole et porte donc directement atteinte à la liberté d'entreprendre (CE, 29 janvier 1932, *Soc. des autobus antibois*, Rec.117, D 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blaevoet).

D'autres limitations pourraient résulter de grands principes constitutionnels. Par exemple, l'article 1^{er} de la Constitution proclamant que la France est une république laïque s'oppose au rétablissement d'un service public cultuel. Il interdit aussi toute distinction d'origine, de race ou de religion, ce qui rend impossible la création de multiples services publics réservés chacun à une religion.

Une limitation résulte de la jurisprudence administrative. Il s'agit de l'interdiction de fonder des services publics dans un intérêt exclusivement financier. Le Conseil d'État a toujours été prompt à faire jouer l'incompatibilité entre besoin collectif et usage public d'une part, et besoin financier de la personne publique d'autre part. Cependant, certains services publics peuvent avoir pour but sinon de rapporter de l'argent du moins d'en économiser. La réalisation de bénéfices n'est pas interdite, c'est le mobile financier, but exclusivement lucratif qui l'est. De même, le mobile financier s'il ne justifie pas la fondation de services publics, est admis pour leur extension et pour leur suppression (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, *RD publ.* 1933.117, concl. Josse, note Jèze), sauf si le service public concerné est obligatoire.

B. Limites propres aux services publics locaux

Il faut rappeler que depuis la mise en œuvre de la décentralisation « les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence » (loi du 7 janvier 1983, art. 1er). Il s'agit là d'une clause générale de compétence, mais elle est délicate à mettre en œuvre, en raison de la méfiance traditionnelle du législateur qui reste toujours libre de préciser ou de transférer ces compétences (art. 34 et 72 de la Constitution), sous réserve du contrôle que le Conseil constitutionnel exerce sur la notion de libre administration des collectivités locales. Il faut y ajouter la circonspection non moins traditionnelle du juge administratif.

- Il existe au plan local, bien plus clairement qu'au plan national, des **services publics obligatoires**, ce qui limite d'autant les possibilités de suppression par les collectivités territoriales. Cette obligation ne peut provenir que de la loi, et des règlements pris pour son application. Par exemple, pour les communes, le service public des pompes funèbres, celui de l'entretien des voies publiques, de l'enlèvement des ordures ménagères, des archives communales, de police municipale. Par exemple, pour les départements, l'aide médicale et sociale constitue un service public obligatoire, ainsi que celui de la voirie, de lutte contre l'incendie, du transport scolaire. En revanche, il ne semble pas exister de service public obligatoire pour les régions, si ce n'est de participer à la planification par le plan régional. Cela se traduit notamment par le fait que les dépenses obligatoires des régions ne concernent pas des interventions directes, contrairement à celles des départements, mais des financements propres à l'institution.

- En dehors de ces cas, les collectivités territoriales peuvent intervenir, **facultativement**, en application de la notion d'affaires locales. Par exemple, pour les communes, la distribution de gaz, le chauffage urbain, les transports publics urbains, les abattoirs, bien que fréquents, sont facultatifs. Pour les départements, ces services publics optionnels sont plus rares : musées, transports publics interurbains, ports fluviaux et voies d'eau. Pour la

région, ils sont essentiellement économiques : formation professionnelle, aménagement du territoire. La loi du 6 février 1992, sur l'administration territoriale de la République, contient d'importantes potentialités de création et de d'organisation de services publics, en raison des formes de coopération intercollectivités qu'elle institue. De plus, l'article 92 de cette loi dispose que «les communes, départements et régions financent par priorité les projets relevant des domaines de compétence qui leur ont été dévolus par la loi». Mis en relation avec la coopération locale, cela permet à une collectivité territoriale de participer au financement de services publics relevant d'autres collectivités.

Le problème essentiel se pose lorsqu'une collectivité territoriale souhaite fonder un service public à caractère industriel et commercial. Tout comme l'intervention de l'État, celle des collectivités infra-étatiques se heurte au principe de la liberté d'entreprendre et à son corollaire spécialisé, la liberté du commerce et de l'industrie. La jurisprudence avait au tournant du XXème siècle adopté une attitude restrictive face au «socialisme municipal», c'est-à-dire à la tendance des communes à fonder des services publics en matière industrielle et commerciale. L'arrêt CE, 29 mars 1901, *Casanova, TGD*). Puis, sous l'influence de l'évolution sociale et des décrets-lois de 1926, le Conseil d'État accepta que les communes puissent fonder des services publics lorsqu'en raison de circonstances particulières de temps et de lieu un intérêt public justifie cette intervention (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, TGD*).

Quelles sont alors les conditions de la légalité de telles interventions ?

Les services publics locaux sont considérés comme légaux lorsqu'ils pallient l'insuffisance quantitative ou qualitative que l'initiative privée apporte à satisfaire les besoins d'intérêt général. Ainsi, peuvent être fondés par les collectivités territoriales, une boucherie municipale, un cabinet dentaire municipal, un café-hôtel-restaurant municipal. Cependant, le Conseil d'État tient à rappeler d'une part que les entreprises ayant un caractère commercial restent en principe réservées à l'initiative privée ; d'autre part,

que les personnes publiques ont en principe la possibilité de produire elles-mêmes les biens et prestations « nécessaires au fonctionnement des services » sans recours au marché, sans que le respect de la liberté du commerce et de l'industrie soit ipso facto ignoré. Les collectivités territoriales disposent d'une certaine marge de manœuvre. L'intérêt général est apprécié largement : il ne se confine pas dans la commune et peut être celui des touristes ou vacanciers. Un service public peut être fondé s'il constitue le complément naturel d'un service public existant (CE Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme*, *AJDA* 1960.3.213, concl. Mayras).

Quand à la suppression de services publics, qui doit être réalisée lorsque l'initiative privée s'est développée de manière suffisante, elle peut être différée pour permettre l'amortissement des investissements opérés lors de la création.

À titre exceptionnel, la prise en considération de l'initiative privée n'est pas nécessaire, l'intérêt public seul justifiant la prise en charge des besoins collectifs à satisfaire. Le premier type d'exception est celui où le service public est assuré avec usage du domaine public. Le second type est celui où une personne publique satisfait par ses propres moyens les besoins de ses services ou ceux d'une autre personne publique, ce qui n'exclut pas le recours au droit privé même au sein d'une personne publique. Enfin, le troisième type d'exception résulte d'une tendance jurisprudentielle des années 1970, dont l'interprétation en l'absence de postérité est délicate aujourd'hui (CE Sect., 23 décembre 1970, *Commune de Montmagny*, Rec.788; CE Sect., 23 juin 1972, *Soc. la plage de la forêt*, Rec.477; s'agit-il de domaines d'intervention qui appartiendraient « par nature » aux collectivités territoriales ? Entrent-ils dans la vocation naturelle d'une collectivité locale soucieuse de l'intérêt général (défense de l'ordre public, hygiène, parcs de stationnement, logements sociaux, restaurants économiques pour les plus défavorisés, etc.) ? Cette jurisprudence survit-elle aux renouvellements apportés par la décentralisation ? à la distinction entre service public facultatif et obligatoire ?)

Bien des doutes subsistent ainsi quant à la compétence des collectivités territoriales pour créer certains services publics. La

jurisprudence administrative avait rappelé par exemple que les régies municipales de gaz antérieures à la nationalisation de 1946 étaient licites, mais qu'une création postérieure était illégale (CE, 28 mars 1990, *Commune de la Réole*, CJEG 1990.261, concl. Toutée). Ces doutes pourraient être moins souvent soulevés si la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République votée par le Congrès en 2003 devait recevoir une interprétation extensive des juridictions chargées de la faire respecter.

Chapitre 2 :

Les actes administratifs

Sont regroupés par cette locution les actes juridiques pris dans l'exercice d'une fonction administrative et dont le régime est de droit public.

On doit tout d'abord préciser qu'un acte émanant d'une personne publique ou privée spécialement habilitée peut être, ou non, un acte administratif. C'est la question des critères de la nature administrative de l'acte (section II).

Mais pour reconnaître le caractère administratif d'un acte, il faut distinguer des catégories d'actes qui obéissent pour cette reconnaissance à des critères différents (section I).

Section I :

Les différentes catégories d'actes administratifs

Il apparaît en effet que les actes administratifs se différencient à plusieurs points de vue qui constituent autant de sous-catégories (poupées russes).

Selon qu'ils ont ou non un caractère unilatéral (§ 1); selon qu'ils ont ou non un caractère décisoire (pour les actes unilatéraux) (§ 2); selon qu'ils ont ou non un caractère réglementaire (pour les décisions) (§ 3).

§ 1. -Actes unilatéraux et contrats

Cette distinction réalise une partition des actes administratifs, dans le sens où, si un acte administratif n'est pas un contrat, il est forcément un acte unilatéral. Une nuance doit cependant être citée : il est possible de trouver à l'intérieur d'un contrat certaines dispositions non contractuelles, donc unilatérales.

A. Principe de distinction

Avertissement : ce principe ne repose pas sur le nombre de parties à l'acte. Il est faux de départir l'acte unilatéral en considération du fait qu'il n'est pris par une seule personne alors qu'un contrat en suppose plusieurs. Le plus fréquemment, en effet, l'acte unilatéral est le fait d'une personne (arrêté municipal, décision d'un chef de service). Mais ce n'est pas là un critère. Ainsi un arrêté interministériel, pris et signé par plusieurs ministres, est également un acte administratif unilatéral.

Le principe de distinction repose sur l'objet de l'acte. L'acte unilatéral régit le comportement de personnes qui ne sont pas auteurs de l'acte, même si elles ont pris part de manière non décisionnelle à son élaboration. Le contrat, au contraire, régit les relations réciproques de leurs seuls auteurs. Autrement dit, dans un acte unilatéral les auteurs sont du même côté de l'acte, dans un contrat les auteurs sont de chaque côté de l'acte, ils se font face.

B. Atténuations de la distinction

Tout d'abord, comme en bien d'autres circonstances, le droit administratif n'est pas formaliste. Il n'est pas déterminant qu'un acte soit appelé contrat pour qu'il en soit un. Ainsi en est-il des «contrats types» lorsque toutes leurs clauses s'imposent aux signataires des contrats de la même espèce : ils ne sont évidemment pas des contrats, mais des actes unilatéraux.

Ensuite, certains contrats ont un contenu entièrement déterminé par l'une des parties. La seule manifestation de volonté de l'autre partie consiste à accepter de conclure le contrat. Cette dernière ne peut ni en modifier les clauses ni *a fortiori* participer à son élaboration. C'est le cas des marchés de fournitures, de services ou de travaux publics dont l'essentiel figure dans les cahiers des charges établis par la personne publique contractante; mais aussi de contrats plus fréquents comme le contrat de transport d'un client de la RATP. On appelle ces actes, en droit public comme en droit privé, «contrats d'adhésion». Ils sont bien des contrats, mais leurs caractéristiques atténuent l'intérêt de la qualification.

Et puis, il arrive couramment que le contenu d'un acte unilatéral soit l'objet d'une négociation, ou d'une concertation avec des représentants non politiques des citoyens qui seront concernés par son application. L'usage en est fréquent dans le secteur économique et professionnel. On qualifie ce procédé d'administration concertée, consultative, négociée, de politique contractuelle, de contractualisation. Il n'empêche que les particuliers ou leurs représentants ne participent qu'à l'élaboration intellectuelle de l'acte. Mais l'acte, une fois publié, sera un acte purement unilatéral

(R. Romi, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux », *AJDA* 1989.9). La justification de cette assimilation d'actes négociés à des actes unilatéraux est principalement d'en assurer l'opposabilité aux tiers.

Enfin, il est possible qu'un acte soit qualifié de mixte. Mais cette expression ne saurait signifier que l'acte est d'une double nature, ni qu'il soit d'une nature intermédiaire. Il s'agit seulement de désigner les cas où un acte globalement contractuel contient des dispositions unilatérales. L'exemple le plus classique en est la concession de services publics ou de travaux publics par laquelle une personne publique (autorité délégante) confie à son cocontractant (délégataire) la responsabilité d'assurer la gestion d'un service public ou celle d'un ouvrage public. Le concessionnaire assure la gestion à ses frais et conformément à un cahier des charges, mais il se rémunère en percevant directement des redevances sur les usagers (par exemple, concession d'autoroutes : péages). A l'intérieur de ce contrat de concession, réellement négocié sur l'essentiel (durée, rémunération, exclusivité, protection, rémunération) existent des clauses réglementaires : en résumé celles qui concernent les conditions de gestion du service public et les rapports avec les usagers. L'intérêt est d'une part que les tiers ou les usagers peuvent invoquer les clauses réglementaires pour demander dans un recours pour excès de pouvoir l'annulation des décisions du concessionnaire qui méconnaîtraient ces clauses (CE, 21 décembre 1906, *Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Segney-Tivoli*, TGD). Depuis peu, les tiers ou les usagers peuvent également demander au juge l'annulation des clauses elles-mêmes (CE ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, TGD). L'intérêt est d'autre part que ces clauses peuvent être modifiées unilatéralement par l'autorité délégante, sous réserve de respecter l'équilibre financier du contrat, c'est-à-dire de verser une compensation pécuniaire.

C. Modalités de la distinction

Les personnes publiques n'ont pas toujours le choix entre acte unilatéral et contrat. Dans deux cas, elles doivent utiliser la voie de l'acte administratif unilatéral. Le premier cas est celui où les personnes publiques disposent du pouvoir réglementaire sur l'objet à gérer. Le second est celui des mesures de police administrative. Ces contraintes étant peu nombreuses, les actes administratifs contractuels sont plus fréquents qu'on ne le croit. On citera les trois types principaux.

Tout d'abord, existent des contrats par lesquels une personne publique charge son cocontractant de la gestion d'un service public (*Cf. supra*) : concession, affermage, régie intéressée. Ces contrats, appelés « conventions de délégation de service public » sont soumis au régime global de la loi du 29 janvier 1993.

Ensuite viennent les contrats portant sur l'exécution d'éléments du service public ou conclus à l'occasion du service public. Par exemple les marchés de fourniture (achat du véhicule du ministre), les marchés de services (nettoyage du bureau du ministre), les marchés de prestations intellectuelles (conseil en communication du ministre), les marchés de travaux publics (construction de Bercy). Ces contrats sont soumis soit au Code des marchés publics, soit au droit communautaire, soit aux deux.

Enfin, les plus importants, parce qu'ils traduisent la finalité de l'activité administrative de prestations, sont les contrats conclus par une personne publique ou une personne privée chargée d'un service public pour fournir des services aux usagers (téléphone, eau, électricité, gaz), ainsi que ceux conclus dans le cadre d'un service public administratif et qui contiennent une autorisation (concession de cimetières, de places dans les marchés ou de voirie).

§ 2. -Décisions et actes unilatéraux non décisionnaires

A. Position du problème

1. Critère de la décision

La décision est, dans l'esprit des juristes spécialisés en droit public, le type même de l'acte unilatéral. Pourtant une confusion doit être d'ores et déjà écartée : tous les actes unilatéraux ne sont pas des décisions.

La décision est un acte juridique qui modifie l'ordonnement juridique et qui s'impose (s'intègre dans cet ordonnement) par la seule volonté de son auteur, indépendamment de l'acquiescement de son, ou de ses destinataires.

Le pouvoir pour les personnes publiques d'édicter ces mesures est la plus importante de toutes les prérogatives de puissance publique. Les personnes publiques sont tenues d'exercer leur pouvoir de décision et ne sauraient faire valider préalablement par un juge leur droit à agir (CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, TGD). Ce «privilège du préalable», selon l'expression de Hauriou, a été reconnue par le Conseil d'État comme « la règle fondamentale du droit public » (CE Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, TGD).

Les actes à caractère décisionnaire ont pour trait principal d'entraîner un changement dans l'ordonnement juridique. Ce changement peut être positif : il peut s'agir de l'édiction, de la modification d'une norme, ou de sa suppression. Mais certains actes peuvent aussi bien être négatifs c'est-à-dire consister en un refus de produire une décision. Or, le refus de produire une décision positive est une décision, car il traduit une manifestation de volonté de ne pas changer l'état du droit.

2. Caractère exécutoire

L'adjectif exécutoire désigne une propriété particulière que les décisions peuvent présenter ou ne pas présenter. Une décision peut exister sans être pour autant exécutoire.

La doctrine la plus classique entend par décision exécutoire une décision qui, d'une part est entrée en vigueur, d'autre part est susceptible d'exécution forcée par une personne publique. Ces propriétés peuvent faire l'objet d'une étude précise, mais elle n'est pas essentielle à la compréhension de la nature de décision. Ainsi, une décision administrative de refus n'est pas exécutoire, mais elle est tout de même une décision, qui plus est susceptible de recours contentieux. Il en est de même des décisions non encore entrées en vigueur, par défaut de publicité, qui peuvent être annulées par le juge administratif à la date de leur édicition (CE Sect., 26 juin 1959, *Synd. gén. des ingénieurs-conseils*, TGD).

B. Les différents types de décisions

Les actes décisaires peuvent intervenir de manière très variée, ainsi qu'en témoigne la diversité de leurs formes.

1. Décisions explicites écrites ou orales

La plupart des décisions administratives sont écrites. Cependant, nombreux sont les cas de la vie quotidienne où une autorité administrative prend des décisions orales, voire muettes parce qu'elles sont simplement gestuelles ou sémaphoriques. Il en va ainsi des décisions de régulation de la circulation routière (feux ou agents), d'attribution de places sur les halles et marchés, de certaines interdictions motivées par l'urgence, et même de certains contrats (V. la jurisprudence *Époux Bertin*).

Si, majoritairement, les décisions sont écrites, le juge n'impose pas en principe à leurs auteurs une forme quelconque.

Il faut ici spécialement étudier ces décisions explicites écrites qui ont la forme et la dénomination de décret. Les décrets sont la forme la plus élevée de décisions administratives. Les décisions que

prennent le Président de la République et le Premier ministre en application des pouvoirs que leur confère la Constitution doivent avoir la forme de décrets. Cette forme spéciale comporte des visas, des articles, la signature de l'auteur et certains contreseings.

En vertu de l'article 19 de la Constitution, les actes du Président de la République accomplis dans l'exercice de sa fonction politique sont exclus du contreseing (nomination du Premier ministre, soumission de projets de loi au référendum, dissolution de l'Assemblée nationale, messages au Parlement, nomination des membres du Conseil constitutionnel, saisine de ce Conseil, mise en œuvre de l'article 16). Tous les autres actes du Président de la République doivent être contresignés par le Premier ministre, et le cas échéant, par les ministres responsables. Le Conseil d'État considère que ces ministres sont « ceux auxquels incombent à titre principal la préparation et l'application des actes en cause ».

En vertu de l'article 22 de la Constitution, les actes du Premier ministre doivent, le cas échéant, être contresignés par les ministres chargés de leur exécution. Le Conseil d'État interprète cette disposition comme suit : les ministres chargés de l'exécution sont ceux compétents « pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution » des actes en cause.

Les problèmes concernant la forme particulière des décrets délibérés en Conseil des ministres seront traités comme éléments de la répartition du pouvoir réglementaire entre le Président de la République et le Premier ministre. L'interprétation jurisprudentielle, dans tous les cas, est délicate, et le Secrétariat général du gouvernement préfère apposer des contreseings surabondants.

2. Décisions explicites ou implicites

Contrairement aux décisions précédemment citées (qu'elles soient écrites, gestuelles ou orales) qui sont explicites, certaines décisions administratives peuvent résulter implicitement soit d'autres actes juridiques –la signature d'un contrat présuppose la décision de le signer–, soit de comportements convergents –l'exécution de

travaux présuppose de la décision d'y procéder, la mise en œuvre en pratique d'une délocalisation suppose la décision de délocaliser-. Le point le plus remarquable de cette théorie de la décision implicite est certainement qu'une décision administrative puisse valablement résulter du silence gardé par une personne publique pendant un certain temps. La règle en la matière est que ce silence est un rejet de la demande (personne publique qui ne dit mot refuse). Cependant, à titre exceptionnel, ce silence peut quelquefois signifier une acceptation.

a. Le principe : les décisions implicites de rejet

Le fondement de cette règle se trouve dans une loi du 17 juillet 1900, reprise dans le décret n° 65-29 du 11 janvier 1965. Bien qu'il en ait eu l'occasion, le Conseil d'État ne l'a pas reconnue comme un principe général du droit, alors que le Conseil constitutionnel le reconnaît comme tel (CC, 26 juin 1969, et 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation relative à la sécurité*, Rec.170, *Rev. fr. dr. constit.* 1995.371, note Favoreu). La règle s'énonce ainsi : au terme d'un délai de deux mois (loi du 12 avril 2000), le silence de la personne publique sur une demande de décision est constitutif d'une décision de refus.

Le régime d'application de la règle est complexe. Tout d'abord, le délai qui court à réception de la demande n'est pas un délai franc : une demande arrivée le 15 mars entraîne la computation du délai à partir du 16 mars à 0 h. Le délai prend fin le 15 mai à 24 h, date à laquelle la décision implicite de rejet est réputée intervenue. Le délai n'est susceptible d'aucune interruption, ni suspension.

Ensuite, le délai de deux mois peut être remplacé par un délai différent. Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une demande de communication de documents administratifs, le silence gardé par l'autorité administrative pendant un seul mois suffit à matérialiser une décision de refus.

Enfin, la demande, si elle est adressée à une autorité administrative incompétente, doit être transmise par celle-ci à l'autorité administrative compétente. Cette obligation, jurisprudentielle

pour les collectivités territoriales, puis généralisée par le décret du 28 novembre 1983 à l'État et aux établissements publics, est aujourd'hui de valeur législative (loi du 12 avril 2000, art. 20). Cependant, par exception, elle ne s'applique ni au ministère de la Justice, ni aux rapports entre les personnes publiques et leurs agents. Elle s'applique en revanche aux juridictions dans leurs attributions administratives.

b. L'exception : les décisions implicites d'acceptation

A titre dérogatoire, le silence gardé pendant deux mois (sauf régimes législatifs spéciaux) par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation dans les cas prévus par décrets en Conseil d'État (un tel régime ne peut toutefois pas être institué pour les demandes à caractère financier). Le silence gardé par une autorité administrative sur une demande de décision vaut donc acceptation de la demande, c'est-à-dire production implicite de la décision demandée. Ces régimes ont pour effet d'obliger les personnes publiques à s'opposer à une modification de l'ordonnancement juridique, alors qu'elles détiennent normalement l'initiative de ces modifications. Il faut souligner que le silence est ici créateur de droits et de situations juridiques au profit des particuliers.

Le régime de ces décisions implicites d'acceptation se différencie par certains points du régime des décisions implicites de rejet. D'une part, la demande, si elle a été adressée à une autorité incompétente, doit être transmise à celle qui est compétente, en vertu du même principe que pour les décisions implicites de rejet, mais le délai au terme duquel est susceptible d'intervenir une décision implicite d'acceptation ne commence à courir qu'à la date où l'autorité compétente a été effectivement saisie (loi du 12 avril 2000, art. 20 et CE, 20 février 1985, *Pieragnolo*, D 1985.342, note Pambou-Tchivounda). D'autre part, la demande de décision doit être complète, c'est-à-dire comporter les documents exigés par les

textes en vigueur. A défaut, le délai ne court pas (CE Sect., 4 juin 1982, *Hense*, Rec.213, D 1983.260, note Moderne, *Dr. soc.* 1982.641, concl. Stirn).

c. Décisions insusceptibles de recours

Un tel intitulé peut surprendre. L'intérêt principal de la qualification de décision est précisément que les décisions sont par principe susceptibles de recours. Pourtant certains actes administratifs unilatéraux qui constituent à n'en point douter des décisions ne peuvent pas faire l'objet de recours pour excès de pouvoir.

Il en est ainsi des décisions de faible importance, en application de l'adage *De minimis non curat prætor*: on les appelle mesures d'ordre intérieur. Il peut s'agir des mesures purement gracieuses (à ne pas confondre avec les recours administratifs gracieux), telles la distribution de cadeaux aux enfants des agents publics, lors des «arbres de Noël». Il arrive aussi que ces mesures soient réglementaires, telles des interdictions nécessaires à assurer le fonctionnement interne d'une organisation, lorsqu'elles ne portent pas non plus atteinte aux droits des usagers. Il s'agit le plus souvent de punitions, sanctions, internes à certaines organisations : caserne, prison, lycée, qui n'ont pas de conséquence sur la situation juridique des intéressés.

Cependant, dès lors que les mesures d'ordre intérieur, eu égard à la nature et à la gravité de la décision, ont un effet sur la situation juridique d'un individu, elles sont bien sûr, susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Peu importe l'institution au nom de laquelle la mesure d'ordre intérieur a été prise : n'y échappent ni l'école (CE ass., 2 nov. 1992, *Kherouaa et autres*, TGD), ni l'armée (CE ass., 17 février 1995, *Hardouin*, Rec.82), ni la prison (CE ass., 17 février 1995, *Marie*, Rec.83), ni les assemblées délibérantes des collectivités locales (CE sect., 10 février 1995, *Riehl*, AJDA 1995.370).

C. Les actes unilatéraux non décisives

Une grande quantité d'actes unilatéraux ont pour but de préparer l'édition de décisions soit en tant qu'éléments de la procédure, soit en fixant des règles de procédure, soit enfin en influençant leur contenu. Ces actes, parce qu'ils ne sont pas des décisions, sont insusceptibles de recours.

La distinction est parfois malaisée entre décisions et actes unilatéraux non décisives. En aucun cas, il ne faudra être arrêté par la dénomination officielle de l'acte à qualifier.

1. Mesures diverses dépourvues de caractère décisive

Les vœux, les avis, les propositions, actes types, les mises en demeure, ne sont pas des décisions. Cependant, pour se déterminer, le juge administratif examinera toujours le contenu de l'acte.

Ainsi, à titre d'exemple, les avis aux exportateurs et importateurs, publiés au Journal Officiel à l'initiative du ministre chargé de l'Economie et du commerce extérieur, sont en réalité des décisions. Certaines recommandations d'autorités administratives indépendantes sont aussi des décisions.

De même, certains actes-types seulement proposés aux personnes publiques et ne constituent que des modèles, ne sont pas des décisions et comme tels les recours ne sont pas recevables contre eux. Mais d'autres, imposés en réalité à leurs destinataires, sont considérés comme des décisions, réglementaires qui plus est.

2. Les circulaires

Essentiellement ministérielles, les circulaires sont des actes dans lesquels un chef de service fait savoir aux agents de ses services la façon qu'il juge la plus opportune pour procéder à l'application d'une législation, d'une réglementation et à l'instruction des dossiers. Elles prennent souvent la dénomination d'instruction ou de note de service.

Normalement, les circulaires sont interprétatives. Elles commentent les dispositions à appliquer, elles déterminent une procédure interne, des contrôles, des délais de transmission entre services.

Ainsi, les circulaires ne s'adressent qu'aux agents des services, elles sont inopposables aux particuliers (même si elles sont publiées en application d'une loi du 17 juillet 1978, obligation rarement respectée). Etant une mesure interne, la circulaire ne peut donc pas être invoquée par un particulier pour en exiger l'application, ni *a fortiori* pour contester la légalité d'une décision. Elle ne peut évidemment pas directement faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il arrive pourtant qu'une circulaire interprétative soit incidemment jugée illégale. La jurisprudence judiciaire considère par principe toutes les circulaires comme interprétatives.

Néanmoins, la pratique administrative et contentieuse fait apparaître que, sous couvert d'une circulaire, sont fréquemment édictées des dispositions qui sont en réalité des décisions à caractère réglementaire. La circulaire ne se borne pas à commenter, elle contient des normes modifiant l'ordonnancement juridique. La jurisprudence fixe les conditions de validité de ces circulaires que l'on a parfois qualifié de circulaires réglementaires (CE Ass., 29 janvier 1954, *Instit. Notre-Dame du Kreisker*, TGD). Est réglementaire toute circulaire qui ajoute à l'état du droit soit en conférant des droits, soit en imposant des sujétions aux particuliers, au-delà de ce qui est prévu par la réglementation en vigueur. Dans le cas où ce caractère est reconnu par le juge administratif, une alternative se présente. Soit, en vertu d'un texte spécial, le ministre détient le pouvoir réglementaire qui fonde son intervention normative dans le domaine considéré, et dans cette hypothèse, la circulaire est régulièrement prise. Soit le ministre ne détient pas ce pouvoir, et la circulaire est illégale parce qu'elle émane d'une autorité incompétente : elle sera annulée par le juge administratif en totalité ou en partie (CE Ass., 29 janvier 1954, *Instit. Notre-Dame du Kreisker*, préc.).

Il ne semble pas qu'en l'état actuel de la jurisprudence, le décret du 28 novembre 1983 ait modifié ces solutions. En prévoyant que tout intéressé est fondé à se prévaloir, à l'encontre des autorités administratives, des circulaires publiées lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements, ce décret ne permet d'invoquer que les circulaires légales, ce qui paraît juridiquement sain. Soit

elles sont réglementaires, et l'intéressé ne fait que demander l'application de la réglementation en vigueur; soit elles sont interprétatives, n'ajoutant rien à l'état du droit, et l'intéressé doit alors se référer aux sources juridiques, seules décisions valables. Cet article peut plutôt être interprété comme dispensant le particulier de donner expressément les références normatives du fondement juridique qu'il invoque, la simple référence à la circulaire suffit.

3. Les directives

Essentiellement ministérielles, les directives sont des actes adressés par un chef de service aux agents de ses services pour définir le contenu des décisions que ces derniers peuvent être amenés à prendre dans des circonstances précises de fait et de droit. Les directives ne concernent pas la procédure de décision, mais les éléments devant déterminer la prise de décision. C'est une manière pour un ministre d'assurer une certaine cohérence des décisions de ses services notamment lorsqu'ils sont déconcentrés.

L'existence et la qualification des directives ont été fixées dans l'arrêt CE Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de Fr.*, TGD)

L'originalité de la directive est d'être un type d'actes intermédiaire entre règlements et circulaires. A la différence des règlements, les directives contiennent des normes d'orientation, qui ont un caractère indicatif et non impératif. L'autorité administrative subordonnée, chargée de l'application, aura toujours la faculté de s'écarter de la ligne fixée par la directive, après avoir examiné chaque affaire, en raison des particularités de celles-ci ou de nécessités d'intérêt général. A la différence des règlements encore, les directives ne modifient pas la situation juridique des particuliers (CE Sect., 29 juin 1973, *Soc. Gea*, Rec.453) cela tout simplement parce qu'elles ne sont pas des décisions.

A la différence des circulaires, les directives sont opposables aux particuliers. L'autorité administrative peut se fonder sur elles pour justifier ses décisions. Elles sont aussi opposables aux personnes publiques, c'est-à-dire qu'un particulier peut faire valoir une directive devant le juge pour prouver qu'une décision ne s'est pas conformée à la directive ou qu'elle y a indûment dérogé.

Les directives peuvent enfin voir leur légalité contestée à propos d'un recours exercé par un particulier contre une décision qui en ferait application. Une directive est en général reconnue illégale lorsqu'elle n'est pas adaptée à son but, qui reste l'application d'une réglementation. L'illégalité d'une directive entraîne celle des décisions prises sur son inspiration.

§ 3. -Règlements et décisions non réglementaires

A. Position du problème

Parmi les décisions, certaines présentent des caractéristiques remarquables qui les distinguent des autres : il s'agit des règlements. Ce type de décisions possède en effet un régime juridique particulier. Tant au plan de la procédure d'élaboration, de la mise en vigueur, de la compétence juridictionnelle pour en connaître, des délais de recours, de l'exception d'illégalité, les règlements se différencient de toutes les autres décisions. Cependant, le caractère réglementaire d'une décision n'est pas toujours aisé à établir. A l'inverse, parmi les décisions non réglementaires, certaines sont aisées à identifier, quoique leur régime juridique ne présente aucun trait remarquable : il s'agit des décisions nominatives. Les autres décisions, atypiques, dépourvues à la fois de caractère réglementaire et nominatif sont pour l'instant mal connues et ne se prêtent guère à une synthèse.

B. Les décisions nominatives

Une décision est nominative lorsque la norme qu'elle introduit dans l'ordonnancement juridique prend pour destinataire une ou plusieurs personnes nominativement désignées. On doit les appeler décisions individuelles lorsqu'elles portent sur une personne,

décisions collectives lorsqu'elles en concernent plusieurs. Peu importe à cet égard que les personnes soit physiques ou morales, publiques ou privées. Ces décisions sont courantes (nomination de fonctionnaires : acte individuel pour un emploi à la discrétion du gouvernement, collectif pour la liste des candidats reçus à un concours).

Ces décisions nominatives peuvent être prises dans une forme aussi utilisée pour les actes réglementaires : décret ou arrêté par exemple. Il est à noter que les actes de tutelle, actes par lesquels une autorité administrative approuve, suspend ou annule les délibérations soumises à son contrôle en application des textes législatifs et réglementaires sont des décisions nominatives (CE, 12 juin 2002, *Synd. interdép. de la protection sociale Rhône-Alpes CFDT*, req. n° 231800, *AJDA* 2002.848, concl. Boissard, revir. de CE Ass., 8 janvier 1971, *URSSAF des Alpes-maritimes*, Rec.11, concl.Vught).

C. Les décisions réglementaires

Une décision réglementaire est caractérisée en théorie juridique par sa portée générale et impersonnelle. Cela signifie précisément que la norme édictée est une norme générale. Peu importe cette fois le nombre de personnes concernées par l'acte, qu'elles soient désignées ou non par celui-ci, que l'acte ait une durée d'application déterminée ou indéterminée. De même, peu importe qu'il désigne ou non des catégories de destinataires, un acte réglementaire peut en effet se borner à qualifier une situation de fait pour lui donner des effets de droit, comme par exemple la déclaration de catastrophes naturelles. En tant qu'il constitue une décision, le refus de prendre un règlement est lui-même une décision susceptible de recours, cette décision possède analogiquement un caractère réglementaire.

Constituent toujours des actes réglementaires les mesures d'organisation du service public, les modifications apportées à un acte réglementaire, les clauses essentielles des contrats types transférant la gestion d'un service public, les décisions de délégation de signature.

D. Les décisions atypiques

Il s'agit de décisions produisant des normes dépourvues à la fois de caractère nominatif et de caractère réglementaire. Il est d'usage de dire que ces actes édictent des normes d'espèce, qui modifient une situation juridique ou réalisent une opération juridique sans considération des personnes auxquelles ils s'appliquent, et sans pour autant posséder une portée générale. Ces décisions ne font qu'appliquer à un cas particulier une réglementation existante sans la modifier.

Appartiennent à cette catégorie résiduelle, les décisions déterminant le nombre d'établissements distincts dans une entreprise; les décisions d'ouverture et d'organisation des concours de la fonction publique; les déclarations d'utilité publique, qui permettent de procéder à des expropriations; il en est de même des décisions de fondation de ZAC, de classement d'un site, de périmètre de remembrement rural, d'inscription sur des listes diverses.

En réalité, certaines décisions atypiques ont été qualifiées de décisions nominatives (CE, 19 janvier 1990, *Soc. fr. de revues*, *AJDA* 1990.96, chr.). A l'inverse, d'autres ont été qualifiées de réglementaires (CE Sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, Rec.127, concl. Labetoulle). Cet état de la jurisprudence n'est pas satisfaisant, dans la mesure où les considérations d'opportunité qui peuvent valablement inspirer le juge administratif ne semblent régies par aucun principe directeur.

Section II :

Critères de la nature administrative d'un acte

Les actes d'une personne publique, qu'il s'agisse d'actes unilatéraux ou de contrats, ne sont pas tous des actes administratifs, soumis à un régime de droit public et à l'appréciation de la juridiction administrative en cas de contestation. Beaucoup de leurs actes sont soumis à un régime de droit privé et leur contentieux appartient à l'ordre juridictionnel judiciaire.

Inversement, certaines personnes privées qui ont reçu par voie unilatérale ou contractuelle la charge de gérer un service public, sont amenées à produire des actes que la jurisprudence qualifie d'actes administratifs, qu'elle soumet à un régime de droit public et au contentieux administratif.

Pour ces deux raisons, il est nécessaire de préciser dans quelles conditions et par quels moyens est reconnue la nature administrative d'un acte.

§ 1. -La nature administrative d'une décision

En présence d'une décision, la qualification d'acte administratif doit être séparée en deux cas : celui où la décision émane d'une personne publique, et celui où elle émane d'une personne privée.

A. Décisions émanant d'une personne publique

L'état du droit administratif n'est pas si paradoxal qu'on puisse refuser d'affirmer encore un principe simple. Les décisions émanant des personnes publiques sont présumées dotées d'une nature administrative. Autrement dit, ces actes sont par principe des actes administratifs.

1. Fondement du principe

Le principe est simple mais son fondement n'est pas élucidé par la jurisprudence. Il semble que les décisions des personnes publiques soient des actes administratifs surtout parce que personne n'a sérieusement contesté qu'il en soit ainsi. Les décisions prises par des ministres, des conseils généraux, régionaux ou municipaux ne sauraient être que des actes administratifs parce qu'ils émanent d'autorités administratives qui ont été généralement ou spécialement habilitées à produire des actes au nom d'une personne publique dans le cadre d'une fonction administrative. L'évidence organique prévaut souvent sur la recherche des sources formelles du droit.

2. Portée du principe

Le principe est général, il trouve à s'appliquer quelles que soient les décisions, réglementaires, ou non réglementaires. Mais s'il n'y a pas d'exception reconnue dans le cas des décisions réglementaires, il en est d'importantes en revanche pour certaines décisions non réglementaires.

- Les décisions non réglementaires de gestion des services publics à caractère industriel et commercial.

Le principe de base en la matière est que la personne publique a souhaité fournir des prestations en se plaçant par principe sous un régime dominant de droit privé. Les décisions prises par les personnes publiques responsables de ces services sont donc des actes de droit privé et relèvent des tribunaux judiciaires tant en ce qui concerne les rapports avec les usagers potentiels, qu'avec le personnel (CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, TGD).

- Les décisions non réglementaires de gestion du domaine privé.

Les personnes publiques gèrent la partie de leur patrimoine qui n'est pas affecté à l'usage public comme n'importe quel propriétaire privé. Les décisions d'autorisation de circulation, de passage, d'occupation, d'exploitation du domaine privé sont donc des actes de droit privé et relèvent des tribunaux judiciaires.

Il n'en va autrement que lorsque la décision est reconnue détachable de la seule gestion du domaine privé. C'est le cas, logiquement, lorsque le domaine privé n'est que le support accessoire de l'exécution d'un service public. C'est aussi le cas, d'une manière beaucoup plus contestable, d'actes reconnus détachables sans motifs clairs par le Conseil d'État, qui tend à considérer comme tels tous les actes de gestion du domaine privé, sauf lorsqu'ils posent des problèmes de responsabilité.

B. Décisions émanant d'une personne privée

Par analogie, on peut énoncer le principe selon lequel les décisions émanant des personnes privées sont présumées de nature privée. Par principe, ces décisions sont des actes privés soumis à un régime de droit privé.

Cependant, on sait (*Cf. supra*, chap. limin.) que les décisions des personnes privées chargées de la gestion d'un service public **administratif** peuvent être des actes administratifs. Il s'agit de la conséquence de la jurisprudence Monpeurt-Magnier (CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt* et CE Sect., 13 janvier 1961, *Magnier*, TGD).

Il faut tout de même préciser que ces décisions ne sont aisément reconnues comme des actes administratifs que lorsqu'elles matérialisent une prérogative de puissance publique. L'arrêt *Magnier*, s'agissant de la fixation d'une participation financière obligatoire, précise que les décisions prises pour l'accomplissement du service public sont administratives **en raison de** l'existence d'une prérogative de puissance publique. Cette jurisprudence est confirmée de manière constante.

Mais, en revanche, le pouvoir de décision mis en œuvre par des personnes privées pour leur organisation interne, qui ne concerne pas l'activité de service public **administratif**, ne constitue pas une prérogative de puissance publique et relève du droit privé normalement applicable à la personne privée. Cette solution a une application importante dans les rapports entre la personne privée et son personnel, qui se trouve donc dans une situation de droit privé.

Lorsque, au contraire, les personnes privées sont amenées à gérer un service public à caractère **industriel et commercial**, selon la jurisprudence administrative, toutes les décisions nominatives même prises en vue du fonctionnement du service public, sont des actes de droit privé. Cependant, certains actes réglementaires peuvent être qualifiés d'actes administratifs. Cela n'est pas en vertu de l'existence de prérogatives de puissance publique, mais parce qu'ils sont relatifs à l'organisation du service public. En effet, la jurisprudence du Tribunal des conflits reconnaît un caractère pleinement administratif à ces actes réglementaires. Cette solution est la conséquence de l'arrêt TC, 15 janvier 1968, *Epoux Barbier*, (TGD) : le règlement établi par le Conseil d'administration exigeant le célibat pour les hôtesses de l'air contient des dispositions qui sont des « éléments de l'organisation du service public exploité », en conséquence il s'agit d'un acte administratif. L'évolution ultérieure a permis de préciser ce critère jurisprudentiel de l'organisation du service public pour qualifier un règlement privé d'acte administratif : par exemple, « le statut des relations collectives entre la SNCF, personne privée à l'époque, et son personnel touche à l'organisation du service public » ainsi que les règles relatives aux congés; mais les règlements pris par la SNCF relativement aux régimes de retraite de son personnel ne sont pas des actes administratifs parce qu'ils ne concernent pas l'organisation du service public.

§ 2. -La nature administrative d'un contrat

Les contrats conclus par les personnes publiques peuvent être de deux sortes. Soit l'action de ces personnes peut se contenter des cadres juridiques courants, ce qui relève d'une appréciation d'opportunité, et leurs contrats sont assimilés à ceux des particuliers, soumis au droit privé et au juge judiciaire. Soit il a semblé nécessaire de sortir de ce cadre, de prévoir des règles particulières, plus adaptées à l'intervention et le contrat doit être considéré comme de nature publique, soumis au droit administratif et contrôlé par la juridiction administrative.

A. Contrats conclus entre personnes publiques

Le principe est simple, il a été posé par le Tribunal des conflits (TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, Rec.537), et repris par le Conseil d'État (CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, *AJDA* 1990.614, note F. Colly). On peut l'énoncer ainsi : un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, il est présumé administratif.

Ce principe connaît cependant une inversion, que rappellent le Conseil d'État dans l'arrêt précité et le Tribunal des conflits. Lorsque le contrat, **en raison de son objet** « ne fait naître entre les parties [personnes publiques] que des rapports de droit privé », il est présumé ne pas être un contrat administratif. C'est le cas par exemple d'un contrat de bail entre personnes publiques, ou des contrats de prestations de services publics à caractère industriel et commercial, conclus entre la personne publique prestataire et une personne publique usager (EDF et les collectivités territoriales par exemple).

B. Contrats conclus entre personnes privées

On peut également poser le principe, analogue au précédent, selon lequel les contrats conclus entre personnes privées sont présumés être des contrats de nature privée, c'est-à-dire des actes régis par le droit privé (TC, 10 janvier 1983, *Centre d'action pharmaceutique*, Rec.535). Ce principe est, selon le Tribunal des conflits, doté d'une valeur législative, et il s'applique même aux contrats ayant pour objet l'exécution de travaux publics ou d'un service public, même s'ils se réfèrent aux dispositions du Code des marchés publics.

Ce principe connaît lui aussi des exceptions, dont le fondement est posé par la jurisprudence *Entreprise Peyrot* (TC, 8 juillet 1963, *Soc. Entreprise Peyrot*, *TGD*). Le contrat conclu avec une personne privée par une autre personne privée chargée de la gestion d'un service public **peut** être un contrat administratif, s'il a été conclu **pour le compte** d'une personne publique. Initialement consacré pour des sociétés d'économie mixte, cette jurisprudence s'applique

en réalité à toute personne privée. Initialement consacrée pour les contrats des sociétés concessionnaires d'autoroutes avec des entrepreneurs de travaux publics, où la construction d'autoroutes entraîne une présomption de conclusion pour le compte de l'État, elle a vocation à s'appliquer sans présomption à tous les domaines des contrats.

L'expression «pour le compte de la personne publique» peut recouvrir des situations différentes. Il peut s'agir d'un mandat, et dans ce cas, la personne publique est en réalité partie au contrat (CE Sect., 2 juin 1961, *Leduc*, Rec.365). Il peut s'agir, en l'absence de mandat entre la personne publique et la personne privée chargée de la gestion d'un service public, de la constatation que la personne publique intervient indirectement dans le contrat conclu entre les personnes privées (on lui remet les ouvrages construits, elle cautionne des prêts, etc.). Il reste que si ce contrat **peut** être reconnu administratif, parce que l'on suppose satisfait le critère organique, il ne le sera effectivement que si est réalisé un second critère, qui est le même que celui exigé dans les contrats conclus entre une personne publique et une personne privée.

C. Contrats conclus entre une personne publique et une personne privée

Ces contrats sont déclarés administratifs lorsque est satisfait un critère alternativement matériel et fonctionnel. Soit l'objet du contrat est l'exécution même du service public (critère fonctionnel), soit le contenu du contrat est exorbitant du droit commun (critère matériel).

1. L'objet du contrat : l'exécution même du service public

L'objet du contrat peut être défini comme l'activité qu'il permet de réaliser (travaux, vente, location, prestation de services). Il s'agit d'un point de vue fonctionnel. Mais cet objet, relatif au service public, est triple.

a. L'exécution même du service public est confiée au cocontractant privé de la personne publique.

Le contrat est alors administratif. L'état du droit résulte de la jurisprudence Époux Bertin (CE Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, TGD). Au moment de la Libération, en 1944, les époux Bertin avaient accepté d'assurer l'hébergement de ressortissants soviétiques, en vertu d'un contrat verbal. Le Conseil d'État a estimé qu'il s'agissait de l'exécution même du service public chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés.

On peut classer dans cette catégorie les contrats de concession de service public qui ont précisément pour objet de confier à une personne privée la charge de gérer un service public (CE, 4 mars 1910, *Thérond*, TGD). Plus généralement aujourd'hui, ces contrats relèvent de la catégorie « conventions de délégation de service public » régie par la loi du 29 janvier 1993.

b. les contrats qui constituent l'une des modalités de l'exécution même du service public sont des contrats administratifs.

En pratique, il s'agit des contrats conclus avec les usagers des services publics à caractère administratif. L'état du droit résulte de la jurisprudence Consorts Grimouard (CE Sect., 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, Rec.168). Les contrats passés en vue des opérations de reboisement, par les services des Eaux et Forêts, avec les propriétaires concernés usagers du service public de la mise en valeur de la forêt, sont des contrats administratifs. Les contrats de prêt pour la réinstallation des rapatriés d'Outre-mer, sont conclus avec des usagers du service public administratif d'aide aux rapatriés et constituent des modalités de l'exécution même de ce service public (CE Sect., 18 juin 1976, *Dame Culard*, Rec.319).

N. B. : Le contentieux des services publics à caractère administratif avec leurs agents étant devenu un bloc de compétence administrative (TC, 25 mars 1996, *Préfet de la Région Rhône-Alpes*, TGD), le critère de la participation à l'exécution même d'un service public à caractère administratif ne trouve plus à s'appliquer.

2. Le contenu du contrat : un caractère exorbitant

Même si le contrat n'a pas pour objet l'exécution même du service public, il peut être reconnu administratif en raison de la satisfaction d'un autre critère : son caractère exorbitant. Le contenu du contrat liant une personne publique à une personne privée peut avoir intrinsèquement un caractère exorbitant : certaines de ses clauses sont exorbitantes du droit commun. Il peut aussi recevoir ce caractère exorbitant en raison de dispositions qui lui sont extérieures mais qui régissent son contenu, c'est le régime exorbitant.

Une remarque doit être faite : l'adjectif exorbitant doit s'entendre par rapport au centre qu'on lui suppose. Il faut entendre exorbitant du droit commun des contrats, c'est-à-dire d'une branche du droit privé (qui n'est pas le droit commun).

a. Les clauses exorbitantes

C'est quantitativement le cas le plus fréquent d'application du critère. Il s'agit de l'application de la jurisprudence des Granits (CE, 31 juillet 1912, *Soc. des Granits porphyroïdes des Vosges*, TGD). La ville de Lille a conclu un contrat de droit privé pour la fourniture de pavés selon les règles et conditions des contrats intervenus entre les particuliers, ce qui signifie que la solution eut été inverse dans le cas où des clauses exorbitantes auraient été détectées.

Qu'entend-on par clauses exorbitantes ? Celles qui ont pour objet de conférer aux parties des droits ou des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales. Selon la classification de G. Vedel, ce sont des clauses impossibles, illicites, inusuelles dans les contrats de droit privé. Elles sont insérées dans les contrats en vue de garantir les exigences de l'intérêt général. A titre d'exemple, constituent des clauses exorbitantes, celles qui prévoient la faculté pour la personne publique de résilier unilatéralement le contrat, le droit de contrôler les résultats financiers, un régime fiscal dérogatoire.

La notion de clause exorbitante a fait l'objet de nombreuses controverses. Comment la juridiction administrative pourrait-elle se référer par contraste à l'usage des contrats de droit privé,

alors qu'elle ne les contrôle pas ? Le juge recherche-t-il d'abord ces clauses ou examine-t-il d'abord l'objet du contrat ? Une clause illicite en droit privé ne l'est-elle pas aussi en droit administratif ? Certainement si elle est contraire à des dispositions d'ordre public. Une clause exorbitante nulle peut-elle emporter la qualification d'un contrat ?

b. Le régime exorbitant

Cette expression est tirée d'un arrêt du Conseil d'État (CE Sect., 19 janvier 1973, *Soc. d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec.48). L'idée est ici que le contenu d'un contrat peut se trouver changé par des éléments de son régime, imposés de l'extérieur par la loi ou le règlement.

Il en est ainsi des contrats par lesquels EDF achète l'électricité fabriquée par de petits producteurs. La distribution de l'électricité étant un monopole, sinon sa production, les producteurs sont obligés par la loi à contracter avec EDF et à soumettre leurs litiges au ministre chargé de l'énergie avant tout recours juridictionnel.

Il existe donc des contrats administratifs par leur régime exorbitant. Cela ne signifie pas que le juge administratif qualifie le contrat au vu d'un halo d'éléments du régime contractuel voulu par les parties (pas d'existentialisme juridique en la matière), mais qu'il se fonde sur le caractère exorbitant du droit commun que contient leur cadre législatif et réglementaire. Il s'agit presque de contrats administratifs par détermination indirecte de la loi, le juge administratif se bornant à qualifier ce que la loi aurait aussi bien pu nommer. La jurisprudence récente semble cependant devenir réticente à l'utilisation de la notion de régime exorbitant (TC, 16 janvier 1995, *Préfet de la Région Ile-de-France*, CJEG 1995.259, note Delpirou).

Chapitre 3 :

Le pouvoir réglementaire

L'exercice du pouvoir réglementaire est l'une des activités les plus remarquables des personnes publiques, et des personnes privées lorsqu'elles sont chargées de la gestion d'un service public. Comme son nom l'indique, ce pouvoir consiste en la détention d'une compétence pour édicter unilatéralement des normes juridiques de portée générale et impersonnelle.

Le pouvoir réglementaire appartient à certaines autorités administratives, en tant qu'organes d'une personne publique habilités à exprimer la volonté de la personne publique dans la limite de leur compétence. Il en est ainsi du Président de la République, du Premier ministre, des préfets, des assemblées délibérantes et exécutives des collectivités territoriales et des établissements publics, des organes des autorités administratives indépendantes. Le pouvoir réglementaire appartient aussi à certains organes d'une personne privée chargée de la gestion d'un service public, comme les ordres professionnels, fédérations sportives, etc.

Ce pouvoir pose indéniablement un problème de sources. D'une part, la reconnaissance à une autorité administrative d'un pouvoir réglementaire ne peut résulter en principe que d'un texte. Cependant à titre exceptionnel, la jurisprudence administrative a reconnu un pouvoir réglementaire à certaines autorités en l'absence de détermination explicite de la loi. D'autre part, le Conseil constitutionnel estime que l'article 37 alinéa 1 de la Constitution fonde l'ensemble du pouvoir réglementaire général, c'est-à-dire le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Le Conseil d'Etat, en revanche, estime que la source du pouvoir réglementaire autonome est l'article 37, mais que celle du pouvoir réglementaire d'exécution des lois est l'article 21. En conséquence, dans le premier cas, il contrôle que le décret a été pris en matière réglementaire. Dans le second, il contrôle si les décrets sont nécessaires à l'application de la loi, et dans l'affirmative,

ils peuvent intervenir dans le domaine législatif sans être annulés. En effet, estimer que des décrets nécessaires à l'application d'une loi empiètent sur le domaine législatif, c'est relever que la loi a implicitement méconnu l'article 34 de la Constitution, ce que le juge administratif se refuse à faire.

Section I :

Le pouvoir réglementaire général

Le pouvoir réglementaire général n'est que le pouvoir réglementaire reconnu au gouvernement par l'article 37 de la Constitution de 1958. Il faut rappeler ici que le domaine de compétence du législateur est limitativement énuméré par l'article 34 alors que toutes les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi sont réglementaires. La source unique du pouvoir réglementaire est l'article 37. C'est ce qui explique la dénomination de «général» accolée au pouvoir réglementaire du gouvernement. En revanche, il peut exister plusieurs titulaires du pouvoir réglementaire général (le plus célèbre, désigné par la Constitution, est le Premier ministre). Les deux questions doivent être distinguées (§ 1 et 2). Il existe aussi un cas particulier de détention d'un pouvoir réglementaire spécial de police générale dont le fondement est différent (B du §1). Il est étudié ici de manière à le distinguer du pouvoir réglementaire général.

§ 1. -Le domaine du pouvoir réglementaire général

A. Cas général

La Constitution de 1958 ou le domaine réservé à la loi (art. 34, 53 et 72, DDH art. 4)

Les matières de la compétence exclusive et totale du législateur, dans lesquelles il **fixe les règles**, sont : les droits civiques et garanties fondamentales des libertés publiques, la nationalité, la capacité et l'état des personnes, le droit pénal et la procé-

dure pénale, les principes fondamentaux de l'organisation juridictionnelle, la fiscalité, la monnaie, le droit électoral, la création de catégories d'établissements publics, les garanties statutaires des fonctionnaires, les nationalisations et privatisations. Dans ces domaines, la loi peut descendre dans les détails des mesures d'application et le pouvoir réglementaire ne trouve qu'un domaine résiduel. Cependant, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois peut parfois être utilisé pour étendre des dispositions législatives existantes à des matières qui n'en relevaient pas (régime électoral prévu pour les autres consultations appliqué à la consultation référendaire CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, cité *infra*).

Le législateur est également compétent pour **déterminer les principes fondamentaux** de l'organisation générale de la défense nationale, de la libre administration des collectivités locales, de l'enseignement, du droit de la propriété et des obligations, du droit du travail et du droit social. Dans ces domaines, le gouvernement dispose d'un domaine propre qui s'étend à toutes les mesures qui ne compromettent pas les principes fondamentaux (CE, 28 octobre 1960, *de Laboulaye*, Rec.570).

Le Conseil d'Etat peut d'ailleurs être saisi dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire par un recours pour excès de pouvoir, pour faire respecter le domaine de compétence législatif prévu à l'article 34. Il annulera alors les décrets pris dans des matières législatives comme édictés par une autorité incompétente.

Par ailleurs, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, attrait dans le bloc de constitutionnalité par le Préambule, pose que les limites de la liberté «ne peuvent être déterminées que par la loi», ce qui a une influence décisive sur les domaines touchant à la liberté individuelle, à la liberté d'opinion, à la liberté d'expression et à la propriété.

Enfin, en vertu de l'art. 53 de la Constitution, certains traités ne peuvent être approuvés ou ratifiés que par une loi, en application de l'art. 72, le statut des collectivités territoriales ne peut être fixé que par la loi, et quelques dispositions de la Constitution relèvent obligatoirement du législateur organique.

Il faut ajouter à ce domaine défini par les textes constitutionnels, ceux qui résultent de la jurisprudence réservant à la loi la possibilité d'écarter un principe général du droit, un principe relevant de la responsabilité publique, ou un principe relevant du droit des contrats administratifs.

L'article 37, al. 1, ou le pouvoir réglementaire autonome de droit commun

Dans toutes les autres matières qui ne font l'objet d'aucune allusion dans les dispositions constitutionnelles précitées, le gouvernement a la faculté de prendre par voie réglementaire toutes les décisions de principe ou de détail : c'est ce que l'on a appelé les règlements autonomes. Mais il faut préciser que ce pouvoir de prendre des règlements autonomes doit s'exercer dans le respect des principes généraux du droit (CE, 26 juin 1959, *Synd. gén. des ingénieurs-conseils*, TGD).

Le domaine réglementaire est également protégé contre les éventuels empiétements du législateur. Ainsi, dans le cas où une loi antérieure à la Constitution de 1958 aurait porté sur le domaine désormais réglementaire en vertu de l'article 37, son texte peut être modifié par un décret pris après avis du Conseil d'Etat. Dans le cas où une loi postérieure à 1958 pourrait empiéter sur le domaine réglementaire, le gouvernement dispose de deux moyens de faire respecter le domaine réglementaire. Pendant la procédure législative, d'une part, le gouvernement peut en application de l'article 41 de la Constitution, opposer l'irrecevabilité des propositions ou amendements qui ne seraient visiblement pas du domaine de la loi (le Conseil constitutionnel peut être amené à statuer en cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'assemblée). Après promulgation, d'autre part, le gouvernement en application de l'article 37 al. 2 peut demander au Conseil constitutionnel de constater le fait que la loi est intervenue dans le domaine réglementaire et en modifier le texte par décret simple. Enfin, dans une situation intermédiaire, à l'issue de la procédure législative, mais avant promulgation, la loi peut également être soumise au Conseil constitutionnel par les moyens habituels sur

le fondement de cette incompétence matérielle. Cependant, au cas où la loi a été votée en matière réglementaire, elle n'est pas inconstitutionnelle de ce simple fait (CC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, Rec.57, *Rev. adm.* 1983.360, note de Villiers), car le gouvernement n'est pas obligé d'opposer l'irrecevabilité, de même qu'il n'est pas obligé de récupérer les matières réglementaires occupées par le législateur. Ces lois seront simplement délégalisées à coup sûr par le Conseil s'il est saisi par la procédure adéquate. En pratique relèvent du pouvoir réglementaire autonome : l'organisation administrative de l'Etat, la procédure administrative (non contentieuse ou juridictionnelle), procédure civile, contraventions de police, sous réserve bien sûr des zones qui à l'intérieur de ces champs de compétence relèvent de la loi (statut des magistrats, création d'ordres de juridiction, garanties des libertés publiques).

B. Cas particulier des pouvoirs de police générale du Premier ministre

Le pouvoir de prendre des règlements de police en vue d'assurer l'ordre public sur l'ensemble du territoire national appartient au Premier ministre. Cette solution provient de la jurisprudence Labonne (CE, 8 août 1919, *Labonne*, TGD). À l'occasion du recours d'un automobiliste à qui on avait retiré son permis de conduire, le Conseil d'État affirme la légalité du décret par lequel le Président de la République avait institué un Code de la route, sur le fondement de « ses pouvoirs propres » et « en-dehors de toute habilitation législative ».

Pour la détention de ce qui est sans doute le premier « pouvoir réglementaire autonome », le Président du Conseil a succédé au Président de la République sous la IV^{ème} République, et le Premier ministre l'a remplacé à l'avènement de la V^{ème}.

On en déduit que la Constitution de 1958, dans son article 34, n'a pas retiré au Premier ministre le pouvoir réglementaire de police générale (CE, 17 février 1978, *Assoc. dite CLER*, Rec.82;

CC, 20 février 1987, *Code rural*, Rec.22). Il appartient donc au gouvernement de prendre les mesures de police nécessaires sur l'ensemble du territoire. Il est frappant que les références à la Constitution de 1958 aient disparu des arrêts, le pouvoir de police du Premier ministre semble ainsi ne pas être fondé sur l'article 37 et constituer un pouvoir réglementaire spécial, limité à la police, mais général dans son application, et dont le fondement paraît purement jurisprudentiel.

§ 2. -Les titulaires du pouvoir réglementaire général

A. Principe

Traditionnellement en France le pouvoir réglementaire général ne pouvait être exercé que par une autorité unique : le chef du pouvoir exécutif. Cela put être l'Empereur, le Roi, le président du conseil (sous la IV^{ème} République). Mais depuis la Constitution de 1958, en conséquence de la dyarchie du pouvoir exécutif, le pouvoir réglementaire général est partagé entre le Président de la République et le Premier ministre.

En application de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire général sous réserve des dispositions de l'article 13, c'est-à-dire des cas où le décret est délibéré en Conseil des ministres : dans ce cas, le pouvoir réglementaire appartient au Président de la République. Or, d'une part, la Constitution ne détermine pas (sauf art. 36 et 38) les cas où le Conseil des ministres doit être saisi. D'autre part, il est théoriquement interdit au législateur de préciser la nature des actes réglementaires requis pour appliquer les lois, sauf si la désignation de l'autorité réglementaire compétente met en cause un principe relevant du domaine de la loi. Le Conseil d'État a donc été amené à préciser que tous les décrets délibérés en Conseil des ministres quelle

qu'en soit la raison ressortissent à la compétence réglementaire du Président de la République (CE Ass., 10 septembre 1992, *Meyet, TGD*). En conséquence, il est le seul à pouvoir modifier ces décrets (au besoin en ne consultant pas à nouveau le Conseil des ministres si cette formalité n'était pas obligatoire). En revanche, un décret réglementaire du Premier ministre ne peut pas modifier un décret pris par le Président de la République en Conseil des ministres. Mais un décret du Président de la République peut prévoir que son contenu est susceptible d'être modifié ultérieurement par décret du Premier ministre (si la consultation du Conseil des ministres n'était pas obligatoire, bien sûr).

B. Sanction

S'il arrive qu'un décret réglementaire non délibéré en Conseil des ministres soit revêtu de la signature du Président de la République en plus de celle du Premier ministre appelé à le contresigner, le décret sera considéré comme valable (CE, 27 avril 1962, *Sicard, Rec.279*). En application de la jurisprudence *Meyet*, la signature du Président de la République suffit maintenant à la validité d'un décret délibéré en Conseil des ministres : la signature du Premier ministre appelé à le contresigner en vertu de l'article 19 doit être considérée comme une obligation formelle liée à l'élaboration et à l'application des actes en cause, et non comme un indice de compétence de l'auteur de l'acte. Cette décision produit en outre deux types de conséquences. Tout d'abord, le Président de la République peut maintenant édicter des règlements autonomes, puisqu'il n'est plus limité par une définition textuelle des décrets en Conseil des ministres. Ensuite, se pose la question d'une hiérarchie entre les pouvoirs réglementaires du Premier ministre et du Président de la République. En effet, si le pouvoir réglementaire général est attribué par principe au Premier ministre en vertu de l'article 21, force est de constater que le Président de la République dispose aujourd'hui de la compétence de sa compétence. Il lui suffit d'évoquer en Conseil des ministres un décret réglementaire pour s'approprier le pouvoir réglementaire dans la matière

correspondante et le soustraire au Premier ministre. On peut alors se demander ce qu'il advient de la légalité d'un décret simple, pris en vertu du pouvoir réglementaire du Premier ministre lorsqu'il renvoie des mesures d'application à un décret en Conseil des ministres (cas du décret simple du 22 janvier 1959 qui pose en principe l'exigence d'un décret en conseil des ministres pour fixer les attributions des ministres).

C. Exceptions notables

L'article 21 de la Constitution dispose en son alinéa 2 que le Premier ministre peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Il en résulte que le pouvoir réglementaire général du Premier ministre est susceptible de délégation au ministre choisi par le Premier ministre. Il serait bon de considérer que cette exception doit être limitée aux délégations générales exigées par les absences et empêchements du Premier ministre. En réalité elle concerne également des délégations spéciales mais permanentes pour l'organisation du gouvernement lors de sa fondation, et notamment l'institution des « ministres délégués » qui, pour cette raison, devraient tous procéder du Premier ministre (mais ce n'est pas la pratique actuelle).

Il arrive que des lois confèrent aux ministres l'exercice d'un pouvoir réglementaire, souvent spécial à la matière. On peut se poser la question de la compatibilité de ces attributions de pouvoir réglementaire avec l'article 21 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a jugé que le fait de confier à une autre autorité que le Premier ministre le pouvoir de prendre des mesures d'application d'une loi n'était pas contraire à l'article 21, à la condition que l'habilitation législative ne concerne « que des mesures d'application de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication, préc.*). Il faut remarquer que depuis cette jurisprudence, la loi ne renvoie plus seulement aux ministres mais aux autorités administratives indépendantes, à des institutions publiques personnalisées et à des établissements publics. Bien

que dictée par la nécessité de respecter les contraintes de la production normative et les objectifs de déconcentration du pouvoir réglementaire, cette innovation semble dépasser de beaucoup la limite des textes, et devrait résulter, à mon sens, d'une modification constitutionnelle.

§ 3. -L'extension du pouvoir réglementaire général : les ordonnances

La Constitution de 1958 a tenté de rationaliser les pratiques anciennes des Républiques françaises : «lois de pleins pouvoirs» (III^{ème} République), lois d'habilitation» (IV^{ème} République), qui consistent à permettre au gouvernement de prendre des mesures qui relèvent normalement du pouvoir législatif. L'article 38 de la Constitution de 1958 autorise en effet le gouvernement à édicter par des «ordonnances», en conséquence d'une habilitation législative, des mesures qui relèvent du domaine matériel de la loi tel qu'il résulte de l'article 34. Les ordonnances sont cependant des actes administratifs et relèvent d'une modalité d'extension du pouvoir réglementaire général.

A. La loi d'autorisation

L'autorisation législative doit être donnée sous la forme d'une loi respectant la procédure habituelle, jusqu'au contrôle du Conseil constitutionnel si nécessaire. Le régime de l'autorisation a été précisé par une décision du Conseil constitutionnel (CC, 12 janvier 1977, *Circonscriptions électorales*, Rec.31).

Le gouvernement (et la loi d'autorisation) doit tout d'abord préciser la finalité des mesures qu'il entend prendre. En effet, en vertu de l'article 38, elle doivent permettre l'accomplissement d'un programme (sans toutefois que ce terme soit assimilable aux déclarations de politique générale ou aux lois de programme). Il doit aussi préciser les matières, les domaines d'intervention

qui relèvent normalement du pouvoir législatif, dans lesquels il souhaite intervenir. Toutes ces indications doivent être précises et ne pas aboutir à une habilitation générale.

Le gouvernement (et la loi d'autorisation) doit enfin préciser deux délais : 1. Le premier délai pendant lequel il sera habilité à prendre des mesures par voie d'ordonnance. Ce délai « limité » d'après les termes de la Constitution de 1958, est en général de trois à six mois; 2. Le second délai dans lequel le gouvernement doit saisir le Parlement des ordonnances finalement édictées afin d'en obtenir la ratification. Ce délai est de l'ordre de un à trois mois à dater de l'expiration du premier délai. Mais il faut noter que le Parlement n'est tenu d'aucun délai pour voter la ratification.

B. L'édition

Bien que l'article 38 indique que le gouvernement est le demandeur de la loi d'autorisation et qu'il en bénéficie pour l'exécution de son programme, la compétence formelle d'édition appartient au Président de la République, puisque les ordonnances doivent être délibérées en Conseil des ministres. Cela lui permet éventuellement de refuser de les signer.

Les ordonnances sont également soumises à l'avis du Conseil d'État.

Enfin, le Conseil constitutionnel peut fixer, lorsqu'il est saisi, des réserves d'interprétation que le gouvernement devra respecter dans l'exercice du pouvoir réglementaire par voie d'ordonnances.

C. La validité

Comme les lois et les règlements, les ordonnances entrent en vigueur par leur publication au Journal Officiel.

Un cas d'invalidité, directement prévu par la Constitution de 1958 mais jamais intervenu jusqu'à présent, serait l'absence de dépôt par le gouvernement du projet de loi de ratification sur le bureau du Parlement, ou le refus de ratification par celui-ci. Les

ordonnances deviendraient alors caduques : elles disparaîtraient de l'ordre juridique comme par l'effet d'une annulation, c'est-à-dire rétroactivement.

L'expiration du premier délai a pour conséquence directe que le gouvernement cesse d'être autorisé à prendre des mesures de nature législative par ordonnances. Cela signifie également qu'il ne peut plus modifier celles qu'il a déjà prises. Seule la loi peut le faire. Si les ordonnances contiennent des mesures réglementaires et si elles ne sont pas encore ratifiées, alors le gouvernement peut les modifier en respectant le parallélisme des formes (décrets délibérés en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État). Si les ordonnances ont été ratifiées, leurs dispositions réglementaires ne peuvent être modifiées par décret qu'après avoir été déclassées par le Conseil constitutionnel (article 37, alinéa 2).

Les ordonnances, tant qu'elles ne sont pas ratifiées, sont des actes administratifs de nature réglementaire, et, comme tels, elles sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort, examinera la conformité des ordonnances à la loi d'habilitation et le cas échéant à l'interprétation du Conseil constitutionnel. Si le contrôle du Conseil d'État ne peut pas toujours être approfondi en raison de l'objet souvent large des lois d'habilitation, le gouvernement ne saurait cependant, sauf s'il y est autorisé par la loi d'autorisation, écarter des principes généraux du droit.

Au contraire, une fois ratifiées, les ordonnances sont des textes à valeur législative, dont le contrôle échappe au Conseil d'État. Il n'est pas toujours aisé cependant d'identifier des ordonnances ratifiées, car le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État acceptent que cette ratification puisse être indirecte, c'est-à-dire qu'elle résulte d'une loi qui « sans avoir cette ratification pour objet, l'implique nécessairement » (CE, 10 juillet 1972, *Comp. Air-Inter*; Rec.537; CC, 29 février 1972, *Participation des salariés*, Rec.31). Une simplification résulte du fait que la validation d'une partie significative d'une ordonnance vaut ratification implicite de l'ensemble. Le Conseil constitutionnel assure un contrôle indirect des ordonnances car s'il est saisi de la loi

de ratification, il examinera cette loi au regard de la conformité des ordonnances à la Constitution.

Notule : Il existe d'autres extensions du pouvoir réglementaire : celles résultant de l'article 47 de la Constitution de 1958 qui permet au gouvernement de mettre en vigueur les dispositions du projet de budget; celles résultant de lois référendaires, comme les tristement célèbres ordonnances de la loi du 13 avril 1962, autorisant le Président de la République à arrêter par voie d'ordonnances toute mesure législative ou réglementaire relative à l'application des accords d'Evian (le Conseil d'État a refusé de voir là un transfert du pouvoir législatif et, par analogie au régime des ordonnances de l'article 38, a annulé celles des mesures qui dépassaient l'objet de l'habilitation référendaire et les principes généraux du droit : CE, 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, TGD). Il existe également des cas réels de transfert du pouvoir législatif au gouvernement ou au Président de la République : article 92 de la Constitution, pour une période, il est vrai, limitée à la mise en place des institutions; article 16 de la Constitution, pour celles des mesures prises par le Président de la République qui pourraient être du domaine de la loi.

Section II :

Le pouvoir réglementaire d'autres autorités administratives

Le pouvoir réglementaire général est exclusivement partagé entre le Premier ministre et le Président de la République. La question du pouvoir réglementaire ne se pose donc que pour les autres autorités administratives. Sans qu'il soit nécessaire de répéter ici ce qui concerne la possible délégation du pouvoir réglementaire général, il convient de rechercher si un pouvoir réglementaire peut être reconnu à ces autorités sur un autre fondement. Pour cela, il est utile de regrouper les ministres avec les chefs de service, dont ils constituent le type le plus élevé; les autorités administratives indépendantes, les autorités des collectivités territoriales seront étudiées séparément car le fondement de leur éventuel pouvoir réglementaire est différent.

§ 1. -Les ministres et chefs de service

Tout chef de service a le pouvoir de prendre les mesures, réglementaires ou non, nécessaires au bon fonctionnement du ou des services placés sous son autorité. Ce pouvoir s'exerce en dehors de toute habilitation législative expresse. Le principe en a été posé par l'arrêt *Jamart* (CE, 7 février 1936, *Jamart*, TGD).

A. Le pouvoir réglementaire de tout chef de service

On entend par chef de service des autorités qui sont hiérarchiquement au sommet d'un ensemble de bureaux. Il peut s'agir des ministres, mais aussi de directeurs de régies indirectes, services

non personnalisés de l'État, dans les services centraux; des préfets, des recteurs, TPG, dans les services déconcentrés; des directeurs d'établissements publics.

Le pouvoir d'organisation reconnu à tout chef de service par la jurisprudence Jamart s'exerce dans deux directions. Le chef de service peut, par des mesures internes, réglementer la situation des agents placés sous son autorité. Il peut également réglementer la situation des usagers des services.

Les limites de ce pouvoir réglementaire des chefs de service sont nombreuses. Pour l'organisation interne, le chef de service ne peut intervenir que dans les domaines où existent des lacunes textuelles. Pour la situation des usagers, il ne peut au contraire intervenir que pour appliquer ou préciser des dispositions déjà existantes. Les décisions réglementaires des chefs de service sont soumises au respect des normes supérieures et au contrôle du juge administratif.

B. Le pouvoir réglementaire du ministre hors de sa qualité de chef de service

Le ministre ne possède pas de pouvoir général de prendre des mesures réglementaires.

Aucune Constitution, aucune loi n'a prévu un pouvoir réglementaire qui appartiendrait de plein droit au ministre même dans la seule limite des matières entrant dans leurs attributions. Le Conseil d'État a explicitement refusé ce pouvoir réglementaire au ministre (CE Sect., 23 mai 1969, *Soc. Distilleries Brabant*, Rec.264). Il n'existe donc pas de pouvoir réglementaire sans texte pour ces autorités administratives. Le ministre ne dispose que d'un pouvoir réglementaire spécial.

Cependant, le texte n'est pas obligatoirement une loi (ce peut être un décret : par exemple décret du 28 juin 1973 renvoyant à des arrêtés ministériels les modalités d'application de l'obligation de port de la ceinture de sécurité). Il n'a pas non plus forcément à être explicite (il peut être implicite : lorsqu'un texte charge le ministre de prendre des mesures individuelles d'application, dont l'édiction même suppose une réglementation préalable).

§ 2. -Les autorités administratives indépendantes

A. Position de l'institution (rappel)

La notion d'autorité administrative indépendante est une notion récente. Son origine est législative (loi du 6 janvier 1978, Commission nationale de l'informatique et des libertés; loi du 19 juillet 1977, Commission de la Concurrence). Les autorités administratives indépendantes ont fait l'objet d'une systématisation doctrinale qui les caractérise par l'analyse de leur dénomination. Autorités : organes étatiques dotés de pouvoirs propres, qui prennent des décisions. Administratives : parties des services de l'Etat et même de l'exécutif (statut administratif excluant personnalité morale ou fonction juridictionnelle). Indépendantes : soustraction aux pouvoirs hiérarchique, de tutelle ou de contrôle; et aussi aux influences politiques et professionnelles.

Leur statut est toujours particulier. Concrètement, leur place dans l'Etat est caractérisée par le fait que leur budget est identifiable par une ligne. Leur organisation est très variable : autorité unique (médiateur) ou collégiale (de cinq à vingt-et-un); leur composition aussi : grands corps, représentants du Parlement (Commission d'accès aux documents administratifs, Commission nationale de l'informatique et des libertés), de l'Etat (Commission d'accès aux documents administratifs), personnalités qualifiées (Conseil de la Concurrence), aucune exigence (Conseil supérieur de l'Audiovisuel); nomination calquée sur Conseil Constitutionnel (Conseil supérieur de l'Audiovisuel), décrets délibérés en Conseil des ministres (Président de la Commission des opérations de Bourse), décret simple (Conseil de la Concurrence), désignation par les chefs de Cours (Commission des opérations de Bourse), par le Parlement, ou cooptation. L'indépendance des membres est assurée par des inéligibilités, des incompatibilités, le caractère non renouvelable des mandats (médiateur, Président de la Commission

des opérations de Bourse), l'interdiction des prises de position publiques (Conseil supérieur de l'Audiovisuel). Le Conseil d'Etat a eu à faire respecter cette indépendance en jugeant que le gouvernement ne pouvait mettre fin au mandat du président d'une autorité administrative indépendante au motif que le fonctionnaire qui avait cette fonction atteignait la limite d'âge de son corps d'origine.

B. Nature réglementaire de certains de leurs actes

Les fonctions des autorités administratives indépendantes se résument en un mot : contrôler. Les deux principaux domaines couverts par leur activité demeurent les libertés publiques et l'activité économique. Dans l'exercice de ces fonctions, les autorités administratives indépendantes disposent de certains pouvoirs : celui d'émettre des recommandations (au sens d'avis et propositions), est classique et assimilable à celui des organismes consultatifs. L'originalité des autorités administratives indépendantes est qu'elles peuvent également prendre des décisions. Le Conseil d'État avait déjà reconnu sa compétence à l'égard du médiateur. Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'une autorité administrative indépendante est, « à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité » (CC, 18 septembre 1986, *préc.*). Ces décisions sont donc toujours susceptibles de recours devant le Conseil d'État, sauf pour le Conseil de la Concurrence qui relève de la Cour d'appel de Paris en application de la loi du 6 juillet 1987.

Le pouvoir réglementaire a été explicitement attribué par la loi à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (loi du 6 janvier 1978), à la Commission des opérations de Bourse (lois du 14 décembre 1985, du 2 août 1989), au Conseil du marché à terme (loi du 31 décembre 1987, devenu une personne juridique en vertu de la loi du 2 août 1989), au Conseil supérieur de l'Audiovisuel (loi du 17 janvier 1989). Il est d'ailleurs soumis au contrôle du Conseil

d'État (CE Ass., 12 mars 1982, *CGT*, Rec.107), dont le contrôle autrefois rigoureux semble s'assouplir jusqu'à reconnaître un pouvoir qualifié de « quasi réglementaire » par interprétation des textes (CE, 22 mars 2002, *CNIL*). Il n'y a pas de raison de considérer que les modalités de l'attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes soient différentes de celles du pouvoir réglementaire du ministre. L'habilitation de l'autorité administrative indépendante peut résulter d'un texte, à condition, comme pour le ministre, qu'elle soit de portée limitée tant par son champ d'application que par son contenu (CC, 3 août 1993, *Autonomie de la Banque de France*), mais elle peut probablement être implicite.

§ 3. -Les autorités des collectivités territoriales

Les autorités des collectivités territoriales sont les organes délibérants de ces personnes publiques (conseils municipaux, généraux, régionaux), mais aussi leurs organes exécutifs (maires, présidents de conseils généraux, présidents de conseils régionaux).

Bien que ces personnes publiques soient également des collectivités politiques et que leurs organes procèdent tous de l'élection, le système juridique légué par l'histoire est conçu de telle manière qu'elles ne tiennent leurs compétences que de la délégation que leur en a fait l'Etat. Cette délégation intervenait par voie législative le plus souvent puisque la libre administration des collectivités territoriales est citée dans l'article 34, et par voie réglementaire pour certains aspects, car la loi ne détermine que les principes fondamentaux de cette libre administration. Aussi, en l'état actuel de la forme de l'État français, un texte est toujours nécessaire pour fonder le pouvoir réglementaire d'une autorité d'une collectivité territoriale. Ainsi que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont eu l'occasion de le reconnaître, le souci de donner aux collectivités territoriales les moyens juridiques leur permettant de

mettre efficacement en œuvre les attributions qui leur sont confiées, a justifié que leur soit reconnu un pouvoir réglementaire.

Le fondement textuel a pu être explicite, par exemple une loi attribuant un pouvoir réglementaire à une autorité locale qui n'en disposait pas auparavant. Mais ce fondement pouvait aussi être implicite (CE 13 février 1985, *Synd. communaut. d'aménag. de l'aggl. nouvelle de Cergy-Pontoise*, Rec.37). Si une loi régit l'organisation d'un service dépendant d'une collectivité territoriale sans en préciser les modalités d'application, l'autorité locale possède implicitement la compétence réglementaire nécessaire. Elle est alors attribuée à l'organe délibérant.

La réforme constitutionnelle votée par le Congrès en 2003 donne enfin une base constitutionnelle au pouvoir réglementaire des collectivités locales. Elle introduit au troisième alinéa de l'article 72, cette disposition : « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus. Pour l'exercice de leurs compétences, elles disposent, dans les mêmes conditions, d'un pouvoir réglementaire », consacrant ainsi une limite, qui est la même que celle de la « libre administration ». Le pouvoir réglementaire des collectivités locales est résiduel. Il ne pourra s'exercer que dans la mesure où la loi l'a prévu et pour la seule mise en œuvre des attributions que ces collectivités tiennent de la loi.

La question demeurera cependant de savoir d'une part si, dans les cas où une loi ne prévoit pas les mesures d'application, le Premier ministre en vertu du pouvoir réglementaire général d'application des lois pourra édicter un décret pour les prendre. Et de savoir d'autre part, face à une loi trop imprécise pour être mise en œuvre, si l'intervention de mesures nationales est nécessaire pour la rendre applicable par les collectivités territoriales.

Section III :

L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire

La question de savoir si l'autorité qui possède le pouvoir réglementaire peut être tenue de l'exercer est une question doublement fondamentale. D'une part, elle rappelle que les prérogatives de puissance publique ne sont justifiées qu'en considération du but, de régulation sociale par la norme ou de prestation de services, assigné aux personnes publiques. D'autre part, elle peut restreindre la marge de manœuvre de ces autorités c'est-à-dire leur pouvoir de gestion.

On peut poser en principe que l'autorité qui possède le pouvoir réglementaire n'est pas tenue de l'exercer en raison de simples situations de fait, sauf en matière de police (CE Sect., 23 octobre 1959, *Doublet, TGD*) à la condition que la situation de fait rende absolument indispensable la production d'une réglementation. En revanche, il existe une obligation d'exercer le pouvoir réglementaire dans deux cas principaux : l'application d'un texte; l'abrogation des règlements illégaux.

§ 1. - Obligation générale de réglementer pour appliquer les textes

Les titulaires du pouvoir réglementaire disposent certes d'une marge d'appréciation pour décider du contenu des mesures d'application et du moment opportun de leur intervention. Pourtant, il n'est pas conforme aux principes de l'ordre juridique de paralyser l'effectivité d'un texte normatif en n'édicant pas ses mesures d'application. Il n'existe pas, en droit français, de droit de veto « par inertie » reconnu au pouvoir réglementaire.

L'obligation ne concerne cependant que l'application de textes conformes à la hiérarchie des normes. Ainsi, le gouvernement n'a pas l'obligation de réglementer pour appliquer une loi qui se trouverait contraire aux objectifs d'une directive (CE, 24 février 1999, *Assoc. de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, Rec.19) et de façon plus générale aux engagements internationaux de la France (CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement, Petites Affiches* 2000, n° 230, note Alain Laquière).

La question s'est posée pour la première fois à propos des règlements d'administration publique. La doctrine unanime reconnaissait que, malgré la mention faite par les lois d'un délai pour l'édiction gouvernementale de ces règlements, il n'existait aucune obligation juridique qui pesât pour le gouvernement d'exercer le pouvoir réglementaire d'application des lois. La seule sanction possible était alors la mise en jeu de la responsabilité politique.

Il faut attendre les années 1950 pour que le Conseil d'État pose les jalons de reconnaissance de cette obligation. Puis la jurisprudence administrative, successivement, annula le refus d'édicter les règlements nécessaires à l'application d'un texte à valeur législative, et condamna l'État à la réparation du préjudice causé par la non-édiction des règlements nécessaires à l'application d'un décret (CE Ass, 27 novembre 1964, *Veuve Renard*, TGD).

Cette obligation ne s'entend que de l'édiction par voie réglementaire de mesures d'application rendues nécessaires par l'imprécision du texte à appliquer. Il va de soi que si l'acte est directement applicable, le problème ne se pose pas. Elle ne s'entend que de l'application d'actes eux-mêmes réguliers. Le délai mentionné par le texte pour la production de ses mesures d'application n'est pas considéré comme impératif à moins d'avoir été prescrit à peine de nullité, mais il doit rester raisonnable. L'appréciation de ce caractère revient à la jurisprudence : les treize ans de l'affaire *Veuve Renard* excèdent le raisonnable, par ailleurs le juge est sensible au fait que le délai fixé par la loi soit clairement une garantie pour les particuliers. Le défaut d'exécution ouvre la possibilité de poursuivre le Gouvernement par la voie de l'astreinte.

En revanche elle est dotée d'un corollaire intéressant, lorsque la modification de l'organisation administrative a une conséquence sur une situation statutaire, l'autorité administrative est tenue de prendre dans un délai raisonnable les mesures nécessaires pour en placer les bénéficiaires dans la position à laquelle ils ont statutairement droit.

§ 2. - Obligation spéciale de réglementer pour abroger les règlements illégaux

Abroger un acte réglementaire, c'est encore exercer le pouvoir réglementaire.

Le principe de l'obligation d'abroger les règlements illégaux résulte de l'arrêt *Alitalia* (CE Ass., 3 février 1989, *Comp. Alitalia, TGD*). Il s'agit d'un principe (s'il n'est pas expressément qualifié de principe général du droit c'est au moins un principe de procédure) qui préexistait au décret du 28 novembre 1983, et que ce dernier ne saurait modifier, puisque les principes généraux du droit ont une autorité supérieure à celle des règlements.

1. Pas de distinction selon la cause de l'illégalité

Le Conseil d'État avait, tardivement il est vrai, reconnu l'obligation pour le détenteur du pouvoir réglementaire d'abroger les règlements illégaux. Mais il en avait rapidement limité la portée en enfermant la demande d'abrogation dans le délai du recours contentieux. Bien que l'exception d'illégalité soit perpétuelle contre les règlements, cette solution n'était guère satisfaisante. L'arrêt *Alitalia* pose le principe de l'obligation d'abroger sur demande, « soit que ce règlement ait été illégal dès sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances droit et de fait postérieures ».

Aujourd'hui le détenteur du pouvoir réglementaire général est tenu de l'exercer pour abroger les règlements illégaux. Cette obligation ne s'entend que de l'abrogation (suppression pour l'avenir) et non du retrait (suppression rétroactive). Il faut que la demande

soit explicitement adressée à l'autorité possédant le pouvoir réglementaire : cette autorité n'a pas l'obligation de procéder à l'abrogation de sa propre initiative. Cette demande peut être présentée sans considération de délai et quelle que soit la nature de l'illégalité : illégalité initiale, changement de l'état du droit ou changement des circonstances de fait.

2. Exigence d'une demande

La formulation de l'arrêt *Alitalia* ne laisse aucun doute. L'abrogation est obligatoire sur demande d'un particulier y ayant intérêt. Néanmoins l'autorité administrative est responsable de la légalité de sa réglementation. En effet, les conséquences dommageables d'un défaut d'abrogation engagent sa responsabilité, même si la demande n'a pas été formée (CE sect., 5 mai 1986, *Fontanilles-Laurelli*, Rec.127). Il ne faut pas pour autant en déduire qu'il existerait pour l'autorité compétente une obligation de mettre en question, par une veille systématique, les textes applicables, pour abroger plus vite que son ombre toute réglementation devenue illégale.

Chapitre 4 :

La police administrative

Le terme de police est très ancien chez les juristes. Sa signification a profondément varié au fil des siècles. À partir du XV^{ème} siècle, le terme de police se répand dans les ordonnances royales. Il semble que ce terme puisse signifier à la fois «politique» et «gestion» de la chose publique. Au XVII^{ème} siècle, la police est définitivement devenue un pouvoir réglementaire, ce qui explique peut-être la connotation négative que le mot a prise jusqu'à aujourd'hui. « La police consiste à assurer le repos public et celui des particuliers, à procurer l'abondance et à faire vivre chacun suivant sa condition », dit une ordonnance royale de 1669. A la fin du siècle, la Police universelle englobe, pour Domat, le droit public et le droit privé. Enfin, au XVIII^{ème} siècle, fleurirent des dictionnaires de Police qui sont en réalité de véritables codes de droit et de pratique administrative. Le plus célèbre d'entre eux, le *Traité de la Police* de De Lamare, prend pour subdivision la santé, les vivres, la voirie, le commerce les manufactures et les arts mécaniques. Autant de domaines d'intervention des services publics contemporains.

Aujourd'hui la signification du terme reste multiple. «Police» désigne à la fois l'ensemble du corps de fonctionnaires ainsi nommé, une partie des personnels des personnes publiques chargés de compétences particulières (la police de la route composée surtout de gendarmes et aussi de certaines autorités administratives), ou encore l'activité même exercée par ces personnes, voire au sens large, toute l'activité de production de la réglementation qui a pour but de prévenir les atteintes à l'ordre public.

Section I :

Service public ou ordre public ?

On peut présenter la police de deux manières foncièrement différentes. Soit la police est l'activité de réglementation qui tend à assurer le maintien de l'ordre public, soit la police est un service public qui associe des corps de fonctionnaires à l'activité normative des autorités auxquels sont reconnus des pouvoirs de police.

§ 1. -L'activité de police, activité de service public

Il a été dit que service public et police s'opposent apparemment car « le procédé normal de la police est la prescription, alors que le procédé normal du service public est la prestation » (Vedel et Delvolvé, *Dr. adm.* 2, p. 663). En réalité, il est nécessaire de rappeler, et ce n'est pas un argument purement rhétorique, que l'activité de police n'est, dans son aspect de production des normes qu'un secteur particulier du cas général de la production de normes par les personnes publiques. Or, lorsque cette production normative a pour but de réglementer l'activité privée avec un but d'intervention directe (interdiction, réglementation), on est en présence à n'en point douter d'un service public. L'exemple le plus clair en est fourni par l'arrêt *Monpeurt* qui constate que l'activité normative des comités d'organisation est « l'exécution d'un service public » (CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *TGD*). La particularité des mesures de police est d'être, à titre général, pénalement sanctionnées en application de l'article R. 610-5 du Code pénal (l'infraction « aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police » est une contravention).

L'activité de police, d'autre part, dans son aspect de maintien de l'ordre est un service public fonctionnel qui a pour but de satisfaire

le besoin d'ordre social. C'est une spécificité de cette activité qui se distingue des autres activités des personnes publiques ne visant que l'intérêt général. Il n'est pas impossible de soutenir que l'activité de police soit un service public obligatoire pour l'Etat en application de la Constitution. En effet, d'une part, les articles 12 et 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen posent l'existence d'une « force publique » et assurent les moyens de son financement. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a confirmé, à l'occasion de l'examen de la loi du 21 janvier 1995, que la sécurité est un droit fondamental dont le respect garantit l'exercice de toutes les libertés.

§ 2. -L'ordre public, but de l'activité de police

Le service public de la police administrative possède une particularité qui explique deux aspects de son statut. Tout acte ou fait de police restreint la liberté des citoyens, c'est-à-dire leur possibilité d'accomplir une activité licite ou de faire valoir leurs droits. De cette constatation, il résulte d'une part que le service public de la police administrative ne peut être transféré ni par voie contractuelle, ni de manière unilatérale, à une personne privée (CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec.595). Il en résulte d'autre part que les actes de police ne sont légaux que s'ils sont nécessaires pour atteindre le but d'ordre public (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, TGD).

Qu'est-ce que l'ordre public ? De manière traditionnelle, l'ordre public est une notion vaste dans son domaine mais limitée dans son application.

Tout d'abord, l'ordre public est un « objectif à valeur constitutionnelle » (CC, 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*, Rec.48).

« L'ordre public au sens de la police est l'ordre matériel et extérieur » (Hauriou, *Précis*, p. 549). Cette expression signifie que l'ordre public ne saurait s'appliquer à ce qui relève de la sphère privée, du phénomène du for intérieur. L'inspiration de cette

notion est surtout locale, elle provient de la police municipale et du débat déjà ancien sur le pouvoir municipal (V. Henrion de Pansey, *Du pouvoir municipal*, 1820). En matière de police générale, les communes assuraient l'ordre public dans trois directions : la sécurité publique, la tranquillité publique et la salubrité publique, en application des lois du 14 décembre 1789 (art. 50), et du 24 août 1790 (tit. II, art. 3 ss.).

Cette conception extérieure de l'ordre public a progressivement évolué. La satisfaction de besoins collectifs nouveaux, l'expansion des libertés réelles, le souci d'efficacité ont augmenté à la fois l'exigence de précision des mesures et leur diversité. L'exemple le plus classique est certainement la réglementation de la circulation qui justifie par l'ordre public l'interdiction de circulation de certains véhicules, à certaines heures, l'interdiction ou la limitation du stationnement, l'institution de stationnements réservés, payants, de l'obligation de posséder un garage, la suspension du permis de conduire.

Mais on ne peut pas dire que l'ordre public ait vraiment changé de nature.

Tout d'abord, la jurisprudence administrative a toujours refusé d'accepter comme relevant de la police administrative générale, la protection de l'esthétique. Il existe en effet si nécessaire des polices spéciales à cet effet.

Ensuite, la protection de l'ordre moral en général, c'est-à-dire des troubles de conscience qui pourraient être provoqués par certains agissements publics, ne saurait être une des composantes de l'ordre public. La loi ne prévoit pas en effet ce type d'attribution de police générale. Mis à part quelques arrêts anciens évoquant « l'ordre public et les bonnes mœurs » pour fonder des interdictions émises par des autorités de police, il ne reste que deux cas où cet ordre moral soit pris en compte par le Conseil d'État. Le premier est celui de l'interdiction par le maire de projections cinématographiques. Mais il faut alors préciser. La jurisprudence fondatrice juge légale l'interdiction municipale de projection à deux conditions : celle où la projection est susceptible de causer des dégâts matériels; celle où la production est de nature à porter préjudice à l'ordre public « en

raison du caractère immoral du film et des circonstances locales ». Or, la première condition n'est que la traduction de la nécessité d'assurer un ordre public extérieur (sécurité et tranquillité). La seconde condition ne traduit que le pouvoir d'appréciation du maire quant à la nécessité de mesures de prévention, par des actes de police, de troubles extérieurs et quant à leurs risques de survenance.

Le second cas de prise en considération d'une composante morale dans l'ordre public est, depuis l'introduction en droit français de la CEDH, la protection de l'individu contre les traitements inhumains et dégradants. La dignité de la personne humaine est expressément élevée au rang de composante de l'ordre public et dans ce cas l'autorité de police n'a plus à se fonder sur les circonstances locales (CE ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, TGD).

Ces deux dérogations ne sauraient signifier cependant qu'il existerait de manière générale un ordre moral dans l'ordre public, mais seulement que cette composante de l'ordre public, dont le fondement est essentiellement moral, doit être prise en compte. Il faut d'ailleurs remarquer que, en identifiant une nouvelle composante de l'ordre public et en excluant toute nécessité de circonstance locale, le juge administratif a attiré le respect de la dignité humaine dans la compétence du pouvoir de police administrative générale du Premier ministre... C'est pourquoi « s'il est bien que les juges fassent de la morale, c'est à condition qu'ils en fassent le moins possible » (Chapus, *DAG 1*, 1998, p. 653).

Là encore, pour protéger la décence et les bonnes mœurs, il existe des polices spéciales à fondement législatif (loi du 11 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, par exemple; ord. du 3 juillet 1945 sur les visas de contrôle attribués par le ministre chargé du cinéma), dont l'encadrement est plus apte à garantir les libertés publiques que l'élargissement du pouvoir de police administrative générale des autorités exécutives.

Mais surtout, on peut se demander si cette conception française de l'ordre public peut subsister face à celle mise en œuvre par le droit communautaire. En effet, dans une décision du 14 mars 2000, *ESF*, le CJCE a posé que *l'art. 73 D du traité CE (devenu 58 CE) doit*

être interprété en ce sens qu'il ne permet pas un régime d'autorisation préalable qui se limite à définir de façon générale [les objets concernés] comme de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique, de sorte que les intéressés ne sont pas en mesure de connaître les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable est nécessaire. En conséquence, les textes nationaux régissant des restrictions, pour cause d'ordre public, à l'application de principes fondamentaux du droit communautaire, doivent préciser dans leur rédaction, les circonstances spécifiques et objectives dans lesquelles une autorisation préalable est nécessaire. Ils ne peuvent pas s'en tenir à une désignation qui se borne à définir de façon générale les comportements concernés comme de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique.

Section II :

Éléments distinctifs de la police administrative

Le champ d'application de la police administrative est variable en fonction que l'on considère la police générale ou qu'on y ajoute de nombreuses réglementations spécifiques à la matière concernée par l'intervention administrative. Il faut donc distinguer à l'intérieur de la police administrative, la police administrative générale des polices administratives dites spéciales. Mais il faut également éviter une confusion qui pourrait s'opérer de manière externe entre police générale administrative et judiciaire.

§ 1. -Distinction interne : police générale et police spéciale

La police administrative est habituellement marquée d'une distinction entre police administrative générale et polices administratives spéciales. La police administrative générale est l'ensemble des activités des autorités administratives ayant pour objet l'édiction de règles générales et de mesures individuelles nécessaires au maintien de l'ordre public. Les polices administratives spéciales sont les activités des autorités administratives qui se différencient de la précédente soit par le fait qu'elle peuvent intervenir dans d'autres matières que la sécurité, la tranquillité et la salubrité, soit par leur régime particulier. Cette distinction peut être approfondie par l'examen du régime des deux types de police administrative.

A. La police administrative générale

1. Titulaires du pouvoir de police administrative générale

Le pouvoir de police administrative générale appartient aux autorités administratives de l'Etat, des départements et des communes. Les régions et les établissements publics ne possèdent pas ce pouvoir, sauf si une loi le leur attribue expressément.

Le Premier ministre dispose du pouvoir de police générale sur l'ensemble du territoire (*Cf. supra*).

Quant aux départements, le pouvoir de police administrative générale appartient concurremment au président du Conseil général et au préfet. Le président du Conseil général exerce ces pouvoirs au nom de la collectivité territoriale (CGCT, art. L. 3221-4), pour ce qui est de la police afférente à la gestion du domaine départemental, notamment en ce qui concerne la circulation. Le préfet exerce les pouvoirs de police administrative générale au nom de l'Etat, qu'il s'agisse du maintien de l'ordre sur l'ensemble de l'aire départementale (D. du 14 mars 1986) ou des mesures excédant le territoire d'une seule commune (CGCT, art. L. 2215-1 et s.). Les préfets adjoints à la sécurité qui peuvent être institués (décrets du 29 septembre 1972 et du 13 septembre 1989) ne disposent d'aucun pouvoir de police supplémentaire par rapport au préfet de leur département.

On doit noter que le préfet dispose d'un pouvoir de substitution d'action pour prendre à la place du président du Conseil général les mesures que ce dernier aurait dû édicter (CGCT, art. L. 3221-5).

Quant aux communes, le pouvoir de police administrative générale exercé au nom de la commune, appelé pouvoir de police municipale, est attribué au maire et non au conseil municipal (CGCT, art. L. 2212-1). La ville de Paris est dotée d'un régime particulier, car le pouvoir de police administrative générale est partagé entre le maire (loi du 29 décembre 1986, art. 9) et le préfet de police (arrêté du 12 messidor an VIII).

Mais il faut signaler que les communes chefs-lieux de département sont toutes des communes à police d'État (CGCT, art. L. 2214-1)

et que les autres peuvent demander à bénéficier de ce régime, si elles comptent plus de 20000 habitants et sont affectées par une délinquance de type urbain. L'étatisation de la police municipale a deux conséquences : les policiers deviennent des fonctionnaires de l'Etat; les pouvoirs de police du maire relativement à la répression des atteintes à la tranquillité publique sont transférés au préfet, par exemple pour les attroupements ou rassemblements *occasionnels* de personnes (CGCT, art. L.2212-2). Mais le maire reste compétent pour d'autres cas (art. L. 2212-2) et notamment pour les grands rassemblements habituels (CGCT, art. L. 2214-4).

Enfin, il faut rappeler que le préfet dispose d'un pouvoir de substitution d'action, en cas de carence du maire et après mise en demeure infructueuse (CGCT, art. L. 2215-1, 1^o al. 2). Il peut ainsi prendre les mesures de police nécessaires au nom de la commune, et engage la responsabilité éventuelle de celle-ci quant aux conséquences des mesures prises.

2. Concours des polices administratives générales.

Le ressort territorial des autorités investies d'un pouvoir de police administrative générale pouvant se recouper ou être confondu, se pose le problème de la compatibilité des mesures prises par ces autorités. C'est la question du concours des mesures et des pouvoirs de police administrative générale.

Les principes de solution sont les suivants. 1. L'autorité de police administrative générale qui a la compétence géographique la plus limitée ne peut pas édicter des dispositions plus libérales que celles qui résultent des actes des autorités de police administrative générale détenant la compétence géographique la plus étendue (CE, 8 août 1919, *Labonne*, TGD). 2. Au contraire, cette autorité qui possède la compétence géographique la plus limitée peut augmenter les exigences fixées par les actes des autorités de police administrative générale détenant la compétence géographique la plus étendue, à condition, bien sûr, de respecter le principe de la nécessité des mesures de police et de se fonder sur des circonstances locales.

B. Les polices administratives spéciales

1. Différenciation de la police générale

Le problème principal des polices administratives spéciales est de trouver des critères de distinction par rapport à la police générale. En effet, il est impossible de procéder à une séparation organique : les autorités de police spéciale sont les mêmes que les autorités de police générale (ainsi du Premier ministre qui peut réglementer les prix par décret en application de l'ord. du 1er décembre 1986). Il n'est pas plus aisé de rechercher une séparation fondée sur l'étendue territoriale de ce pouvoir, car le ressort géographique n'est pas non plus un critère : les autorités nationales que sont les ministres ne se voient souvent reconnaître que des pouvoirs de police spéciale; les autorités locales que sont les maires se voient attribuer des pouvoirs de police générale.

Il faut donc se contenter d'indices pour caractériser les polices spéciales. Le premier indice possible est l'idée de dérogation dans l'attribution du pouvoir de police.

Une police peut être spéciale parce qu'elle est spécialement attribuée à une autorité différente de celle qui serait normalement compétente en vertu des pouvoirs de police générale. Par exemple, en matière de police des gares, et aéroports, alors que le maire devrait être normalement compétent, c'est le préfet qui l'est en vertu des textes (Décret du 22 mars 1942, art. 6, sur la police des chemins de fer ; Code de l'aviation civile, art. L. 213-2). Il en est de même pour les manifestations, même localisées sur une seule commune (D.-L. du 23 octobre 1935 et L. du 21 janvier 1995). Elle peut être spéciale parce qu'elle est attribuée à une autorité administrative qui ne possède pas normalement de pouvoir de police. Par exemple, le ministre de l'intérieur détient la police des étrangers (ord. du 2 novembre 1945, modifiée), des publications de presse étrangères (loi du 29 juillet 1881, art.14, décret du 6 mai 1939) ou destinées à la jeunesse (loi du 11 juillet 1949), celui chargé de la culture dispose de la police du cinéma (ord. du 3 juillet 1945).

Le deuxième indice est la spécialité du but de police poursuivi. Ce but est différent du seul maintien de l'ordre public. Ainsi en est-il de toutes les polices domaniales qui visent à garantir l'intégrité des biens appartenant aux personnes publiques, des polices de protection de l'esthétique (loi du 29 décembre 1979, sur l'affichage), des polices préfectorales de la chasse (Code rural, art. L. 220-1) et de la pêche. En conséquence de la spécialité du but poursuivi, mais sans qu'il s'agisse d'un indice autonome, on peut rappeler que les destinataires de la réglementation de police sont des publics circonscrits et identifiables (les nomades, les étrangers, les taxis, les éditeurs, les piétons, les conducteurs, les chasseurs, les manifestants).

Enfin, le troisième indice est la spécialité du contenu de la réglementation de police, et des procédures dans lesquelles elle est enfermée. Un contenu précis et détaillé, des pouvoirs de police précisément définis et sanctionnés, des procédures particulières et formalistes sont l'indice de pouvoirs de police spéciale. Par exemple, en matière de police des édifices menaçant ruine, le maire peut prescrire l'exécution de travaux nécessaires aux propriétaires d'immeubles délabrés par un «arrêté de péril» (C. constr., art. L. 511-1). Les établissements classés dangereux, incommodes, insalubres, nuisibles à l'environnement, sont soumis à une autorisation d'exploitation délivrée par le préfet, qui peut la retirer dans certaines conditions (loi du 19 juillet 1976, modifiée).

2. Concours entre police spéciale et police générale

Il peut arriver que les mêmes finalités et les mêmes activités soient régies à la fois par des textes comportant pouvoirs de police spéciale et par des autorités de police générale. Par exemple, les spectacles cinématographiques, intéressent à la fois, on l'a vu, la police générale par les conséquences qu'ils peuvent avoir sur l'ordre public local, et une police spéciale qui prévoit un régime particulier de surveillance (visa ministériel après avis d'une commission).

Le principe en ce cas est que l'existence d'une police spéciale ne fait pas obstacle à l'exercice d'un pouvoir de police générale **dans**

le **domaine spécial considéré**, sauf s'il existe un texte qui en dispose autrement (CE, 20 juillet 1935, *Soc. Ets SATAN*, Rec.847, cas de la police des gares et aéroports réservée aux préfets) et sauf si cet usage, hors cas d'urgence, a pour effet de ne pas respecter la procédure prévue pour la police spéciale.

L'existence de polices spéciales (comme celles de l'affichage ou des établissements classés par les préfets) ne fait pas obstacle à la légalité de mesures prises au titre de la police générale **pour la protection de l'ordre public**. Mais, on doit préciser que le contrôle du juge administratif est alors très rigoureux sur la nécessité des mesures de police générale.

L'exercice de pouvoirs de police spéciale n'est pas non plus exclusif de **mesures complémentaires, plus rigoureuses**, prises en vertu de pouvoirs de police générale. Ainsi en est-il de l'intervention des maires, dans les spectacles cinématographiques pour des raisons de tranquillité publique, ou dans l'affichage et la publicité pour des raisons de sécurité publique. Ce principe peut recevoir application alors que c'est la même autorité qui détient à la fois un pouvoir de police générale et un pouvoir de police spéciale. Elle n'est pas alors obligée d'utiliser des mesures de police spéciale, mais peut s'inspirer de fondements de police générale, notamment lorsque des mesures nécessaires ne sont pas prévues par les textes régissant la police spéciale.

3. Concours entre polices spéciales

Dans certains cas, les polices spéciales peuvent se superposer en raison du domaine de l'activité couverte et des volontés d'intervention des personnes publiques. On peut énoncer le principe régissant la matière de deux façons. Soit l'on dit que chaque police spéciale doit être assurée dans le but spécial qui lui correspond, et selon les procédures qui lui sont assignées par les textes, sans confusion, ni empiètement, ni substitution. Soit l'on dit qu'il n'y a pas de principe spécial à la matière dans la mesure où le précédent énoncé n'est qu'une application du principe de légalité à des matières spéciales régies par des textes nombreux (CE, 17 août 1945, *Kerouartz*, Rec.180; CE Ass., 7 octobre 1977, *Nungesser*, Rec.378).

§ 2. -Distinction externe : police administrative et police judiciaire

A. Position du problème

La police administrative a pour but la recherche générale de l'ordre public. La police judiciaire a pour mission de découvrir les infractions, d'en rechercher les auteurs, de les confier aux tribunaux. La police judiciaire agit donc en application de règles de procédure pénale, pour l'application ultime du droit pénal, alors que la police administrative n'est encadrée, dans le champ potentiellement vaste de ses interventions, que par le droit administratif. De là vient la nécessité d'un étroit contrôle des mesures de police administrative, ainsi qu'une question de compétence.

Le contentieux de la police administrative appartient en principe à la juridiction administrative, qu'il s'agisse de contester la légalité des mesures de police ou de poursuivre une personne publique à raison des dommages causés par la réalisation de ces mesures.

Le contentieux de la police judiciaire dans les mêmes hypothèses appartient au contraire à la juridiction judiciaire, sauf dans un cas, l'action contre une personne publique des personnels de police ou des collaborateurs occasionnels de la police en réparation des dommages qu'ils auraient pu subir.

Le problème de distinction entre police administrative et police judiciaire se pose parce que ces deux sortes de police ont un personnel commun : elles sont donc parfois organiquement confondues. Par exemple, les préfets, les maires sont à la fois des autorités administratives et des autorités de police judiciaire. Il arrive aussi que police administrative et police judiciaire soit fonctionnellement successives, c'est-à-dire qu'une activité relevant au départ de la police administrative se transforme en activité de police judiciaire.

B. Principe de distinction

L'état du droit provient résulte de la jurisprudence *Baud-Noualek*. Cette jurisprudence écarte nettement le prétendu fondement du caractère préventif de la police administrative et du caractère répressif de la police judiciaire. En effet, la police administrative n'est pas toujours préventive, elle intervient par exemple en matière d'insalubrité avec l'objectif de faire cesser des troubles à l'ordre public, en usant au besoin de pouvoirs de sanction. La police judiciaire, quant à elle, est parfois préventive. Comme le remarque J. Moreau « l'idée qui associe prévention des troubles menaçant l'ordre public et police administrative n'est pas fausse : c'est une approximation, non un critère de définition » (*Dr. adm.*, p. 355). Le critère de distinction est totalement finaliste.

Le juge administratif recherche l'intention des auteurs de la mesure de police, le but de la décision ou de l'opération à qualifier. Il y a police judiciaire si les actes ou les faits juridiques à qualifier sont en relation avec une infraction pénale déterminée (CE Sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, TGD). A l'inverse, en l'absence de relation avec une telle infraction, les mesures appartiennent à la police administrative (TC, 7 juin 1951, *Dame Noualek*, TGD).

C. Mise en œuvre du principe

1. Précisions

Relèvent de la police judiciaire les actes et opérations qui sont destinées à réaliser la répression d'une infraction déterminée. Une infraction déterminée n'est pas forcément déjà commise, il peut s'agir d'infractions sur le point d'être commises. Une infraction déterminée n'est pas une infraction qui sera certainement commise. Seule suffit la possibilité de commission de l'infraction. Si le comportement d'un individu est de nature à laisser croire qu'il va commettre un délit, les opérations de contrôle d'identité, de poursuite et d'arrestation relèvent de la police judiciaire. Enfin,

une infraction déterminée n'est pas une infraction réellement commise. Ces opérations sont qualifiées de police judiciaire même si le flagrant délit ne se produit pas, même si le délit prévu ne s'est pas concrétisé, et surtout, même s'il s'agit d'une erreur de l'autorité de police judiciaire qui a cru reconnaître un délit, là où il n'y en avait pas.

Le domaine des mesures et opérations de police judiciaire n'est donc pas si limité qu'il y paraît. Peu importe par exemple que les mesures aient été accomplies sur instruction du Parquet. Cependant, le critère du but de répression d'une infraction déterminée qui devrait aboutir à la qualification différenciée des mesures de contrôle et de vérification d'identité est tenu en échec par l'article 78-1 du C. pr. pén. les opérations de vérification sont soumises au contrôle des magistrats du parquet, ce qui donne a priori compétence aux tribunaux judiciaires.

Dans tous les cas, il faut éviter de confondre deux problèmes dont la solution du premier peut influencer la résolution du second : la qualification (actes de police administrative ou de police judiciaire) et la régularité juridique de l'opération (compétence des autorités pour prendre ces mesures, nécessité des mesures de police administrative).

L'exemple type en serait le régime des contrôles d'identité, sans oublier qu'ils sont fondés sur un régime législatif particulier.

L'article 78-2 du Code de procédure pénale dispose que « pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens l'identité de toute personne peut être contrôlée quel que soit son comportement ». Le conseil constitutionnel a posé la réserve d'interprétation que dans tous les cas, le contrôle soit justifié par des « circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public » (CC n° 93-323 DC, 5 août 1993, Rec.213). De toutes façons, le contrôle des mesures en question appartient aux magistrats du parquet (CPP, art. 78-1), ce qui transfère le contentieux de leur contestation à l'ordre judiciaire (Civ. 2^{ème} 28 juin 1995, *Bechta*, *AJDA* 1996.72, note Legrand).

2. Intérêt

Le critère actuel de distinction présente trois intérêts. Tout d'abord il est conforme au principe de séparation des pouvoirs, qui interdit à la juridiction administrative de s'immiscer dans la compétence judiciaire. Ensuite, il est en harmonie avec les dispositions de l'article 14 du C. Pr. pén. qui définit la police judiciaire. Enfin, il permet au juge administratif d'exercer un contrôle très approfondi de la réalité matérielle, et notamment de requalifier en mesures de police administrative des mesures présentées par leurs auteurs comme relevant de la police judiciaire (CE Ass., 24 juin 1960, *Soc. Le Monde* et *Soc. Frampar* (deux arrêts), TGD).

3. Difficultés

Il n'est pas impossible que les mesures et les opérations de police changent de nature et donc de qualification en raison de l'évolution de la situation.

Une opération de police administrative peut ainsi devenir une opération de police judiciaire. Par exemple dans l'affaire *Demoiselle Motsch* (TC, 5 décembre 1977, Rec.671). Un automobiliste qui avait pris en charge une auto stoppeuse force un barrage établi en vue de réaliser un contrôle d'identité. Il brûle alors plusieurs feux et prend une voie à sens interdit. Un policier tire sur la voiture et blesse la passagère. L'action en dommages et intérêts de celle-ci dirigée contre une personne publique, l'Etat, relève de la compétence judiciaire, parce que les opérations qui suivent le franchissement du barrage sont des opérations de police judiciaire (utilisation d'une arme dans l'intention d'arrêter l'auteur de plusieurs infractions).

D'autres cas sont apparemment plus difficiles à régler, mais le Tribunal des conflits adopte un principe unificateur destiné à simplifier la matière. Ainsi, dans l'affaire *Le Profil* (TC, 12 juin 1978, *Soc. Le Profil*, Rec.648). La caissière d'une société se rend à la banque pour y retirer des espèces, escortée par des agents de police. Malgré cela des malfaiteurs lui arrachent la mallette et s'enfuient sans que les policiers puissent intervenir ou jugent bon de le faire. La société saisit le tribunal administratif, elle invoque une mauvaise

organisation des services. Saisi de la question de la qualification des opérations, le Tribunal des conflits reconnaît la compétence de la juridiction administrative au motif que le préjudice, intervenu au cours d'une opération qui, de police administrative (protection des personnes et des biens), est devenue une opération de police judiciaire (infraction constituée, inaction des policiers dans la poursuite), résulte essentiellement des conditions d'organisation de la police administrative. Il est donc inutile d'exercer deux actions en réparation en séparant ce qui relèverait de la police administrative et de la police judiciaire. La nature de l'opération a changé mais on n'en tient pas compte : la réparation relève pour l'ensemble de la juridiction administrative.

La solution ainsi adoptée se résume au principe que la compétence est établie en considération de la nature de l'opération de police dans laquelle le dommage trouve sa cause. Cette solution explique une jurisprudence traditionnelle, concernant les dommages à l'occasion du franchissement de barrages de police lorsqu'ils ne sont pas suivis d'infractions pénales distinctes. La compétence pour juger de l'action en responsabilité des victimes est toujours administrative parce que le dommage a essentiellement sa cause dans l'opération de police administrative (CE Ass., 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, Rec.307).

Section III :

Contrôle de légalité des mesures de police administrative

La police administrative est peut-être plus contrainte qu'on ne le croit en général, dans la mesure où, essentiellement, elle ne peut être exercée que par des mesures « sèches » d'interdiction. D'autres mesures préventives et complémentaires sont traditionnellement exclues par le juge administratif, en ce qu'elles constituent de toutes façons des limitations aux libertés publiques. Ainsi, il n'est pas possible à l'autorité de police d'imposer, à l'exercice d'une activité privée, un régime de déclaration ou d'autorisation qui n'aurait pas été prévu par une loi (CE ass. 22 juin 1958, *Daudignac*, *TGD*). De même, l'interdiction ne peut pas être assortie de la prescription des moyens appropriés pour la respecter. Enfin, une interdiction ne peut pas prévoir elle-même sa propre exécution forcée, puisqu'elle n'appartient pas en général aux pouvoirs de l'autorité administrative.

§ 1. - Conditions générales de légalité

A. Contraintes tirées de la nature des actes

Les conditions générales de légalité des mesures de police administrative sont celles de tout acte administratif : l'auteur doit être compétent, les formes et procédures prévues pour leur édicition doivent être respectées. Ces mesures doivent aussi avoir été prises en vue du maintien de l'ordre public et conformément aux règles de fond du droit qui leurs sont applicables. A cet égard, tout le principe de légalité leur est applicable, comme l'a rappelé le

juge administratif en soumettant l'exercice d'une police spéciale au respect du droit de la concurrence (CE sect. Avis, 22 novembre 2000, *Sté L&P publicité*, *AJDA* 2001.198, note M.-C. Rouault).

On doit cependant signaler que ces conditions générales sont marquées d'un principe qui est la conséquence du fait que les personnes publiques ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs de police à des personnes privées : les actes de police administrative sont obligatoirement des actes unilatéraux. Une autorité de police ne pourrait pas limiter sa propre compétence en plaçant par exemple l'exercice de ses pouvoirs de police administrative dans le cadre d'un contrat. Ce contrat serait de nul effet entre les parties, inopposable aux tiers qui pourraient en demander l'annulation, dépourvue de portée en matière de responsabilité.

Enfin, les mesures de police n'ont jamais été considérées comme des sanctions. Leur nature est différente : même individuelles, elles sont prises avant tout dans un but d'ordre public. Il en résulte, d'une part que la CESDH ne leur est pas applicable ; d'autre part que la sanction applicable est régie par les textes en vigueur au moment de la décision même s'ils sont plus sévères qu'au moment des faits.

B. Obligation au fond de prendre des mesures de police administrative

En contrepartie, il peut arriver que l'autorité compétente pour édicter des mesures de police administrative soit tenue de prendre ces mesures, c'est-à-dire qu'elle soit obligée d'exercer son pouvoir de police. Lorsque cette obligation existe, elle emporte les conséquences habituelles : le refus de prendre ces mesures est illégal, il est susceptible de recours pour excès de pouvoir, il engage, en cas de préjudice, la responsabilité de la personne publique compétente. Il en va ainsi dans deux types de situations. Tout d'abord, l'autorité de police compétente est tenue de prendre les mesures de police nécessaires à l'application d'une réglementation existante. L'autorité compétente peut être la même que celle qui a édicté la réglementation. Les mesures d'application

peuvent être des opérations matérielles, des actes individuels, ou des actes réglementaires.

Mais de plus, dans certains cas, une autorité de police peut être tenue soit d'exercer son pouvoir réglementaire (CE Sect., 23 octobre 1959, *Doublet*, TGD), soit de prendre des décisions individuelles, hors de toute référence à une réglementation existante. La jurisprudence soumet cette obligation d'exercer les pouvoirs de police à trois conditions. Il faut que l'intervention par mesure de police soit indispensable; qu'elle ait pour but de faire cesser un péril grave; que ce péril provienne d'une situation dangereuse pour l'ordre public. Mais le juge administratif constate rarement que ces conditions sont réunies s'agissant d'annuler des actes. En revanche, il a fréquemment accepté d'indemniser les victimes de préjudices causés par l'abstention de certaines mesures de police -sans préciser toujours les motifs de l'obligation de prendre ces mesures.

§ 2. -La subordination de la légalité des mesures de police administrative à leur nécessité

Il est clair que l'appréciation de la nécessité d'une mesure de police est subjective. La pratique de l'appel, qui conduit le Conseil d'État, juridiction du second degré, à juger une nouvelle fois les faits et à procéder lui-même à la qualification juridique de ces faits le montre à l'envi. Nombreuses sont les affaires où la solution s'inverse entre les premiers juges et les seconds (Cf. CE, 13 mars 1968, *Époux Leroy*, infra).

A. Principe

Pour qu'une mesure de police soit légale, il faut qu'elle satisfasse aux exigences du principe de légalité, mais il faut de plus, et

c'est une particularité du contrôle, que cette mesure apparaisse nécessaire au maintien de l'ordre public. Parce que les mesures de police portent atteinte aux libertés publiques, que ce soit en matière de police générale ou de police spéciale, quelle que soit la liberté en cause, elles ne peuvent être légales que si, et dans la mesure où, elles sont nécessaires.

La nécessité des mesures de police est contrôlée par le juge administratif. C'est-à-dire que la nécessité est ici une condition de la légalité. On trouve l'expression de ce principe dans la jurisprudence Benjamin (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, TGD).

Les mesures de police administrative sont ainsi reconnues légales lorsque l'ordre public n'aurait pas pu être maintenu sans qu'elles aient été prises, ce qui est une preuve de leur nécessité. Les atteintes à l'ordre public ne peuvent pas être évitées par des mesures moins contraignantes.

B. Interdictions générales et absolues

Il est d'usage de dire que les interdictions générales et absolues sont toujours reconnues illégales par le juge administratif. En réalité, ces interdictions sont souvent illégales parce qu'il n'est pas nécessaire qu'elles soient générales ou absolues. Un exemple classique en est donné dans la jurisprudence dite des photofilmeurs. A l'époque où il n'existait ni procédé polaroid, ni caméscope, certains photographes prenaient un cliché de personnes passant sur la voie publique en leur proposant de tirer le lendemain la photo contre paiement. Certains maires avaient par arrêté interdit l'exercice de cette activité sur la voie publique. Le Conseil d'État a annulé des décisions contraires à la liberté du commerce et de l'industrie, parce que, au lieu de limiter cette interdiction à certains lieux encombrés ou à certaines heures ou encore à l'assentiment des personnes photographiées, quelques maires avaient tout bonnement interdit l'activité, c'est-à-dire pour certains photographes, l'exercice de l'essentiel de leur profession (CE Ass., 22 juin 1951, *Dandignac*, TGD). Cette jurisprudence a reçu de nombreuses illustrations dans des domaines variés.

Le préfet de la Manche, lui aussi, avait interdit l'activité des photofilmeurs pendant la saison touristique sur la route menant au Mont-Saint-Michel et sur les aires de stationnement attenantes. A l'inverse du cas précédent, le Conseil d'État juge que l'interdiction est légale parce qu'il apparaît que cette activité pratiquée dans ces lieux présente des dangers « auxquels il n'était pas possible de remédier par une mesure moins contraignante » (CE, 13 mars 1968, *Époux Leroy*, Rec.178). Peuvent ainsi se trouver justifiée des interdictions très sévères.

Deuxième Partie :

La responsabilité publique

L'expression «responsabilité publique» n'est pas usuelle dans la jurisprudence, ou dans la théorie juridique de droit public. Elle doit cependant être préférée, pour des raisons de généralité, lorsqu'on entend traiter les régimes de responsabilité régis par le droit administratif. En effet, sous l'empire du droit administratif, il est nécessaire d'assurer la réparation de trois grandes catégories de dommages. Les dommages qui procèdent de l'activité administrative, c'est-à-dire ceux qui sont causés par le fonctionnement des services publics à caractère administratif, par les travaux publics et les ouvrages publics; les dommages qui touchent un organisme de droit privé investi d'une mission de service public à caractère administratif; les dommages causés par les entrepreneurs privés de travaux publics.

I. La responsabilité publique doit être distinguée de la responsabilité de la puissance publique.

Il est vrai que la responsabilité de la puissance publique est à l'origine de la responsabilité administrative. En effet, jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, le principe en vigueur dans le droit administratif est celui de l'irresponsabilité des personnes publiques en raison des actes de puissance publique, c'est-à-dire de ceux qui révèlent directement la souveraineté nationale (loi), ou l'utilisation de prérogatives de puissance publique. Il faut alors un texte spécial, comme par exemple la loi du 28 pluviôse an VIII, pour que soit reconnue la possibilité d'indemniser les dommages causés par l'activité administrative, ou bien que ces dommages soient détachables de la notion de puissance publique (TC, 8 février 1873, *Blanco*, TGD). Puis au tournant du siècle, la jurisprudence s'inverse.

Non seulement la puissance publique n'exclut plus par principe la responsabilité des personnes publiques, mais bien plus, le principe devient que les personnes publiques, puis par extension les personnes privées chargées d'un service public, sont responsables, même en l'absence de texte, des dommages causés à l'occasion de l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique.

L'évolution ultérieure de la jurisprudence a permis d'étendre les cas de responsabilité publique au-delà de la simple responsabilité administrative de l'exécutif. Ont été successivement reconnus des cas de responsabilité de l'Etat du fait de l'exercice de fonctions autres qu'exécutives : responsabilité du fait des lois, des conventions internationales, de certains actes de fonctionnement du service public de la justice.

II. La responsabilité publique est régie par l'autonomie du droit administratif.

Le régime de responsabilité des personnes publiques et des personnes privées chargées de la gestion d'un service public est caractérisé par un fondement différent des régimes de responsabilité du droit privé : l'autonomie du droit administratif. Le Conseil d'Etat avait déjà décidé que la responsabilité publique devait être régie par des règles différentes de celles du droit civil (CE, 6 décembre 1855, *Rothschild, TGD*). La motivation de l'arrêt Blanco est une confirmation de ce principe, et une affirmation de son fondement : « La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers... a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

La conséquence de l'émergence de ce principe de responsabilité publique est que le régime de la responsabilité est fondamentalement jurisprudentiel. Les sources de ce régime sont encore aujourd'hui à titre principal la jurisprudence du Conseil d'Etat. Les règles qu'il dégage sont d'une portée impérative car elles s'appliquent en l'absence de règle législative y dérogeant. Les principes de la responsabilité publique sont ainsi une matière législative. Mais il existe des régimes législatifs spéciaux de responsabilité qui règlent des cas particuliers de dommages ou qui attribuent compétence au

juge judiciaire. Il n'empêche que dans ce dernier cas, à défaut de fondements spécifiques, le juge judiciaire appliquera les règles de la responsabilité publique, matérialisant ainsi l'autonomie du droit administratif. Cette dernière solution provient de la jurisprudence *Giry*. Le docteur *Giry* avait été blessé en portant secours à des blessés, à l'occasion d'opérations de police judiciaire. La Cour de cassation a estimé que les tribunaux judiciaires, compétents en raison de la nature de l'opération, devaient se prononcer sur la responsabilité de l'Etat du fait de l'exercice des pouvoirs de police judiciaire, et qu'ils devaient le faire en appliquant les règles du droit administratif. Cette jurisprudence ne reçoit pas application dans le cas des services publics à caractère industriel et commercial en raison de l'esprit du bloc de compétences. La jurisprudence *Giry* constitue avec l'appréciation de la légalité de certains actes administratifs par les tribunaux judiciaires, le premier cas notable de distorsion entre la compétence et le fond.

Le caractère principal de cette responsabilité est de n'être ni générale ni absolue, mais le juge administratif est d'un grand libéralisme sur les principes de responsabilité, même si les modalités et l'ampleur de la réparation ont pu être parfois moins généreuses que celles du juge judiciaire.

La responsabilité administrative est donc particulière dans son fondement. Cependant, par analogie avec le droit privé, et depuis la réforme du Code pénal entrée en vigueur le 1er mars 1994, il existe une responsabilité publique spéciale, dont le fondement est législatif : la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Il ne s'agit pas d'une responsabilité pénale générale. Elle ne s'applique pas à l'Etat, elle doit être prévue par des textes définissant le type d'activité et l'infraction. En l'état actuel de la législation, les collectivités territoriales et leurs groupements seront pénalement responsables des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants, dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de délégation de service public (en application de la jurisprudence antérieure, le juge judiciaire se rangerait à l'interprétation dominante du juge administratif). La dissolution de la personne morale, l'interdiction d'exercice, la surveillance

judiciaire sont exclues de l'arsenal des peines. Les amendes ou certaines peines de confiscation, d'exclusion des marchés publics, d'affichage de jugement sont possibles.

Il existe en la matière des règles générales, et c'est donc par elles que sera abordée l'étude de la responsabilité publique. Puis pour mettre en œuvre cette responsabilité il faut distinguer si elle est déterminée par l'existence d'une faute. Seront ainsi examinés successivement la responsabilité publique fondée sur la faute, et les responsabilités publiques sans faute. Enfin, il faudra considérer les rapports entre la responsabilité publique et celle des agents publics.

Chapitre 1 :

Les règles générales de responsabilité publique

La responsabilité publique parce qu'elle est fondée par l'autonomie du droit administratif est traversée par des règles de portée générale qui n'existent pas dans la responsabilité privée.

Il existe un principe expressément affirmé par le juge administratif selon lequel une personne ne doit pas être condamnée à payer une indemnisation qu'elle ne doit pas (CE Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, Rec.235). Il s'agit d'une règle d'ordre public. Son énoncé très général permet au juge de relever d'office les moyens qui concerneraient une violation des principes fondamentaux étudiés *infra* : défaut de préjudice, erreur d'imputation à une personne, défaut de lien de causalité entre le préjudice et la personne. De même, le juge administratif doit refuser les acquiescements d'une partie à l'imputation d'une responsabilité qui ne lui incombe pas, ou les contrats entre parties qui auraient cet objet. On doit toutefois se demander si le principe posé par l'arrêt *Mergui* n'a pas été fortement tempéré, depuis que le juge administratif accepte d'homologuer certaines transactions en dehors de tout litige né (CE ass., 6 décembre 2002, *Synd. intercom. des établissements du second degré de l'Hajj-les-Roses*, req. n° 249153, *AJDA* 2003.280, chron.).

Section I :

Les conditions d'engagement de toute responsabilité

Pour être reconnue engagée, la responsabilité des personnes publiques ou des personnes privées chargées de la gestion d'un service public, est subordonnée à la réunion de trois conditions : un dommage (§ 1), un fait dommageable (fera l'objet d'une étude détaillée à l'occasion des régimes de responsabilité fondés sur la faute ou sans faute), un lien de causalité entre celui-ci et celui-là (§ 2). Mais il faut réserver les cas d'exceptions à l'engagement de responsabilité (§ 3).

§ 1. -Le dommage (ou préjudice)

Pour être réparé, un dommage doit être certain. Une fois constatée la certitude du dommage, le principe est que tout dommage doit être réparé, mais il existe à ce dernier principe quelques exceptions.

A. La certitude du dommage

Le caractère certain du dommage s'oppose à ce que la responsabilité publique soit reconnue pour un dommage seulement éventuel. Sur ce point les solutions de la responsabilité publique de ne différencient pas de celles de la responsabilité privée.

Ainsi le prétendu dommage de 10 millions d'euros, montant de la super cagnotte, né de l'impossibilité, par suite d'un accident de travaux publics, d'aller acheter au tabac du coin un billet de loto, n'est qu'un préjudice éventuel. Il ne sera pas réparé. Cependant, la responsabilité publique connaît le préjudice probable, appelé

perte d'une chance. Ainsi, la perte d'une chance sérieuse de trouver un emploi du fait d'une décision administrative refusant irrégulièrement un diplôme a été reconnue de nature à ouvrir un droit à réparation estimé au montant des salaires perdus pendant une année nécessaire au redoublement. Sont de même admis la perte d'une chance d'obtenir un avancement, de conclure un contrat, ou d'éviter une aggravation de son état de santé. Il faut évidemment souligner que dans chaque espèce, le juge vérifie le caractère probable du dommage, le caractère sérieux de la chance perdue. Cette vérification est une appréciation souveraine des juges du fond, insusceptible de pourvoi en cassation. La perte de chance n'est d'ailleurs pas toujours un avantage pour le requérant. Elle peut servir au juge à réduire l'indemnisation notamment en cas de défaut d'information, à raison de la probabilité que le requérant aurait eue, étant informé, d'accepter tout de même de poursuivre ses relations avec le service public (CE sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, *AJDA* 2000.137, chron.).

B. Le principe : la réparation de tout dommage

Tous les types de préjudice sont susceptibles d'ouvrir droit à réparation. La juridiction administrative en effet a très tôt reconnu la possibilité de réparer un préjudice moral. Ont ainsi été réparés l'atteinte à la réputation d'un artiste causée par le manque de respect dû à son œuvre, l'atteinte à la dignité de la personne, le trouble dans l'éducation des jeunes.

Simplement, le Conseil d'État refusait traditionnellement d'indemniser un préjudice moral particulier : celui résultant de la douleur physique ou de la douleur morale, née de l'atteinte aux sentiments d'affection, notamment en cas de décès. Il a abandonné ces limitations (CE, Ass., 24 novembre 1961, *Letisserand*, Rec.661). Aussi, depuis cette évolution peut-on considérer que tout type de préjudice moral certain peut trouver réparation devant la juridiction administrative. Postérieurement à 1961, le Conseil d'État a en effet accueilli au titre des dommages réparables,

comme le juge judiciaire, le préjudice esthétique, et le trouble dans les conditions d'existence.

Il faut ajouter la réparation des dommages «par ricochet». La jurisprudence administrative en effet accepte de réparer les conséquences des dommages causés à la victime directe lorsqu'elles s'étendent à des personnes unies par des liens particuliers à ces victimes. Ainsi, une personne qui ne peut plus bénéficier de l'aide que lui apportait la victime du fait de l'invalidité ou du décès de cette dernière, ou qui connaît de ce fait une douleur morale, subit un préjudice qui peut être réparé. Le lien particulier qui détermine le ricochet du préjudice n'est pas obligatoirement un lien de droit.

C. L'exception : les dommages non susceptibles de réparation

Dans certains cas, le dommage même certain, ne peut pas donner lieu à réparation, soit en vertu de dispositions législatives expresses, soit parce que la jurisprudence administrative s'y oppose, à la fois en vertu de l'autonomie des règles de la responsabilité publique, et du principe selon lequel la responsabilité de l'Etat n'est ni générale, ni absolue.

C'est le cas, d'une part, des dommages causés par la perte ou le retard d'acheminement des correspondances ordinaires confiées à La Poste (art. L.7, Code P et T). Cette solution qui ne saurait se justifier par la difficulté exceptionnelle des tâches assumées par ce service public, est probablement due aux conséquences financières d'une indemnisation de la réalisation de risques assis sur plusieurs millions d'événements par jour.

On peut citer, d'autre part, les servitudes d'urbanisme qui n'ouvrent aucun droit à indemnité lorsqu'elles sont fondées sur le Code de l'urbanisme (C. urb., art. L. 160-5). Une indemnisation est cependant possible dans l'hypothèse où l'institution de la servitude entraîne une atteinte aux droits acquis par la délivrance antérieure d'un permis de construire ou de lotir. Rien n'excluait en théorie dans ce dernier cas, que l'on invoque la contrariété de ces

dispositions législatives par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme. Il s'agit en effet d'une atteinte au droit de propriété, fondée sur le fait que l'Etat peut juger nécessaire de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général, mais pour laquelle il devrait y avoir compensation. Néanmoins, le juge administratif français estime, par une interprétation constructive de l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme, que ce texte est compatible avec l'article 1er du premier Protocole additionnel à la CESDH (CE Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, req. n° 158592, *AJDA* 1998.570, chron.).

La jurisprudence administrative pour sa part a affirmé l'existence de certains préjudices non réparables.

D'une manière logique, il n'est pas possible d'invoquer un dommage résultant de l'exercice par l'autorité administrative de ses compétences à titre gracieux.

D'une manière classique, les dommages nés de modifications de la circulation sur la voie publique, soit en raison du changement de tracés des voies, soit d'adjonction de voies nouvelles. Dans ces situations, la dépréciation d'un immeuble, et celle d'un fonds de commerce ne sont pas indemnisées.

D'une manière morale, la naissance d'un enfant à la suite de l'échec de l'avortement ou de la stérilisation demandé par sa mère, n'est pas considéré comme un dommage de nature à ouvrir droit à réparation, sauf en cas de dommages causés à l'enfant.

§ 2. -Le lien de causalité

La responsabilité d'une personne n'est engagée que si le fait générateur imputé à cette personne est reconnue comme la cause directe du dommage. Or, le diagnostic causal est susceptible d'être réalisé de plusieurs manières différentes, et une fois reconnu le lien de causalité, il peut être affecté par des causes étrangères simultanées.

A. Le diagnostic de causalité

Deux méthodes d'appréciation sont en concurrence dans les arrêts des juridictions administratives : l'équivalence des conditions et la causalité adéquate.

L'équivalence des conditions suppose que toutes les conditions nécessaires de la survenance d'un dommage sont considérées comme ses causes. Elle consiste à se poser la question : sans l'intervention d'un fait du défendeur, le dommage se serait-il produit ? Ce n'est pas celle qui domine dans la jurisprudence administrative actuelle.

La causalité adéquate est une méthode plus exigeante. Le fait imputé au défendeur doit être tel que l'on puisse le considérer comme de nature à provoquer le dommage tel qu'il s'est réalisé. La survenance du dommage est attribuée à ce fait. Elle est fréquemment adoptée par le juge administratif, sans doute parce qu'elle est plus souple et qu'elle laisse une certaine part à la subjectivité. On peut citer l'exemple de l'affaire *Marais* (CE Sect., 14 octobre 1966, *Marais*, Rec.548, D 1966.636, concl. Galmot) : sous le poids d'un camion, une chaussée s'effondre, le conducteur après avoir fait vérifier le véhicule par un mécanicien reprend la route, mais le moteur chauffe et subit de graves dommages. Dans ce cas, la cause des dommages subis par le moteur n'est pas la détérioration de la chaussée, qui n'a entraîné que le percement du radiateur, c'est le fait d'avoir repris la route. Le lien est indirect. La responsabilité de la personne publique n'est pas engagée pour l'indemnisation de la destruction du moteur, mais pour les premiers dommages seulement.

Il n'empêche que le diagnostic de la causalité est bien délicat. Ainsi en est-il des affaires suivantes, empruntées au fonctionnement du service public pénitentiaire. Un détenu s'évade à l'occasion d'un transfèrement; 48 jours plus tard, il commet des meurtres. Le juge administratif estime qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les dommages et l'évasion. Des détenus bénéficiaires de permissions de sortir, se regroupent immédiatement après leur sortie pour commettre diverses agressions et concevoir une attaque à main

armée qu'ils commettent deux mois après le jour où ils auraient dû retourner en prison. Le juge administratif estime qu'en raison de leur activité ininterrompue entre leur sortie de prison et l'attaque à main armée, le lien de causalité entre la permission de sortir et le préjudice causé à la banque est établi. Cette proximité des faits et le caractère pragmatique du juge explique sans doute que l'existence du lien de causalité soit un domaine d'appréciation souveraine des juges du fond, donc exclu du pourvoi en cassation, alors que le caractère direct de la causalité dépasse cette appréciation souveraine, ce qui autorise le Conseil d'État à en connaître par le pourvoi. On remarquera à cet égard que c'est l'appréciation du lien de causalité qui expliquait la divergence entre la Cour de cassation et le Conseil d'État dans les affaires d'indemnisation relatives à l'insuffisance ou à l'erreur d'information quant au risque génétique de naissance d'un enfant handicapé (Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996 et Ass. plén. 17 novembre 2000 (affaire Perruche); CE sect. 14 février 1997, *CHR de Nice c. Ep. Quarez*, Rec.44) : l'information défailante est la cause du préjudice des parents, mais le patrimoine génétique seul est la cause de celui de l'enfant. Les deux jurisprudences sont caduques depuis la loi du 4 mars 2002 (art. 1^{er}) interdisant l'indemnisation de l'enfant en son chef, ainsi que celle des parents pour les charges particulières subies par l'enfant du fait de son handicap. Cette disposition législative n'est pas contraire à la CESDH (CE ass., 6 décembre 2002, *Draon*, req. n° 250167, *AJDA* 2003.283, chron.).

B. L'identification des causes étrangères

Il peut arriver que d'autres faits que ceux imputés au défendeur aient joué un rôle dans la survenance du dommage. On les appelle causes étrangères et elles peuvent jouer un rôle causal partiel voire éclipser totalement celui des faits du défendeur.

- Une première cause étrangère est la force majeure. La définition en est traditionnelle et commune aux juridictions administratives et judiciaires. Pour constituer une force majeure, un événement doit réunir trois conditions : être extérieur au défendeur, imprévisible

dans sa survenance, irrésistible dans ses effets. L'exigence du juge administratif est grande. On appréciera la différence entre un cyclone ayant provoqué des pluies d'une violence et d'une intensité exceptionnelle et imprévisibles par rapport à tous les précédents connus qui constitue un cas de force majeure, et un cyclone provoquant des pluies non constitutives de force majeure eu égard à leur caractère prévisible dans une telle région malgré leur extrême violence.

Il faut différencier la force majeure du cas fortuit. Le cas fortuit présente les mêmes caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, mais il n'est pas étranger à la personne à laquelle le fait générateur est imputé. Il ne modifie donc pas le lien de causalité, mais suffit à caractériser l'absence de faute du défendeur, ce qui permet de l'exonérer de sa responsabilité dans les régimes de responsabilité pour faute. En revanche, le cas fortuit est sans influence aucune dans les régimes de responsabilité sans faute. Par exemple, l'explosion d'un navire de guerre en raison des explosifs transportés n'est pas extérieure, la rupture d'un barrage en l'absence de défaut de conception ou d'entretien n'est pas extérieure. L'existence d'une force majeure est une qualification juridique des faits soumise au juge de cassation.

- Une seconde cause étrangère au fait imputé au défendeur est la faute de la victime. Il ne s'agit pas d'un simple fait de la victime, car, étant directement concernée par le dommage, il est rare que son comportement ne soit pas associé à la survenance du dommage, il faut bien que ses agissements constituent une véritable faute. Il s'agit d'une appréciation souveraine des juges du fond insusceptible de pourvoi en cassation.
- Une dernière cause étrangère au fait imputé au défendeur est le fait d'un tiers. C'est-à-dire l'intervention de toute personne, publique ou privée dans la survenance du dommage. Il n'est pas nécessaire que ce fait soit une faute (c'est le cas le plus fréquent), mais il faut tout de même qu'il soit impliqué dans le lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le tiers doit être, pour le moins, co-auteur du dommage.

C. L'influence des causes étrangères

- La faute de la victime et la force majeure ont des conséquences analogues. Lorsqu'elles sont la cause exclusive du dommage, le défendeur se trouve exonéré de responsabilité. Si une de ces causes étrangères a contribué concurremment avec le fait du défendeur à la réalisation du dommage, il y aura partage de responsabilité à la mesure de la part de chaque cause dans la survenance de ce dommage.

Il arrive en effet que l'action de la personne à laquelle on impute le fait générateur aggrave seulement une cause étrangère sans que cette dernière puisse être tenue pour la cause exclusive du dommage.

- Le fait du tiers, cependant, a des effets différents selon qu'on se situe dans une hypothèse de responsabilité publique générale, ou dans les cas spéciaux de la responsabilité de travaux publics ou des responsabilités sans faute.

Dans l'hypothèse d'une responsabilité publique générale, le fait du tiers est un cas d'exonération du défendeur, selon les mêmes règles que celles précédemment exposées pour les autres causes étrangères. Lorsque le défendeur et le tiers sont co-auteurs du dommage, leur responsabilité n'est engagée qu'en proportion de leur participation au dommage. Il n'y a pas de solidarité entre débiteurs de l'obligation de réparation contrairement aux règles du droit civil.

Dans l'hypothèse d'une responsabilité sans faute, autre que celles relatives aux travaux publics, le fait du tiers n'a aucune conséquence sur la responsabilité de l'auteur du fait générateur. La victime peut donc, régime plus favorable en raison de l'absence de preuve à fournir, poursuivre l'auteur pour une réparation de l'intégralité du dommage subi.

Dans l'hypothèse d'une responsabilité pour dommages de travaux publics, le fait du tiers n'a aucune conséquence sur la responsabilité de l'auteur du fait générateur, que celui-ci soit poursuivi en vertu d'un régime de responsabilité sans faute, ou qu'il le soit en vertu d'un régime de responsabilité pour faute. Mais il y a une exception :

le fait du tiers aboutit à une exonération immédiate lorsque le défendeur se trouve empêché par une législation spéciale d'exercer une action récursoire contre le tiers, solution logique au regard du principe – d'ordre public – selon lequel une personne ne saurait être obligée à payer une somme qu'elle ne doit pas (*Cf. supra*).

§ 3. -Les exceptions à l'engagement de la responsabilité

Il s'agit autant d'exceptions au sens logique de dérogation, que d'exceptions au sens procédural de moyens invoqués pour faire écarter la demande sans la discuter au fond. Il se trouve, mais ce n'est pas un élément essentiel que ces exceptions sont toutes relatives à la situation de la victime. Ces exceptions ne doivent pas être confondues avec les causes d'atténuation de la responsabilité qui relèvent du contenu du contrôle du juge.

A. L'exception d'illégitimité

Ce moyen recouvre les cas où la victime est dans une situation illégitime, illégale ou irrégulière qui lui ôte tout droit à obtenir réparation. L'application de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* résume ces cas. Mais il n'est applicable que si la situation est illégitime au regard de la norme dont il est demandé application.

C'est pourquoi les occupants irréguliers du domaine public ne peuvent engager la responsabilité pour les dommages causés par les mesures parfois irrégulières prise pour obtenir leur expulsion. De même, les personnes qui ne respectent pas une réglementation ne sont pas admises à faire valoir la responsabilité du fait des fautes, même lourdes, commises par les services de contrôle de cette réglementation. Enfin, les fonctionnaires révoqués en raison de fautes graves, même s'il s'avère que la révocation est irrégulière pour d'autres raisons, perdent tout droit à réparation. Même si la gravité de la faute ne justifie pas la révocation, la réparation à laquelle le fonctionnaire peut prétendre n'est que partielle.

B. L'exception de risque accepté

Cette exception peut être le fondement pour le juge administratif de l'absence d'un droit à réparation de dommages considérés comme prévisibles, et acceptés par les requérants qui l'invoquent. Elle comporte un cas particulier : l'exception de précarité, sanctionnée dans la matière spéciale du domaine public.

Ainsi en est-il de certains choix d'implantation dans des lieux où l'environnement pouvait être modifié de façon prévisible.

De manière analogue, le choix d'exercer une activité économique sensible soumise à autorisation comporte le risque accepté de se voir retirer celle-là.

Dans d'autres cas, le risque accepté est parfois proche du principe général selon lequel le droit ne protège pas les imbéciles : le fait d'emprunter un chemin signalé comme exposé aux avalanches exclut tout droit à réparation en cas de dommage résultant précisément du risque signalé.

Enfin, il faut mentionner l'exception de précarité. Sont regroupées sous cette désignation les hypothèses où le dommage est subi à l'occasion de situations précaires, qui ne font pas en général naître de droits à leur maintien. Il en est ainsi des titulaires d'autorisation d'occuper à titre privatif le domaine public, lorsque des travaux sont entrepris dans l'intérêt du domaine et pour un aménagement conforme à sa destination.

Section II :

Le régime de réparation

Le régime de la réparation des dommages est dominé par deux principes. Celui de la réparation par équivalent; celui de la réparation intégrale du dommage.

La réparation en nature n'est parfois pas possible : c'est le cas des dommages irréversibles. Lorsqu'elle est matériellement envisageable, les juridictions administratives se reconnaissent le pouvoir de donner le choix à la personne publique ou privée condamnée entre verser la réparation en équivalent ou réparer en nature.

Quant au principe de la réparation intégrale du dommage, elle connaît bon nombre de dérogations. C'est pourquoi sans doute, l'intégralité de la réparation est une appréciation souveraine du juge du fond, comme de manière générale l'est l'appréciation du préjudice. Certaines proviennent de la nature même du dommage. Autant les dommages matériels sont susceptibles d'évaluation, au besoin à dire d'expert, autant les dommages moraux peuvent parfois échapper à la réparation intégrale en raison de la différence de subjectivité qui existe inévitablement entre la victime et le juge. D'autres dérogations résultent du fondement de certains régimes de responsabilité, par exemple, dans certains cas de responsabilité sans faute fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, la réparation se limite à la partie du préjudice qui présente un caractère anormal. D'autres encore sont le résultat de régimes spéciaux qui prévoient un forfait de réparation, c'est-à-dire un plafond : indemnisation des victimes de crimes et délits (art. 706-14 CPP) ; des préjudices de livraison ; des dommages aux bagages (conventions ? de Vienne) ; et surtout, cas de l'agent public victime d'un accident de service imputé à la personne publique qui l'emploie et qui lui doit alors une pension.

Ne sont, en revanche, pas une exception à la réparation intégrale, mais des modalités du régime d'évaluation du dommage, -le fait

que le juge diminue l'indemnité, au titre du préjudice subi, du montant des sommes déjà perçues en conséquence du préjudice : allocations d'accidents payées par la sécurité sociale, d'assurance, pensions d'employeurs, secours divers qui n'ont pas une fonction réparatrice ; -le fait que le juge déduise les gains réalisés à l'occasion du préjudice par un agent public irrégulièrement suspendu ou révoqué jusqu'à sa réintégration ; -le fait que les plus-values directes et spéciales au préjudice soient également décomptées ; -le fait que le juge, en cas de perte d'une chance, réduise le montant du préjudice en fonction de la probabilité de sa non survenance.

Pour préciser le régime de la réparation, il faut résoudre trois problèmes pratiques : déterminer la personne responsable, déterminer la date du dommage, respecter la procédure.

§ 1. -Déterminer la personne responsable

La question de la personne responsable, celle à laquelle on impute le fait générateur du dommage, est d'une difficulté variable.

A. Responsabilité publique non administrative

S'agissant des cas de responsabilité publique autres que la responsabilité purement administrative, c'est-à-dire en présence de demandes en responsabilité fondées sur le fait des lois et des conventions internationales, ou sur le fonctionnement du service public de la justice, la solution est la plus simple. L'Etat est la seule personne dont on puisse rechercher la responsabilité.

Cela ne signifie pas que l'imputation du fait générateur sera reconnue dans tous les cas. L'Etat n'est pas responsable des dommages causés par les actes des Communautés européennes lorsque ces actes entraînent par eux-mêmes un préjudice, même s'il appartient à l'Etat de les appliquer en vertu du traité de Rome. Au contraire, on doit imputer à l'Etat les dommages dont la cause réside uniquement dans les mesures d'application qu'il prend, et notamment pour les manquements aux obligations d'application prévues par les traités.

B. Responsabilité administrative

Pour tous les autres cas, l'appréciation de la personne responsable est délicate.

- Une première hypothèse est celle où un service public ou un ouvrage public, est assuré par une personne privée. Le juge administratif est compétent si le litige porte sur des dommages de travaux publics ou des actes révélant la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique. Le principe est alors que la personne de droit privé qui gère le service public est responsable de l'exercice de l'activité de service public qui lui a été transférée. Ce principe s'applique quel que soit le mode de transfert de la gestion du service public, même si à l'origine, elle a été reconnue pour les concessions.

Il y a à ce principe quelques dérogations, notamment dans les cas où l'on peut identifier une véritable faute de la personne publique, par exemple dans le contrôle de la personne privée, ou encore dans les contrats d'affermage, lorsque le dommage provient exclusivement de l'ouvrage public.

De plus, il faut ajouter que si la personne privée se trouve insolvable, la responsabilité à titre subsidiaire sera imputée à la personne publique, ce qui ne fait que traduire qu'en dernier ressort la maîtrise stratégique du service public appartient toujours à une personne publique.

- Une seconde hypothèse est celle des dommages de travaux publics. Lorsque ces travaux publics sont indépendants de toute concession, et qu'il ne s'agit pas de dommages permanents, le régime de la réparation est plus favorable aux victimes. Elles peuvent en effet rechercher l'imputation du fait générateur, soit à l'entrepreneur privé de travaux publics, soit à la collectivité publique maître de l'ouvrage, soit à l'un et à l'autre solidairement (CE Sect., 29 janvier 1971, *Assoc. Jeunesse et Reconstruction*, Rec.81). Une fois obtenue cette condamnation solidaire, la victime peut obtenir de l'une ou de l'autre personne le versement de la totalité des dommages et intérêts. Il appartient alors à celle des personnes actionnées de réclamer simplement à la seconde, pour sa part de

responsabilité, le remboursement des sommes versées, à moins qu'elle n'ait, plus formellement, exercé un appel en garantie en cours d'instance, ou qu'elle n'exerce une action récursoire distincte. Rien n'exclut, de plus, de manière analogue à la mise en cause de la responsabilité devant les tribunaux judiciaires, que la victime poursuive devant les juridictions administratives par la même occasion, les autres intervenants des travaux publics (architectes, bureaux d'études, sous-traitants). Deux dérogations : dans la concession de travaux publics le concédant maître de l'ouvrage ne peut être actionné qu'à titre subsidiaire pour insolvabilité de l'entreprise concessionnaire ou est le seul responsable en cas de dommage permanent; la collectivité territoriale bénéficiaire sous son entière autorité, de la mise à disposition d'un service de l'Etat, simple exécutant, est seule responsable.

- La troisième hypothèse est la plus générale. Il s'agit des cas où la responsabilité est recherchée pour des dommages causés par un service public dans tous les cas autres que les précédents (absence de personne privée, hors de la matière des travaux publics). Le principe de la solution est que la responsabilité incombe à la personne publique pour le compte de laquelle l'activité qui a causé le dommage était exercée.

Par exemple, en cas de faute commise à l'occasion d'une activité de lutte contre l'incendie, la personne publique responsable était la commune pour le compte de laquelle avait été menée l'intervention, c'est-à-dire celle qui était compétente pour y procéder, mais ne l'avait pas fait elle-même. Ce cas pouvait se rencontrer pour les petites communes qui n'avaient pas organisé un service de pompiers, ou pour des opérations de grand ampleur ou de grande difficulté technique. Il ne s'agissait pas d'une considération semblable à celle des tribunaux judiciaires selon laquelle le bénéficiaire de l'intervention doit en supporter les risques, mais du respect des règles de compétence (police administrative communale : CGCT, art. L.2212-2 5°). Cela explique que lorsque cette compétence est juridiquement transférée à une Communauté urbaine, cette dernière soit déclarée responsable. Il en sera de même une fois achevée la mise en place des établissements publics

départementaux d'incendie et de secours (CGCT, art. L.1424-1 ; D. du 26 décembre 1997).

En ce qui concerne les pouvoirs de police, en général, la solution est identique. Ainsi, lorsqu'une autre collectivité territoriale agit dans un cadre juridique qui n'opère pas transfert de compétences mais coordination des moyens (Plan Orsec par exemple), les communes compétentes sont responsables des dommages causés sur leur territoire. Il faut cependant signaler que les communes à police d'Etat doivent supporter la responsabilité des opérations relevant fonctionnellement de la police municipale, mais pas celle résultant des opérations de maintien de l'ordre transférées aux préfets.

En ce qui concerne les dédoublements fonctionnels, le principe demeure que la personne publique pour le compte de laquelle est exercée l'activité qui a causé le dommage est seule responsable. Ainsi, par exception au cas précédent des villes à police d'Etat, on doit réserver l'exercice des pouvoirs du Préfet de police de Paris, dont le fondement juridique en est différent : la ville de Paris est responsable parce que la faute du préfet est commise dans l'exercice des pouvoirs de police municipale. Il en est de même en cas de collaboration de personnels d'Etat à des missions de police municipale, ou de l'exercice par un établissement public d'une compétence appartenant en réalité à l'Etat. Il en est de même enfin dans les cas de dédoublement fonctionnel «forcé», c'est-à-dire des substitutions d'action. La collectivité territoriale qui a été substituée, en raison de sa carence, supporte la responsabilité des fautes commises dans l'exercice des activités qui relèvent normalement de sa compétence. Il n'est fait exception à ce principe que lorsque la substitution d'action est irrégulière, ou lorsque le refus d'exercer la substitution d'action régulière a entraîné un préjudice : dans ces cas, la collectivité détentrice du pouvoir de substitution d'action est seule responsable.

Le principe de la recherche de la personne publique pour le compte de laquelle est exercée l'activité dommageable ne connaît finalement qu'une exception, mais elle est favorable aux victimes.

Il s'agit des cas de cumul de fautes entre personnes publiques qui collaborent « étroitement » à l'accomplissement d'un même service public.

La tendance de la jurisprudence est d'accepter que la victime poursuive l'une ou l'autre des personnes pour la totalité du dommage, ou qu'elle poursuive ces personnes en condamnation solidaire. Dans cette hypothèse, le fait du tiers n'est plus exonératoire en matière de responsabilité pour faute.

Il demeure évidemment possible pour les personnes publiques actionnées de procéder à un appel en garantie ou à une action récursoire.

§ 2. - Déterminer la date d'évaluation du dommage

La décision d'une autorité administrative acceptant d'indemniser un dommage, qui n'est pas créatrice de droits, a un caractère reconnaissant. Elle reconnaît l'existence d'un dommage. De même, la décision d'une juridiction administrative accordant une indemnisation est déclarative (et non attributive ou constitutive) : elle constate l'existence d'un droit à réparation, elle ne le crée pas.

La question est alors de savoir si l'on doit évaluer le dommage au moment où est né le droit à réparation ou au moment où sa réparation peut être assurée, c'est-à-dire au plus tôt à la date du jugement. Après avoir choisi la première solution, et avoir constaté que les délais de jugement étaient si longs que l'indemnisation au jour du dommage, surtout en période d'inflation, ne permettait pas de réparer vraiment au jour du jugement, la juridiction administrative a choisi la seconde selon des modalités complexes qu'il faut préciser (CE, 21 mars 1947, *Veuve Aubry*, *Vve Lefèvre*, *Vve Pascal*, Rec.122).

A. Les dommages aux biens

Sur ce point, l'arrêt *Veuve Pascal* maintient le principe ancien de l'évaluation à la date de réalisation des dommages, ou à défaut à la date où il devenait possible de procéder à leur réparation.

Cette solution jurisprudentielle oblige donc souvent la victime à avancer le montant des réparations sur une longue période ce qui n'est pas très justifiable dans la mesure où les délais de jugement résultent d'un fonctionnement imparfait de la justice administrative. Il est vrai que si elle a été conduite à emprunter pour réparer au plus vite, la victime peut obtenir l'indemnisation des intérêts payés de ce chef. Mais l'évaluation de ces intérêts est plafonnée au taux légal, ce qui constitue à n'en pas douter une violation du principe de réparation intégrale du dommage.

Un autre cas limitant l'indemnisation est celui où le coût de la remise en état du bien dépasserait la valeur vénale, valeur de vente de celui-ci, à la date du dommage. L'indemnisation est alors plafonnée à cette valeur vénale. L'atteinte au principe de la réparation en équivalent est patent puisque le seul équivalent acceptable serait celui du coût d'acquisition, en remplacement, d'un bien équivalent à celui qui fit l'objet du dommage.

B. Les dommages aux personnes

L'état du droit est fixé en la matière par les arrêts *Vve Lefèvre* et *Vve Aubry*. L'autorité administrative ou le juge administratif qui décident d'accorder à la victime le bénéfice d'une réparation doivent évaluer le dommage à la date de leur décision.

Ce principe permet de tenir compte de l'évolution monétaire ou des modifications de l'état de santé des victimes. Mais il connaît des modalités d'application spéciales.

D'une part, s'agissant de modalités d'application défavorables aux victimes, les pertes subies, dommages déjà réalisés et évaluables pour une période passée, ne sont pas réévaluées à la date de la décision d'indemnisation. De même, la négligence de la victime à former sa demande en indemnisation, c'est-à-dire un retard

anormal, n'autorise qu'une évaluation à la date où la décision serait normalement intervenue. De même, si une première décision a correctement évalué le préjudice, le fait d'exercer un recours contre celle-ci sur d'autres fondements ne permet pas de demander une réévaluation de l'indemnité.

D'autre part, s'agissant de solutions favorables à la victime, la juridiction administrative accepte que les rentes accordées à la victime d'un accident soient indexées, donc évaluées à chaque versement des arrérages (CE Sect., 12 juin 1981, *Centre hospitalier de Lisieux*, Rec.262, concl. Moreau).

§ 3. -Respecter la procédure

Trois rappels importants doivent être faits quant aux particularités de la procédure.

A. L'auteur de la demande en dommages et intérêts

Il importe de déterminer quel est l'auteur de la demande et de vérifier le lien que présente l'auteur par rapport à la demande. Par exemple, le juge administratif distingue la demande de parents ayant pour fondement le défaut d'information par eux subi, qui a abouti à la naissance d'un enfant trisomique, de celle de l'enfant lui-même. En effet, rapportée à la question de la causalité, le résultat est, pour ce juge, différent. Les parents sont indemnisables du fait du lien de causalité entre le défaut d'information et la survenance de la naissance, alors que l'enfant ne l'est pas du fait que la cause de son infirmité n'est pas la faute de l'hôpital, mais le patrimoine génétique en cause (CE sect. 14 février 1997, *CHR de Nice c. Ep. Quarez*, Rec.44 ; sol. contr. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996).

L'auteur de la demande peut être la victime du dommage, mais il peut aussi être un débiteur statutaire d'indemnités : sécurité sociale, assurances, fonds de garantie légaux, employeur, qui ont

déjà indemnisé cette victime. Le plus souvent, par détermination législative, ces débiteurs exercent une action subrogatoire. Ils exercent l'action même qui appartient potentiellement à la victime et ils posent au juge la même question que cette dernière : doit-on imputer, à l'auteur du fait dommageable, la responsabilité ? En cette hypothèse, le défendeur peut opposer à l'auteur de la demande la faute que la victime aurait commise. Dans d'autres cas, il n'est pas impossible que l'action des débiteurs d'indemnités soit une action récursoire, c'est-à-dire directe et qui leur appartient en propre.

L'auteur de la demande peut aussi être un ayant droit, car la créance de réparation peut changer de patrimoine. En cas de succession ou de cession à titre gratuit d'un bien, le droit à réparation est transmis avec le bien. En cas de cession d'un bien à titre onéreux, le droit à réparation est transmis à condition d'avoir fait l'objet d'une mention au contrat (subrogation), sans quoi il sera considéré comme compris dans le prix de cession.

En cas de préjudice moral, le droit à réparation ne disparaît pas avec la victime en cas de décès. Le droit à réparation d'une victime, pour les préjudices matériels et moraux qu'elle a subis, est entré dans son patrimoine et que par conséquent, ses héritiers pourront engager une action contre l'auteur des préjudices alors même que la victime n'aurait engagé aucune action avant son décès (CE Sect., 29 mars 2000, *Consorts Jacquié*).

L'auteur de la demande peut aussi être une victime par ricochet, qui dispose d'un droit distinct et autonome. Néanmoins, le fait originaire qui donne naissance à ce droit étant unique, le juge administratif admet que le défendeur oppose tout ce qui affecte l'étendue de son obligation de réparation, par exemple la faute de la victime, même si l'auteur de la demande, simple victime par ricochet, n'en est évidemment pas coauteur.

B. Le contenu de la demande en dommages et intérêts

D'une part il doit s'agir d'une véritable demande, c'est-à-dire qu'elle doit comporter l'énoncé des prétentions du demandeur, et en particulier chiffrer les montants estimés nécessaires par la victime pour procéder à la réparation du dommage qu'elle pense avoir subi. A défaut le recours sera rejeté comme irrecevable, mais cette irrecevabilité ne peut être opposée si le juge n'a pas invité le demandeur à régulariser, et le chiffrage peut être différé jusqu'à une expertise si elle est demandée. Par ailleurs, il est possible d'augmenter la demande en appel si l'étendue réelle des conséquences dommageables d'un même fait n'est connue que postérieurement au jugement de première instance.

Il est possible d'adjoindre à la demande de dommages et intérêts destinés à réparer le dommage à titre principal, des demandes d'indemnités accessoires. La dernière d'entre elles résulte d'un décret du 2 septembre 1988 qui introduit devant les juridictions administratives une disposition analogue à celle de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile. En conséquence, la partie qui succombe peut être condamnée à payer une somme spécialement destinée à compenser partiellement, mais rarement totalement, les frais exposés par la partie victorieuse, par exemple les frais d'avocat.

Les plus anciennes sont les demandes d'intérêts moratoires. La créance principale reconnue au bénéficiaire de l'indemnisation peut en effet produire intérêt au taux légal. La victime peut ainsi demander à recevoir le montant des intérêts qu'elle aurait perçus sur cette somme si elle avait été placée entre la date où l'indemnité principale aurait dû lui être versée et la date du paiement effectif. En application de la loi du 23 juin 1989, le taux de l'intérêt légal est fixé annuellement par décret, par référence au taux moyen d'adjudications de bons du Trésor (de 10,40 % en 1993 à 2,74 % en 2000). Il est augmenté de cinq points à compter du deuxième mois qui suit la notification du jugement aux parties. Ces intérêts

moratoires sont de la même nature juridique que l'obligation principale et en suivent le régime fiscal.

Le droit aux intérêts moratoires est explicitement fondé par le Conseil d'État sur l'article 1153 du Code civil (CE, 21 mars 1973, *Soc. CFI Avignon*, Rec.240). Si les intérêts ont été explicitement demandés, ils courent à compter du jour où la demande en indemnisation principale a été reçue par l'autorité administrative, ou bien en cas de dispense de la règle de la décision préalable, à compter du jour de la saisine de la juridiction administrative de cette demande d'indemnité. Mais il est remarquable que ce point de départ soit toujours le même quel que soit la date de demande d'intérêts moratoires. Si les intérêts n'ont pas été demandés, ils courent à compter du prononcé de la décision juridictionnelle, mais de plein droit, en application de la loi du 5 juillet 1985 et de la jurisprudence.

Aux intérêts moratoires, peuvent s'ajouter les intérêts des intérêts, ou si l'on préfère, la capitalisation des intérêts dus pendant la période où ils n'ont pas été liquidés (anatocisme). La demande de capitalisation est acceptée, en application de l'article 1154 du Code civil, s'il est dû à la date de la demande au moins une année d'intérêts. Cette demande n'a d'effet qu'à la date de sa présentation et doit donc être répétée à l'expiration de chaque nouvelle année d'intérêts dus (CE Sect., 6 mai 1983, *Soc. des Éts Roger Revellin*, Rec.180).

Aux intérêts moratoires, capitalisés ou non, peuvent enfin s'ajouter sur un fondement différent des intérêts compensatoires (art. 1154, al. 4). Les intérêts compensatoires sont dus lorsque la victime reconnue bénéficiaire d'une indemnisation principale prouve d'une part qu'elle a subi, du fait du retard anormal à percevoir l'indemnité, un préjudice distinct de celui que réparent les intérêts moratoires; d'autre part que ce retard est imputable au mauvais vouloir du débiteur (CE, 2 mai 1962, *Caucheteux et Desmonts*, Rec.291).

C. Les délais d'action

Pour les engagements de responsabilité exercés dans des occasions où la règle de la décision préalable ne s'applique pas (contentieux des travaux publics), ou dans les cas d'intervention d'une décision implicite de refus, le délai ne court pas et la demande formée par la victime est recevable sans condition de délai.

Hormis ces hypothèses, le délai d'introduction de l'action est le délai de droit commun de deux mois à compter de la notification d'une décision explicite de rejet de la demande d'indemnité. Au-delà de ce délai, la décision administrative est insusceptible de recours contentieux par voie d'action.

La dispense de délai ne signifie pas que le juge administratif puisse être perpétuellement saisi d'une demande d'indemnisation. En effet, le recours doit être exercé avant que la créance possible ne tombe sous le coup de la prescription quadriennale. La prescription quadriennale est actuellement régie par la loi du 31 décembre 1968. Le point de départ de ce délai de prescription est le 1er janvier de l'année qui suit la naissance de la prétendue créance née du dommage. Le délai est de quatre ans, ce qui signifie que si le délai n'est pas interrompu par une réclamation de la victime, la personne publique à laquelle le fait générateur du dommage est imputable peut et doit invoquer la prescription, quel que soit l'ordre de juridiction devant lequel est porté le litige, et se trouve libérée de toute dette.

Cependant la prescription quadriennale n'est pas d'ordre public, elle ne peut être relevée d'office par le juge et elle doit être invoquée avant que le juge se soit prononcé sur le fond du litige. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un cas d'irrecevabilité mais bel et bien d'un rejet de la requête au fond par application d'une règle de droit préalable à l'examen de toutes les autres.

Chapitre 2 :

La responsabilité publique fondée sur la faute

La responsabilité publique est en principe fondée sur la faute. Autrement dit, la responsabilité pour faute est le régime de principe de la responsabilité publique. Une faute simple suffit d'ailleurs, sauf exception, à engager la responsabilité des personnes publiques ou privées gérant un service public. Mais il ne faut pas s'en tenir aux apparences, les personnes publiques sont des personnes morales et, en tant que telles, elles ne peuvent agir que par l'intermédiaire des personnes physiques, obligatoirement privées, qui les composent. La responsabilité publique présente donc des traits communs avec la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés : il s'agit d'une responsabilité reposant sur une double imputation, parfois successive, parfois simultanée, parfois marquée par des présomptions.

Pour connaître les modalités d'engagement de la responsabilité publique, il est nécessaire d'approfondir dans un premier temps la notion de faute (§ 1); puis le principe étant celui de la faute simple, il convient de distinguer les exceptions exigeant la commission d'une faute qualifiée (§ 2).

Section I :

La notion de faute

La notion de faute est empreinte d'un fort fondement moral. Pour en éviter les connotations et présupposés, il est préférable de se borner, dans une étude strictement juridique, à la définir comme tout défaut de respect d'une obligation. La faute résulte ainsi d'une action, aux effets souhaités, par exemple un acte juridique, ou non désirés, par exemple un fait juridique, ou d'une omission, volontaire (abstention) ou involontaire (négligence). Le problème le plus fréquemment rencontré en droit administratif n'est pas de savoir s'il y a manquement, mais s'il y a obligation.

§ 1. -Rapports entre faute, acte juridique et fait juridique

La distinction qui doit être faite est celle qui guide l'ensemble des régimes de responsabilité dans les branches du droit français. L'acte juridique est une manifestation de volonté accomplie dans l'intention de produire des effets de droit déterminés. Le fait juridique, au contraire, entraîne des conséquences juridiques indépendamment de la volonté du sujet de droit qui en est l'auteur et de celui qu'il concerne. Il s'agit d'une qualification juridique essentielle, ce qui explique qu'elle soit contrôlée par le Conseil d'Etat dans sa fonction de juge de cassation.

Dans quelques cas limités, certains actes juridiques, sont de nature à engager la responsabilité publique. Ainsi, les lois comme les règlements peuvent avoir des conséquences dommageables telles que certains citoyens soient fondés à réclamer une indemnisation. Les effets de droit sont souhaités par les personnes publiques qui en sont les auteurs, mais ils comportent l'obligation d'indemnisation en vertu d'un régime de responsabilité. Significativement, ce

régime de responsabilité est exclusif de toute faute. Le plus fréquemment, en revanche, la responsabilité est engagée en raison d'un fait juridique qui a causé un dommage à un particulier alors qu'il n'existait, entre ce particulier et la personne publique ou privée chargée d'un service public qui en est responsable, aucun rapport juridique préexistant. La responsabilité est ici source initiale de l'obligation. Ce régime est fondé sur la faute, qui réside surtout dans des agissements matériels.

Mais entre ces deux situations tranchées peut apparaître une responsabilité qui résulte de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un acte juridique. Cette responsabilité est un prolongement de l'obligation préexistante née de l'acte. Elle repose sur une faute, qui se trouve être parfois une illégalité, au sens d'irrégularité.

Lorsqu'un acte administratif est illégal, sa production constitue toujours une faute (CE Sect., 26 janvier 1973, *Driancourt*, Rec.77). Cela ne signifie pas que la responsabilité publique soit toujours engagée, mais que dans le cas où un dommage existe, la constatation de l'illégalité suffit en principe à déclencher un droit à indemnité. Il existe quelques exceptions. La première est due à la mise en œuvre des règles générales d'engagement de toute responsabilité : il faut qu'il y ait préjudice. La seconde est due aux modalités du contrôle du juge administratif : il peut y avoir substitution de motifs, et la faute s'apprécie au regard de l'illégalité interne. La troisième est fonction du régime de responsabilité mis en œuvre : une illégalité ne suffit pas à engager la responsabilité publique lorsque le régime exige une faute qualifiée.

Par la proposition contraire, une décision légale ne peut jamais être considérée comme une faute (CE Sect., 7 décembre 1979, *Soc. Les Fils de Henri Ramel*, Rec.456). Sont assimilées à des décisions légales les décisions illégales qui auraient fait l'objet d'une validation législative.

§ 2. - Consistance et mise en cause de la faute

Le principe de toute action en responsabilité demeure que celle des parties qui invoque l'existence d'une faute doit la prouver. Cependant, ce principe comporte deux atténuations majeures.

D'une part, en conséquence du caractère inquisitorial de la procédure administrative, le juge peut en vertu de ses pouvoirs d'instruction enjoindre à l'autorité administrative de produire des pièces qui constituent autant d'éléments de preuve.

D'autre part, il existe des présomptions de faute, c'est-à-dire des conditions précises de fait et de droit qui ont pour caractéristique de renverser la charge de la preuve en obligeant le défendeur à prouver qu'aucune faute ne lui est imputable. S'il en rapporte la preuve, il est exonéré de toute responsabilité. Il ne semble plus exister en droit administratif, à la différence du droit civil, de présomptions irréfragables ou absolues, de faute, c'est-à-dire des présomptions dont il est interdit au défendeur de se libérer par la preuve contraire.

Quelques exemples de présomption de faute peuvent être cités. Le premier est relatif aux dommages accidentels causés aux usagers des ouvrages publics. C'est ce qu'on appelle la théorie du défaut d'entretien normal de l'ouvrage public. Si un usager du service public, par exemple du réseau routier national, subit un accident du fait même de cet ouvrage, par exemple en raison de modification des lieux en raison de travaux, il peut invoquer le défaut d'entretien normal de l'ouvrage. Il n'a pas à en apporter la preuve, la faute que constitue le défaut d'entretien est présumée. C'est à la personne publique maître de l'ouvrage, ou à l'entrepreneur privé, de rapporter la preuve, souvent difficile, de l'entretien normal de l'ouvrage. Le juge administratif confère un caractère extensif à la notion d'usager (l'usager anormal, donc lui-même en situation irrégulière, est assimilé à un usager normal sans que puisse être opposé l'adage *Nemo Auditur*). Il admet comme défaut d'entretien normal, le défaut d'aménagement normal (CE Sect., 26 janvier 1968, *Dame Maron*, Rec.69) ou le vice de conception. Cette matière est un domaine d'appréciation souveraine des juges du fond.

Le deuxième exemple concerne tous les soins reçus dans les hôpitaux publics, à l'exception des actes médicaux proprement dits. Ainsi, quand ces soins, ont, sur le patient, un effet anormal ou imprévu, le juge administratif considère que cet effet est l'indice d'une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service. En conséquence, la faute est présumée, et l'on ne connaît pas d'exemple où la preuve contraire ait été rapportée. Le juge administratif a eu certainement tendance à étendre cette présomption à des interventions proches des actes médicaux, en raison de l'exigence jusqu'à une période récente de la preuve d'une faute qualifiée pour engager la responsabilité des hôpitaux publics du fait de ces actes. La faute simple étant seule requise aujourd'hui, on peut se demander si le caractère extensif de la jurisprudence doit être maintenu, puisque les victimes disposent d'une voie d'action moins stricte et dont la rigueur juridique est certainement supérieure. Il faut y ajouter une autre présomption, celle qui résulte de l'obligation d'information médicale. Lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé. Cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé. Or, cette jurisprudence confère clairement à l'hôpital la charge de prouver que le devoir d'information du malade par le médecin n'a pas été méconnu.

Le troisième exemple regroupe l'ensemble des cas où la preuve est impossible à rapporter, mais où la faute est vraisemblable en raison de la gravité des conséquences et de la simplicité ou de l'évidence des faits. Ainsi, le fait qu'un mineur placé en famille d'accueil ait pu causer un dommage révèle l'existence d'une faute présumée, tout comme l'évasion d'un majeur placé dans un hôpital psychiatrique, la noyade d'un baigneur dans une piscine municipale. L'appréciation du juge administratif en ce domaine est évidemment subjective.

Section II :

Les cas d'exigence d'une faute qualifiée

Le droit administratif fait preuve ici d'originalité par rapport à d'autres branches du droit. A part le droit du travail qui accorde par voie jurisprudentielle une valeur particulière à la qualification de la faute (simple, grave, lourde) fondant le licenciement, il n'y a pas en général de gradation nécessaire (art. 1382 à 1384, Code civil). Or, le juge administratif, hors de toute précision législative, a considéré qu'une faute qualifiée était nécessaire pour engager la responsabilité publique dans certains domaines. C'est un signe supplémentaire de l'autonomie de ce droit.

L'exigence du juge est donc la mesure même de la qualification de la faute. L'expression habituellement utilisée est «faute lourde». Il ne faut pas croire que cette expression prenne le même sens qu'en droit du travail où elle désigne une faute révélant l'intention de nuire, ou d'une exceptionnelle gravité. La faute lourde du droit administratif est simplement une catégorie destinée à regrouper, en une qualification distincte, les fautes qui présentent un certain caractère de gravité, apprécié par ailleurs en rapport avec le domaine concerné.

§ 1. -Les domaines d'exigence de principe

Il faut signaler l'existence de domaines d'activité des personnes publiques et privées chargées d'un service public dans lesquels le juge administratif tient toujours pour nécessaire la preuve d'une faute qualifiée s'agissant d'engager la responsabilité publique. Les activités exercées dans ces domaines sont considérées, par le juge administratif, comme particulièrement difficiles à maîtriser, accomplies dans des conditions d'urgence, ou comme inopportunes à contrôler. Le régime de responsabilité ne doit pas constituer un frein à l'action administrative, il ne doit pas empêcher

la conciliation de l'intérêt général et des intérêts privés. Le choix des cas où une faute qualifiée est nécessaire est soumis au contrôle du juge de cassation.

Pendant une longue période, la faute qualifiée a été exigée pour engager la responsabilité administrative en raison des conséquences dommageables des actes médicaux en secteur hospitalier public. Puis, la juridiction administrative a abandonné l'exigence de faute qualifiée (CE Ass., 10 avril 1992, *M. et Mme V...*, TGD).

Cette dernière solution de portée générale rejoint les solutions particulières qui avaient été progressivement dégagées par l'admission de la faute simple, dans les conditions d'organisation et de fonctionnement du service, ou en cas de procédure irrégulière dans l'administration des traitements, dans la réalisation d'actes médicaux, dans l'organisation des services de traitement des malades mentaux.

Pendant longtemps aussi, la faute dans les activités de secours n'engageait la responsabilité d'une personne publique que si elle était qualifiée. Le Conseil d'Etat a également abandonné cette exigence pour les dommages résultant de l'organisation et du fonctionnement des services de secours, médicaux (CE sect., 20 juin 1997, *Theux*, Rec.253), en mer (CE sect., 13 mars 1998, *Améon*, Rec.82) ou liés à la lutte contre l'incendie (CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*).

A. Les activités de contrôle administratif

Ces activités regroupent les cas d'exercice de la tutelle, qui reste de droit commun vis-à-vis des établissements publics, ou de certains pouvoirs la composant qui subsistent dans de rares cas à l'égard des collectivités territoriales infra-étatiques. Elles comprennent aussi l'exercice du contrôle administratif de l'État sur ces collectivités territoriales tel qu'il est prévu par les lois de décentralisation.

En raison de leur caractère de difficulté, mais aussi d'une auto-limitation du juge administratif dans l'examen des rapports entre collectivités de nature politique, ces activités de contrôle

administratif et d'exercice de la tutelle n'engagent la responsabilité de l'État qu'en cas de faute qualifiée.

Cette responsabilité est engagée en cas de dommage causé non seulement aux citoyens (CE Ass., 29 mars 1946, *Caisse dép. d'Assur. soc. de Meurthe-et-Moselle*, Rec.100), mais à la collectivité décentralisée elle-même. Née pour les collectivités locales à propos de la tutelle, elle s'étend au contrôle administratif contemporain (CE, 6 octobre 2000, *Commune de Saint-Florent et autres*, *AJDA* 2001.201, note Cliquennois). Il faut rappeler, de plus, qu'une action récursoire de la collectivité décentralisée existe contre l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de substitution d'action : elle est logiquement soumise à l'exigence d'une faute qualifiée.

De même, l'exigence de la faute qualifiée paraît encore constante quant au contrôle des activités d'exploitation du domaine public, comme carrières et dragages (CE, 24 mars 1986, *Veuve Thiémar*, Rec.179).

En revanche, on ne peut plus affirmer que la faute qualifiée soit généralement exigée pour engager la responsabilité de l'État dans le contrôle exercé sur les personnes privées, qu'elles soient chargées d'un service public, associées au service public ou soumises à un régime législatif d'autorisation ou d'agrément. Ainsi, dans l'intention de garantir aux salariés protégés un plein contrôle de leur licenciement, la faute simple suffit à engager la responsabilité de l'État dans la délivrance de l'autorisation administrative de licenciement (CE, 21 mars 1984, *Soc. Gallice*, Rec.125); la surveillance d'organismes de régulation économique comme la Commission bancaire et la Commission de contrôle des assurances peut, par une faute simple, aboutir à une responsabilité de l'État (CAA Paris, 30 mars 1999, *El Sikh*, *JCP* 2000.10276 concl. M. Heers) ; il en est de même pour le contrôle technique des navires (CE sect., 13 mars 1998, *Améon*, préc.).

B. Les activités du service public pénitentiaire

Les activités du service public pénitentiaire sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'État tant en ce qui concerne la sécurité des personnes étrangères à l'institution pénitentiaire que les détenus eux-mêmes.

Cependant, pour l'ensemble du service public pénitentiaire, l'État n'est obligé d'indemniser que les conséquences dommageables d'une faute qualifiée (CE Sect., 3 octobre 1958, *Rakotoarinovy*, Rec.470). En général le fondement de la faute qualifiée invoquée est tout simplement le défaut de surveillance, qui doit être flagrant. Ainsi, l'État est responsable des dommages causés aux tiers du fait de l'évasion d'un détenu pendant son transfèrement, ou des dommages causés à un détenu par un autre, voire de dommages causés à un détenu par lui-même, par suite de tentatives prévisibles de suicide.

À peine peut-on distinguer quelques arrêts qui semblent admettre une faute simple lorsque les dommages sont le fait d'individus extérieurs au service public pénitentiaire.

§ 2. -Les cas particuliers d'exigence

Certains domaines, bien que nécessitant l'exercice de prérogatives de puissance publique et mettant en jeu un intérêt public d'une force particulière, ne sont pas considérés comme devant déclencher par eux-mêmes un régime de responsabilité pour faute qualifiée. Cependant, le juge administratif examine avec précision les circonstances de chaque cas litigieux et la nature de la tâche exercée dans le domaine d'activité sensible. Dans certaines hypothèses, la responsabilité publique sera engagée pour la seule faute qualifiée; d'autres ne requerront que la faute simple. Ces domaines particulièrement sensibles, au régime subtil, sont, pour la responsabilité administrative en général, la police administrative et le recouvrement des créances publiques; et pour la responsabilité non administrative de l'Etat, celle qui résulte du service public de la justice.

A. La police administrative

On a pu penser un temps que la police administrative était un domaine analogue aux précédents et que toute intervention dans cette activité ne pouvait par principe entraîner la responsabilité publique qu'en cas de faute qualifiée (CE Ass., 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, préc.). Cette jurisprudence a été nuancée par la suite.

Les personnes publiques peuvent en effet être jugées responsables des conséquences dommageables de l'exercice de leur activité de police administrative de deux manières, fixées par la jurisprudence *Amoudruz* (CE Sect., 28 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec.301).

La faute simple est seule requise s'agissant de la production **d'actes juridiques** relevant de la police (CE Sect., 25 mars 1966, *Soc. Les Films Marceau*, Rec.240). Mais il faut une faute qualifiée pour engager leur responsabilité du fait des **actes matériels d'exécution** de ces actes juridiques ou des actes matériels de réalisation du maintien de l'ordre public (CE Sect., 4 mars 1932, *Ville de Versailles*, Rec.274).

La faute qualifiée est d'ailleurs appréciée de manière souveraine par le juge administratif qui peut reconnaître dans une négligence des forces de police à prévenir les riverains d'un cours d'eau de l'imminence d'une crue, une faute qualifiée; alors que la négligence dans la protection d'un diplomate étranger finalement assassiné n'a pas été considérée comme telle.

Quant à la faute simple, seule exigée pour les dommages causés par la production d'actes juridiques de police, elle peut à titre exceptionnel, céder la place à une faute qualifiée. Le juge administratif appréciera en effet les circonstances de complexité ou d'urgence de la décision. Ainsi, tout d'abord, l'édiction de la réglementation de la circulation et du stationnement ne peut, dans certaines circonstances de fait qu'apprécie le juge administratif, engager la responsabilité administrative que pour faute qualifiée. Ensuite, la responsabilité est également conditionnée par la faute qualifiée en matière de placement d'office dans les hôpitaux psychiatriques. Enfin, le refus des autorités de police de procurer l'assistance de la force publique pour l'exécution des jugements,

dans le régime de responsabilité pour faute, ne peut déclencher la responsabilité de l'État que pour faute qualifiée. Cependant, si elle n'est pas reconnue dans ce dernier cas, le requérant peut subsidiairement se fonder sur un régime de responsabilité sans faute (*Cf. infra*).

B. L'établissement et le recouvrement des créances publiques

L'activité fiscale de l'État est traditionnellement un domaine d'exercice des prérogatives de puissance publique auquel est attachée une valeur idéologique, en raison de son rôle dans le mode de constitution de l'État en Europe, en raison aussi de son importance stratégique dans le fonctionnement concret des États contemporains.

Il faut bien sûr mettre à part les actes des services fiscaux ayant causé des dommages en dehors de l'établissement et du recouvrement de l'impôt. De tels actes, détachables de la fonction fiscale, et rattachables à l'activité administrative en général sont de nature à engager la responsabilité de l'État pour faute simple.

Après avoir été protégées par l'irresponsabilité de l'État, puis par l'exigence d'une faute de gravité exceptionnelle, les activités d'établissement et de recouvrement de l'impôt étaient soumises au régime de principe de l'exigence de la faute lourde et ces fautes étaient rarement reconnues établies. Enfin la responsabilité administrative dans les activités d'établissement et de recouvrement des créances publiques n'est plus subordonnée à l'existence d'une faute qualifiée en l'absence de difficulté particulière (CE Sect., 27 juillet 1990, *Bourgeois*, Rec.242). Dans les cas les plus fréquents, il suffira donc de prouver une faute simple, l'exigence de la faute qualifiée n'étant maintenue qu'en présence de « difficultés particulières dans l'appréciation de la situation des contribuables » (CE sect., 29 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec.512).

C. Le service public de la justice

Les questions de responsabilité concernant la justice sont doublement délicates. Portant, d'une part, sur l'exercice de la fonction juridictionnelle, il ne s'agit pas d'une responsabilité administrative, mais d'une responsabilité publique, limitée qui plus est à la personne publique qu'est l'État. Les dommages possibles se rapportent donc directement au fondement même, et non aux simples modalités, de la souveraineté de l'État et de l'application du droit. D'autre part, il paraît étrange et quelque peu gênant qu'un litige s'élève en prenant pour base l'activité juridictionnelle précisément parce que cette dernière doit constituer elle-même le point final des litiges. Admettre le principe d'une responsabilité du fait de l'exercice de la fonction juridictionnelle, c'est nier à la fois cette fonction d'arrêt des litiges, et la primauté du droit appliqué par les juridictions.

Malgré ces considérations, il est parfois possible d'engager la responsabilité de l'État en raison du fonctionnement du service public de la justice. Cela peut se produire, d'une part, lorsque l'agissement fautif est considéré comme détachable de l'exercice de la fonction juridictionnelle, et dans cette hypothèse, une faute simple suffit. Mais les autres cas, d'autre part, sont à la fois limités par leur objet, le fonctionnement du service, et par leur régime, la faute qualifiée étant exigée. Conformément à la répartition des compétences juridictionnelles, on distinguera la responsabilité du fait du fonctionnement de la justice judiciaire, de celle qui provient du fonctionnement de la justice administrative.

1. Responsabilité du fait du fonctionnement de la justice judiciaire

La tradition en ce domaine était l'irresponsabilité de l'État, à l'exception des cas de détermination législative. Ainsi peut être rappelée la loi du 8 juin 1895, sur l'erreur judiciaire, toujours en vigueur. L'erreur judiciaire est constatée par un arrêt de révision posant l'innocence du condamné. Elle donne lieu à des dommages et intérêts, fixés par une commission d'indemnisation (composée

de magistrats...). On peut aussi citer pour mémoire la procédure de prise à partie individuelle des magistrats (rarement menée à son terme), qui fut abrogée par la loi du 5 juillet 1972.

Cependant, en application de la jurisprudence *Giry* (Trib. civ. Seine, 28 novembre 1952, *JCP* 1953.7371, note Vedel; et Civ. 2ème, 23 novembre 1956, *D* 1957.34, rapp. Lemoine, *RD publ.* 1958.298, note Waline), en dehors des déterminations législatives, il appartient aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur l'engagement de responsabilité de l'État dans les opérations de police judiciaire, et de le faire selon les règles du droit administratif. Or, la jurisprudence avait progressivement reconnu la responsabilité de l'État du fait d'une arrestation arbitraire, de l'arrestation erronée d'un homonyme du délinquant recherché. Elle a même recherché si des préfets avaient commis une faute personnelle en procédant à des saisies de journaux (Paris, 3 juin 1964, *Papon*, *D* 1965.98, note Maestre, *JCP* 1964.13839, note Debbasch). L'ensemble de cette jurisprudence s'est développée sans que soit faite aucune distinction quant à la nature des fautes.

Devant de telles incursions, une loi a été spécialement votée pour donner un fondement général à la responsabilité du fait de la justice judiciaire. La loi du 5 juillet 1972, dans son article 11 dispose que « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice », mais que sa responsabilité « n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». On ne saurait interpréter cette loi comme abrogeant l'ensemble des régimes jurisprudentiels de responsabilité sans faute ou pour faute simple, ni la jurisprudence judiciaire faisant suite à l'arrêt *Giry*. En réalité, il s'agit d'un point d'arrêt à l'extension possible de cette dernière jurisprudence, qui, à partir des activités de la justice judiciaire aurait déteint sur l'appréciation du fonctionnement de la police judiciaire. Aussi la loi du 5 juillet 1972 ne s'applique qu'aux dommages résultant de l'exercice même de la fonction juridictionnelle ou sur les actes connexes des greffes ou du ministre de la Justice.

La responsabilité du fait de l'exercice de la justice judiciaire peut également être régie par des textes spéciaux. Ainsi, la loi du 17 juillet 1970 (modifiée par celle du 15 juin 2000) prévoit l'indemnisation

des personnes placées en détention provisoire par une décision juridictionnelle, si leur affaire a ultérieurement fait l'objet d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement. Il s'agit d'une responsabilité sans faute, nécessitant seulement la preuve d'un préjudice qui, s'il n'a plus à être « manifestement anormal et d'une particulière gravité » (abr. Loi 30 déc. 1996 art. 9), doit tout de même être grave et spécial. La demande doit être adressée, dans un délai de six mois à dater de la décision mettant fin à l'affaire, à une juridiction civile appelée commission d'indemnisation, composée de trois conseillers à la Cour de cassation, qui statue par des décisions non motivées sur le montant assez faible de l'indemnisation (10 000 euros en moyenne). Une autre loi, du 14 décembre 1964, prévoit la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour toute faute (donc simple), commise par le juge des tutelles dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'action est de la compétence juridictionnelle du Tribunal de grande instance, et aboutit rarement.

Elle pourrait également résulter de l'imputation à l'Etat français de la méconnaissance d'une convention internationale.

2. Responsabilité du fait du fonctionnement de la justice administrative

Il n'existe pas, en la matière, de texte puisque la loi du 5 juillet 1972 est une loi de procédure civile et qu'elle ne saurait s'appliquer à l'ordre administratif. C'est donc la jurisprudence administrative qui a été amenée à découvrir les principes généraux applicables à la matière, et qui pour une fois l'a fait plus clairement et plus sûrement qu'un texte de loi. La solution actuelle résulte de l'arrêt *Darmont* (CE Ass., 29 décembre 1978 *Darmont*, TGD).

En vertu des principes généraux de la responsabilité publique, seule une faute qualifiée peut engager la responsabilité de l'État en raison de l'exercice de la fonction juridictionnelle, mais dans aucun cas cette responsabilité ne pourrait être fondée sur une faute qualifiée résultant du **contenu** d'un jugement devenu définitif.

C'est de dernier point qui a empêché la reconnaissance de la responsabilité de l'État dans trois espèces ultérieures.

Chapitre 3 :

Les responsabilités publiques sans faute

La notion de responsabilité sans faute est en opposition complète avec les principes dégagés dans le régime de responsabilité pour faute. En effet, la responsabilité des personnes publiques ou privées chargées d'un service public peut se trouver engagée en l'absence de toute faute. Le caractère fautif du fait générateur du dommage n'est absolument pas pris en considération et ne doit pas l'être. En conséquence, le défendeur ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en prouvant l'absence de faute de sa part, en alléguant le fait du tiers ou le cas fortuit. L'imputation de la responsabilité ne peut être affectée, totalement ou partiellement, que par la faute de la victime, ou la force majeure.

Les cas de responsabilité sans faute sont définis par la réunion de certaines conditions de fait et de droit, c'est une responsabilité objective. Ils sont définis dans des domaines où il n'est ni utile ni souhaitable de rechercher une faute des personnes publiques agissant dans l'intérêt public, mais où il est impensable, parce qu'inéquitable, de laisser les particuliers sans indemnisation. En conséquence, les cas de responsabilité sans faute sont d'ordre public, peuvent être soulevés par une partie en tout état de la procédure, et doivent être relevés d'office par le juge.

La constitution des différents cas de responsabilité sans faute a été inattendue. La reconnaissance de ce type de responsabilité par le droit administratif en 1895 précède les régimes législatifs équivalents dans le droit privé (loi de 1898 sur les accidents du travail par exemple). Elle a été également progressive et variée durant tout le XX^{ème} siècle. A l'origine, ce développement est parallèle aux cas analogues du droit privé : la responsabilité sans faute est fondée sur le risque (sect. I). Puis une série d'extensions jurisprudentielles apparaissent inspirées par l'idée d'égale contribution de chacun aux inconvénients et aux charges imposées par l'intérêt public (sect. II).

Section I :

Les responsabilités fondées sur l'idée de risque

Il est un grand nombre de cas où les dommages subis relèvent non pas du défaut de respect d'une obligation par une personnes publique ou privée chargée d'un service public, mais de la réalisation d'un risque. Dans ces hypothèses, la législation comme la jurisprudence administrative affectent à la réalisation du risque l'obligation pour la collectivité publique de réparer les dommages en l'absence même de toute faute.

Il ne faut pas oublier cependant que ces cas sont exceptionnels et que l'existence d'une responsabilité pour risque est toujours dérogatoire au régime de droit commun qui demeure celui de la responsabilité pour faute. Le juge administratif est ainsi amené à porter une appréciation subjective non seulement sur le caractère exceptionnel d'un préjudice, d'un risque, ou d'une prérogative de puissance publique, mais aussi, ce qui est moins aisé à cerner, sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité.

§ 1. -Cas liés à la réalisation d'un risque matériel

Dans tous les cas examinés sous cette appellation, le juge administratif se fonde sur la nature même du risque pour déclencher l'application de la responsabilité sans faute. Il ne le fait qu'à la condition que le risque de dommage soit un risque anormal et/ou spécial, ce qui revient à dire qu'il est exceptionnel en raison de l'ampleur de ses conséquences ou du nombre restreint de personnes qu'il touche.

A. Les risques nés des choses dangereuses

Une liste permet seule de savoir de quoi il retourne.

- Le cas le plus ancien est celui des explosifs. Cette jurisprudence est née de l'explosion de forts, navires ou wagons transportant des explosifs (CE, 28 mars 1919, *Régnauld-Desroziers*, TGD). Ce régime de responsabilité est croisé par les règles applicables en général aux dommages causés par l'armée, ou par certains régimes législatifs spéciaux.

- Ensuite, la responsabilité sans faute a été appliquée aux dommages causés par des ouvrages publics dangereux. Cette responsabilité bénéficie aux usagers et aux tiers, mais non aux personnels d'entretien ou de construction. Il s'agit des ouvrages construits pour la distribution des fluides, ou de certaines voies publiques rendues dangereuses par leur situation naturelle. La notion d'ouvrage exceptionnellement dangereux (CE Ass., 6 juillet 1973, *Dalleau*, Rec.482) est d'ailleurs purement juridique et comme telle susceptible d'un contrôle du juge de cassation.

- Puis fut contrôlé l'usage des armes et engins dangereux. Le juge administratif a reconnu que l'utilisation, par les agents publics autorisés, d'armes et engins dangereux comportant des risques exceptionnels donnait lieu à un régime de responsabilité sans faute (CE Ass., 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, préc.). Ce régime cependant ne bénéficie qu'aux tiers par rapport à l'opération de police. Les personnes qui sont mêlées aux troubles qu'il s'agit d'empêcher pour maintenir l'ordre public ne peuvent rechercher la responsabilité des personnes publiques que sur le fondement de la responsabilité pour faute prouvée. L'appréciation du juge, alors subjective, sur la nature de la faute (*Cf. supra*) a été résolue en faveur de l'admission d'une faute simple lorsqu'il y a usage des armes.

- Enfin, les produits sanguins sont apparemment considérés comme des choses dangereuses. Un dommage dans leur usage engage la responsabilité sans faute des centres de transfusion qui les ont élaborés. La jurisprudence administrative a été conduite à estimer que, eu égard à leur mission législative de service public (loi du 21 juillet 1952, monopole de collecte, maîtrise de

la chaîne jusqu'aux utilisateurs) et aux risques que comportent la fourniture de produits sanguins, les centres de transfusion publics sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits qu'ils fournissent (CE ass., 26 mai 1995, *Consorts Nguyen, M. Jonan, Consorts Pavan*, (3 arr.), Rec.221). Il s'agit cette fois des dommages dus à des produits labiles pour lesquels la méthode du chauffage ne pouvait être employée et à des produits contaminés non détectés malgré un test.

Ce régime de responsabilité pèse exclusivement sur les Centres publics de transfusion sanguine eux-mêmes s'ils ont la personnalité juridique ou sur leur établissement public de rattachement (l'Assistance publique). Il ne doit pas être confondu avec le régime de responsabilité pour faute simple qui pèse sur l'Etat en raison de la carence dans l'exercice de ses pouvoirs de police sanitaire entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985 et uniquement pour les produits non chauffés (CE ass., 9 avril 1993, *M. G., M. D., M. B.*, Rec.110, concl. Legal).

La solution, une fois encore, s'explique. La Cour de cassation a en effet confirmé récemment que les centres de transfusion privés ont l'obligation de résultat (et de sécurité) de fournir aux receveurs des produits exempts de vice. Ils ne peuvent s'en exonérer que par la preuve d'une cause étrangère et le vice interne du sang, même indécélable, n'est pas une cause étrangère. Il aurait été difficile d'imposer aux receveurs un régime de responsabilité fondamentalement différent selon que le centre de transfusion est public ou privé. Cependant, elle n'est pas plus satisfaisante que la précédente quant au classement dans les catégories de la responsabilité publique. Et surtout, c'est le deuxième exemple de régime de responsabilité sans faute, fondé sur le risque, très largement ouvert aux bénéficiaires des activités qui sont à l'origine de ces dommages. Il faut se demander si le principe jurisprudentiel selon lequel la responsabilité pour risque ne peut être invoquée que par les tiers existe encore, et s'il est bien dans l'office du juge de fonder des régimes d'indemnisation équivalents à une assurance ou à un régime de solidarité alors que le législateur a déjà choisi un

régime d'indemnisation (celui de la loi du 31 décembre 1991, au moins pour le SIDA, si ce n'est pour l'hépatite). Là encore, de tels choix relèvent plutôt du législateur.

B. Les risques nés des méthodes dangereuses

Les domaines d'intervention sociale des personnes publiques et privées chargées d'un service public peuvent amener celles-ci à utiliser des méthodes expérimentales, libérales, qui comportent un risque d'échec. Même faible au regard des avantages de la méthode, ce risque ne se présenterait pas si les autorités administratives choisissaient d'autres méthodes, moins libérales, à leur disposition. Comme il est exclu que le juge porte, sur l'intervention sociale, une appréciation en opportunité, il est admis que l'usage de ces méthodes donne lieu à l'application d'un régime de responsabilité sans faute.

Relèvent ainsi de ces régimes, les méthodes de réadaptation, en milieu dit ouvert ou semi-ouvert, par les établissements d'éducation surveillée de l'enfance délinquante (ord. du 2 février 1945). Il arrive en effet que ces méthodes fournissent à ces mineurs l'occasion de commettre de nouveaux délits (CE Sect., 3 février 1956, *Thouzeller*, Rec.49). Le problème rencontré pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'État n'est plus alors le régime, car la faute n'est plus requise, mais le lien de causalité entre les méthodes faisant naître un risque spécial et le dommage effectivement causé. Le fait que ces établissements d'éducation surveillée soient privés n'empêche pas que la responsabilité engagée soit celle de l'État, car c'est la mesure de placement prise par le juge des enfants qui est considérée comme fait générateur du dommage, en vertu d'une appréciation de la causalité adéquate (CE Sect., 19 décembre 1969, *Soc. des Éts Delannoy*, Rec.595) en revanche, les dommages causés par des mineurs non délinquants à des tiers ne relèvent pas d'une responsabilité sans faute.

La notion de méthode créant un risque spécial a ensuite été étendue à d'autres modalités de l'intervention sociale. Ainsi en est-il du traitement des malades mentaux dans les hôpitaux psychiatriques

publics, notamment en raison des sorties thérapeutiques, ou des permissions de sortir accordées aux détenus, et de certains cas de responsabilité hospitalière qui traduisent des méthodes thérapeutiques créant un risque spécial (CAA Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, Rec.498 : méthode chirurgicale nouvelle aux suites imparfaitement connues, non nécessaire pour des raisons vitales, et aux conséquences exceptionnellement graves).

Le domaine médical a donné lieu également à des régimes législatifs de responsabilité médicale. Le premier est relatif aux dommages nés des recherches biomédicales auxquelles certains patients ont accepté de se prêter (Code santé pub. art. L. 209-7, comportant une attribution aux tribunaux judiciaires -TGI-). Le second se rapporte à l'indemnisation des victimes de la contamination par le virus du SIDA à l'occasion de transfusions ou d'injections de produits des dérivés du sang (loi DDOS du 31 décembre 1991, décret du 26 février 1992). L'indemnisation intégrale de ces personnes est organisée par un Fonds d'indemnisation qui instruit les dossiers. Les victimes insatisfaites peuvent intenter une action devant la Cour d'appel de Paris statuant en premier et dernier ressort. Le Conseil d'Etat n'exclut pas que les victimes recherchent aussi réparation selon le droit commun de la responsabilité. Si l'indemnité offerte est définitive (acceptation ou recours CA), le juge administratif la déduit des dommages et intérêts qu'il détermine (CE sect. avis, 15 octobre 1993, *Cts Jezequel et Vallée*, Rec.280). Mais à l'inverse, la Cour de cassation estime que l'acceptation de chefs d'indemnisation par le fonds exclut toute action en responsabilité complémentaire sur ceux-ci. Seuls d'autres chefs pourront être indemnisés.

C. Les risques nés des situations dangereuses

La responsabilité sans faute peut enfin être engagée par certaines situations dangereuses. Elle est guidée par la préoccupation de permettre le maintien de certains fonctionnaires en exercice, dans des situations effectivement délicates. Ainsi en est-il des diplomates tenus de rester en poste jusqu'au dernier moment, des

enseignants tenus d'accomplir leur mission malgré une épidémie de rubéole (CE Ass., 6 novembre 1968, *Dame Saulze*, Rec.550), des familiers d'une infirmière tenue d'assurer son service auprès de malades contaminés par un virus très contagieux.

On peut y rattacher la responsabilité de l'État pour les dommages causés par la situation dangereuse que représente l'état immunologique dû aux vaccinations obligatoires (Loi du 1er juillet 1964). De même, le législateur a opté pour une responsabilité pour risque en raison de la situation dans laquelle sont placés les volontaires de la recherche biomédicale.

D. Le « risque exceptionnel » en matière médicale

Dans certains cas particuliers, la responsabilité médicale de personnes publiques peut être mise en jeu sans faute, en raison de la réalisation d'un risque. Il s'agit de l'application de la jurisprudence *Bianchi* (CE Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec.127). Pour y parvenir, il faut respecter quatre conditions : un acte médical nécessaire, présentant un risque exceptionnel mais connu, extérieur au patient, qui provoque un dommage direct d'une extrême gravité. Comme l'ont remarqué certains commentateurs, ce régime emprunte des traits communs à l'idée de risque, mais à la différence des cas précédents, la personne publique n'a pas créé le risque auquel elle expose les usagers (choses et méthodes) ; à la différence des cas suivants, elle n'en bénéficie pas non plus (collaborateurs permanents ou occasionnels). A l'inverse, il est remarquable que soit acceptée ici, au profit des usagers du service, une responsabilité pour risque habituellement réservée aux tiers. Par ailleurs la condition d'anormalité du préjudice est en général exigée des régimes de responsabilité reposant sur l'égalité devant les charges publiques et non de ceux fondés sur le risque.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée et même étendue aux cas où l'acte médical générateur du dommage n'est pas réalisé à des fins

thérapeutiques, mais à la demande du patient pour améliorer ses conditions d'existence.

L'interprétation aujourd'hui retenue à la lumière de l'arrêt Gomez admet deux cas de responsabilité pour risque exceptionnel en matière médicale : celui lié à un acte médical comportant un risque exceptionnel mais connu (Bianchi), et celui lié au risque de faire usage d'une thérapeutique nouvelle -à ne pas confondre avec l'expérimentation dont le régime est législatif- dont les conséquences ne sont pas entièrement connues (Gomez).

Cette solution semble justifiée par la spécificité de la responsabilité médicale. Cependant, outre qu'elle pose un problème de classement dans les catégories de la responsabilité administrative, elle introduit une inégalité entre la responsabilité des hôpitaux publics et celle des hôpitaux privés. En raison de ces éléments, il s'agit d'une solution particulière qui aurait dû apparaître par voie législative.

§ 2. -Cas liés à l'intervention de collaborateurs occasionnels et bénévoles

Une responsabilité sans faute, en dehors de tout texte, a été pour la première fois reconnue à des agents de l'État, collaborateurs réguliers, et non bénévoles, des autorités administratives dans des tâches de service public (CE, 21 juin 1895, *Cames*, TGD). Cette solution est fondée sur le risque encouru par le collaborateur du fait de sa collaboration, et demeure applicable à tous les agents publics non titulaires qui ne seraient pas couverts par un régime légal de réparation.

Le principe de cette jurisprudence a été étendu aux personnes purement privées qui peuvent se trouver collaborateurs occasionnels des autorités administratives.

A. Qualité de collaborateur occasionnel et bénévole

Le juge administratif admet que, dans certains cas exceptionnels, des personnes privées puissent collaborer spontanément, de leur propre initiative à une activité de service public, voire se substituer aux autorités administratives en cas de défaillance de celles-ci.

Le principe en a été reconnu par l'arrêt (CE Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec.279, D 1947.375, note Blaevoet). Il a été confirmé par l'attribution de la qualité de collaborateur bénévole à des personnes qui ont participé à une arrestation, accompli des travaux pour une collectivité territoriale, contribué à la défense du territoire.

Il peut s'agir de fonctionnaires de fait, personnes qui ne sont pas investies de fonctions administratives, mais dont les actes sont assimilés à des décisions administratives.

Il peut s'agir aussi de sauveteurs bénévoles qui, volant au secours d'une personne en danger, suppléent les services publics de sauvetage, généralement municipaux.

Il est à noter que le fait de sauver de la noyade un malade mental échappé ou un détenu évadé n'engage pas la responsabilité de l'État, mais celle de la commune sur laquelle l'accident se produit (CE, 14 octobre 1988, *Le Goff*, Rec.341, D 1989.SC.353, obs. Moderne et Bon).

B. Conditions d'application de la responsabilité sans faute

Pour recevoir application, le régime de responsabilité sans faute doit respecter certaines conditions. Tout d'abord, l'intervention de la personne privée peut certes procéder de sa propre initiative, à l'exclusion de toute réquisition d'une autorité administrative, mais elle doit être nécessaire et urgente. Si l'autorité administrative normalement compétente s'abstient volontairement d'intervenir parce que la situation ne présente pas, selon elle, de caractère

d'urgence, la jurisprudence ne reconnaîtra pas la qualité de collaborateur bénévole (CE, 16 juin 1989, *Pantaloni*, Rec.144). Ensuite, la collaboration doit être apportée à un service public (CE sect., 13 janvier 1993, *Mme Galtié*, Rec.11), ce qui explique peut-être que ce régime de responsabilité sans faute soit applicable aux collaborations apportées à un travail public. Enfin, le collaborateur du service public doit avoir effectivement agi. Le fait d'assister à une arrestation ne confère pas d'autre qualité que celle de tiers à l'opération, ainsi que le fait d'avoir apporté en tant qu'utilisateur un concours normal au fonctionnement du service, ainsi en dernier lieu que le fait de participer à une compétition sportive, même si celle-ci a le caractère d'un service public.

Enfin demeure la question des mobiles des sauveteurs et de leurs liens avec les personnes auxquelles il est porté secours. Il est admis que les collaborateurs occasionnels et bénévoles doivent agir de manière purement désintéressée. Sont ainsi exclus les liens privés avec la victime (CE Sect., 9 octobre 1970, *Gaillard*, Rec.565, concl. Rougevin-Baville), les liens familiaux s'ils sont déterminants dans le sauvetage (CE Sect., 1er juillet 1977, *Commune de Coggia*, Rec.301), même si le juge administratif a reconnu ultérieurement la qualité de collaborateur occasionnel et bénévole aux personnes qui sauvent leurs parents proches d'accidents survenus **sur le domaine public** (CE, 22 juin 1984, *Dame Nicolai*, Rec.729), c'est-à-dire hors de la sphère privée et domestique. De même, un agent public qui se trouverait victime d'un dommage dans une intervention ne doit pas avoir agi dans l'exercice de ses fonctions (CE Ass., 27 novembre 1970, *Consorts Appert-Collin*, Rec.709).

§ 3. -Cas des tiers victimes d'accidents de travaux publics

Le principe en la matière est simple. Les particuliers considérés comme des tiers par rapport à des travaux ou à un ouvrage public peuvent engager la responsabilité sans faute de la personne publique maître d'ouvrage pour tout dommage accidentel né de

la réalisation d'un risque provenant des travaux ou de l'ouvrage. Ce régime est donc plus favorable que celui des usagers qui ne bénéficient que d'une présomption de faute. De plus, l'exonération partielle ou totale n'est possible que pour faute de la victime ou force majeure.

On peut citer comme exemple de dommage, celui subi par le voisin d'un entrepôt de travaux publics, du fait de la propagation d'un incendie apparu dans les matériaux entreposés, ou celui résultant de la rupture d'un barrage ; comme exemple de faute de la victime reconnue comme exonératoire le fait pour un avion de tourisme d'avoir heurté des lignes à haute tension).

En revanche, les personnels participant à la réalisation ou à l'entretien des ouvrages, sans être collaborateurs occasionnels et bénévoles, ne peuvent rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage que pour faute prouvée (même si l'ouvrage est dangereux).

Enfin, un problème de qualification se pose lorsque la victime subit un dommage causé par un ouvrage public par rapport auquel elle est un tiers, mais que ce dommage est réalisé par l'intermédiaire d'un autre ouvrage qui l'a transmis ou réalisé. Il s'agit par exemple de la chute de câbles électriques ou téléphoniques sur la voie publique empruntée par des automobilistes ou des piétons. En effet, ces derniers sont usagers de l'ouvrage public que constitue la voie publique, mais tiers par rapport aux ouvrages publics électriques ou téléphoniques. Le juge administratif considère que les victimes sont des tiers lorsqu'ils ont cette qualité vis-à-vis de l'ouvrage public qui est à la source du dommage et que celui-ci n'est pas incorporé (physiquement), à l'ouvrage public qui a réalisé le dommage. C'est le cas des lignes électriques (CE Sect., 26 mars 1962, *Dame Sidore-Trotta*, Rec.537, concl. Gand). Si, au contraire, l'ouvrage source du dommage est incorporé à celui qui a réalisé ce dommage et pour lequel la victime a la qualité d'usager, la victime est alors soumise au régime de responsabilité des usagers (CE, 12 janvier 1962, *Consorts Allamargot*, Rec.29, tranchée creusée pour la réalisation d'un réseau d'électricité -1er ouvrage-, sous une route -2ème ouvrage-, effondrement de la route, incorporation du 1er au 2ème).

§ 4. -Cas des attroupements et grands rassemblements de personnes

La responsabilité du fait des attroupements était naguère imputée aux communes, et le contentieux était de la compétence des juridictions judiciaires. Depuis la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, art. 92, et celle du 9 janvier 1986, art. 27, cette responsabilité repose sur l'État (qui peut exercer une action récursoire contre les communes fautives) et son contentieux appartient à la juridiction administrative (CGCT L.2216-3). Il s'agit à n'en pas douter d'une responsabilité sans faute, à la mesure du risque social, mais le transfert de compétence juridictionnelle a pu amener des modifications sensibles dans son régime.

A. Conditions d'application de la responsabilité sans faute

Les conditions actuelles de mise en œuvre de cette responsabilité sans faute sont exclusivement matérielles. La première condition est que le dommage résulte de faits commis collectivement par un attroupement. Mais le juge administratif ne considère pas que des groupes terroristes, ou les bandes de délinquants relèvent d'un attroupement. Il faut, en réalité, que l'explosion de violence ait un caractère spontané, même si l'attroupement, lui, ne l'est pas. Et le juge recherche évidemment si le groupe ne s'est pas constitué avec le but de commettre des actes de violence, auquel cas la loi ne s'applique pas. Relèvent ainsi de la responsabilité du fait des attroupements les conséquences des violences urbaines lorsqu'elles font suite à un rassemblement (CE, 29 décembre 2000, *AGF*, *AJDA* 2001.164, chron.), mais non pas lorsque le but du rassemblement était de les commettre. La seconde est que ces dommages résultent d'une violence, au sens non pas d'émeute, mais de violation des règles de droit constituant des crimes ou plus souvent des délits. La troisième est que les dommages doivent

résulter directement de l'action des manifestants. Il s'agit d'une appréciation du lien de causalité conforme aux principes généraux, mais qui prend un relief particulier dans l'appréciation subjective du juge administratif. La jurisprudence récente reconnaît comme direct le dommage commercial, aggravation des charges ou perte de recettes, résultant d'un attroupement ou d'un rassemblement, qui peut dès lors relever de ce régime de responsabilité sans faute (CE Ass. avis art. 12, 6 avril 1990, *Soc. Cofiroute*, et *SNCF*, Rec.95, concl. Hubert).

B. Modalités particulières

Certaines modalités d'application doivent d'autre part être signalées. La première tient à l'auteur des actes, la seconde, à la qualité des victimes. Le régime de responsabilité sans faute du fait des attroupements et rassemblements admet l'engagement de responsabilité de l'État sans distinguer selon les auteurs des dommages. Il peut s'agir des manifestants eux-mêmes, mais aussi des forces de police chargées de la répression. Ce régime ne distingue pas non plus entre les tiers à la manifestation et ses participants, depuis que le Tribunal des conflits a mis fin à la divergence entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire sur ce point (TC, 24 mai 1965, *Préfet de la Somme* (affaire Roche), Rec.815). Un manifestant peut donc agir sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait des attroupements, mais il peut aussi se voir opposer la faute de la victime, c'est-à-dire la sienne propre. En revanche, si la commune dans laquelle les dommages ont été causés supporte une part de responsabilité, l'Etat dispose d'une action récursoire contre celle-ci (CE sect. avis art. 12, 16 février 1990, *Soc. Gan*, Rec.36, concl. de Clausade).

Section II :

Les responsabilités fondées sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques

Le principe d'égalité devant les charges publiques est à la fois un principe général du droit (CE Ass., 7 février 1958, *Synd. des propr. de chênes-lièges d'Algérie*, Rec.74), et un principe à valeur constitutionnelle résultant de l'égalité devant la loi (CC, 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, Rec.31).

Il peut apparaître des cas où les dommages causés par les personnes publiques, ou privées chargées de la gestion d'un service public, ne relèvent de la réalisation d'aucun risque, mais aboutiraient, s'ils n'étaient pas indemnisés, à faire supporter des charges particulières à certains particuliers, en vue de l'intérêt général. Il y aurait alors rupture de l'égalité devant les charges publiques.

La rupture de l'égalité devant les charges publiques ne saurait être le fondement de toute responsabilité sans faute. Elle n'est que rarement le seul fondement de reconnaissance de la responsabilité publique. Mais on peut dire que son principe inspire tous les régimes de responsabilité sans faute qui ne sont pas fondés sur le risque, qu'ils soient jurisprudentiels ou législatifs.

Les deux grands principes qui régissent la mise en œuvre de ces régimes de responsabilité sans faute sont les suivants : les dommages ne sont pas accidentels; leur réparation n'est possible que s'ils présentent un caractère anormal et spécial. Au besoin, le juge administratif ne fera porter l'indemnisation que sur la part anormale et spéciale du préjudice, et le Conseil d'Etat contrôle en cassation cette qualification d' « anormal et spécial ».

§ 1. -Du fait des décisions administratives régulières

La rupture de l'égalité devant les charges publiques peut permettre d'engager la responsabilité du fait de décisions administratives régulières (c'est-à-dire non illégales), dans certains cas fixés par la jurisprudence administrative. En l'état actuel du droit, certains dommages causés par des décisions administratives régulières seront toujours exclus de la réparation. Il s'agit des dommages concernant des activités dont le régime normal d'exercice suppose une rupture de l'égalité devant les charges publiques. D'autre part, les dommages causés par des décisions prises dans l'intérêt général de la nation sont également exclues de ce régime de responsabilité (CE Sect., 13 décembre 1985, *Soc. International Sales and Import corp.*, Rec.376).

Mis à part ces décisions exclues, il y a lieu alors de distinguer entre les décisions nominatives et les autres.

A. Décisions nominatives

Les décisions nominatives de nature à engager la responsabilité publique sans faute sont celles qui font subir à une ou plusieurs personnes des sujétions telles que l'anormalité du préjudice rompe l'égalité de tous devant les charges publiques. Les plus célèbres de ces décisions sont celles refusant l'exécution des décisions juridictionnelles par l'usage de la force publique.

La jurisprudence administrative a très tôt reconnu, en l'absence de texte, la responsabilité de l'État du fait de ces décisions en appliquant le raisonnement suivant. Certaines décisions refusant l'aide de la force publique pour l'exécution des décisions juridictionnelles peuvent être considérées comme légales, car elles sont prises en vertu d'une appréciation des nécessités du maintien de l'ordre sur lesquelles le juge administratif exerce, on le sait, un plein contrôle. Le juge administratif se refuse donc à qualifier par principe ces décisions d'irrégulières. Cependant,

lorsqu'elles sont légales, elles engagent la responsabilité de l'État sans faute (CE, 30 novembre 1923, *Conitéas*, TGD). Il en est ainsi aujourd'hui des décisions refusant l'exécution musclée des jugements d'expulsion de grévistes, ou d'occupants sans titre de logements (CE Ass., 3 juin 1938, *Soc. Cartonnerie Saint-Charles*, Rec.529). Cette jurisprudence, qui pourrait paraître négatrice de la séparation des pouvoirs et de l'autorité des décisions de justice a été reconnue conforme à la Constitution (CC, 29 juillet 1998, *Lutte contre les exclusions*, Rec.276, 46^{ème} cons.), à condition que l'ordre public invoqué soit objectivement défini. Il n'est pas certain que cette dernière exigence, quoique comparable à celles de la CJCE dans des cas analogues, soit suffisante à assurer la conformité de la jurisprudence *Conitéas* au droit européen dans son ensemble.

Mais les refus d'exécution forcée des décisions juridictionnelles ne sont pas les seuls à mettre en jeu la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. Bien des types de refus légaux ont été reconnus produire le même effet par le juge administratif. Ils sont résistants à toute tentative de classement et ne reposent sur aucun critère juridique précis. En ce domaine, la subjectivité du juge est déterminante.

Peuvent ainsi engager la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, les refus légaux de délivrer un visa de déclaration d'exportation, ou d'accorder une autorisation de licenciement. On peut y rattacher les refus relatifs au domaine public et à l'urbanisme. Il faut y assimiler aussi, bien qu'il n'existe pas en droit français d'action en carence des autorités administratives, les cas où les personnes publiques ou privées chargées de la gestion d'un service public, n'ont volontairement pas pris de décision (et où elle n'a été demandée par personne). Il s'agit des cas, où pour des nécessités de l'ordre public, les autorités administratives investies du pouvoir de police n'ont pas jugé opportun d'intervenir, et de celles où les autorités administratives n'ont pas engagé les procédures de réquisition nécessaires au service public en cas de grève. Enfin, une solution analogue est adoptée lorsque l'autorité administrative abandonne volontairement un projet, causant ainsi un préjudice à ceux qui en

avaient tenu compte (CE sect., 23 décembre 1970, *EDF c. Farsat*, Rec.790; CE, 15 novembre 2000, *CCI de Colmar*, CJEG 2001.118, concl. Seban).

Malgré le caractère éminemment subjectif de cette jurisprudence, sa limite la plus sûre réside dans le caractère anormal et spécial du dommage.

B. Décisions réglementaires

Il peut arriver que la production d'un règlement par une autorité administrative compétente soit pour un particulier la cause d'un préjudice anormal et spécial tel qu'il y ait rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Le juge administratif a reconnu ce cas de responsabilité sans faute résultant pour l'autorité administrative de l'exercice d'un pouvoir réglementaire à propos du préjudice commercial causé à un commerçant en raison d'un arrêté municipal pris pour des raisons de sécurité (CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec.113). Il en est de même pour les préjudices commerciaux résultant de la déviation d'une voirie nationale ou pour ceux résultant d'interdictions de circulation. Le refus de prendre un acte réglementaire peut également déclencher l'application d'un régime de responsabilité sans faute.

§ 2. -Du fait de dommages non accidentels de travaux publics

Plus simplement, et plus exactement, cette expression recouvre les troubles du voisinage résultant de l'exécution de travaux publics ou du fonctionnement d'ouvrages publics.

Les troubles de voisinage public sont indemnisés par un régime de responsabilité sans faute quelle que soit la qualité des requérants (usagers, normaux ou anormaux, tiers), pourvu que le dommage

soit reconnu anormal et spécial (CE Sect., 24 juillet 1931, *Commune de Vic-Fezensac*, Rec.860).

Ce régime est destiné à indemniser la gêne apportée lors de l'exécution de travaux publics, à l'accès des propriétés riveraines, notamment lorsqu'il en résulte un dommage commercial. Il est également applicable à la dépréciation et aux troubles de jouissance subis par certains immeubles du fait de la construction d'un ouvrage public. La présence de panaches de fumée et l'éclairage permanent de l'emprise d'une centrale nucléaire ne donnent cependant pas lieu à indemnisation.

§ 3. -Du fait des lois et des conventions internationales

La responsabilité sans faute du fait des lois et des conventions internationales est une notion étonnante s'agissant de sources du droit auxquelles étaient traditionnellement attachés, pour la première un mythe d'infailibilité, pour la seconde, une intangibilité résultant de la conduite des relations internationales de la France. Indéniablement, l'exercice de la souveraineté répugne à l'engagement d'une responsabilité fut-elle sans faute.

Aussi, il existe deux limites principales à l'exercice des actions en responsabilité sur ce fondement, inspiré par la rupture de l'égalité devant les charges publiques. La première est le caractère spécial du préjudice, difficile à établir s'agissant de mesures qui par nature sont de portée générale et absolue. Ce caractère est susceptible de contrôle par le juge de cassation. La deuxième est fixée par la jurisprudence : il faut que la loi ou la convention internationale dommageable n'ait pas entendu exclure toute indemnisation, ce qu'elle reste toujours libre de faire à condition de ne pas se livrer à une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (CC, 10 janvier 2001, *Droit communautaire dans le domaine des transports*, LPA 2001.34, note Schoettl).

Le principe de la responsabilité du fait des lois a été admis à propos des conséquences d'une loi du 9 juillet 1934, organisant

le marché du lait. Cette loi interdisait la fabrication de produits de substitution aux produits laitiers. La société La Fleurette qui était dans ce cas dut cesser une partie de son activité. Le juge administratif, reconnaissant un préjudice grave et spécial, en l'absence de régime d'indemnisation prévu dans la loi elle-même, accepta le principe d'une réparation (CE Ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*, TGD).

Après quelques années de réticence, inexplicables à la lecture de la constitution de 1946, le Conseil d'État reconnut également la responsabilité sans faute fondée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques du fait des conventions internationales (CE Ass., 30 mars 1966, *Cie gén. d'énergie radio-électrique*, TGD).

La responsabilité sans faute du fait de lois ou des conventions internationales est très rarement reconnue. Dans certains cas, comme le défaut d'application du droit communautaire, le juge administratif préfère éviter le terrain de la responsabilité pour fait des lois et détecte une illégalité imputable au pouvoir réglementaire (CAA Paris (plén.), 1er juillet 1992, *Soc. Dangeville*, Rec.558, *Dr. fiscal* 1992.1665, concl. Bernault). En ce cas particulier, la tendance serait plutôt à reconnaître une responsabilité pour faute du législateur, mais le Conseil d'État y est encore réticent (CE ass. 30 octobre 1996, *Soc. Jacques Dangeville*, RFD adm. 1997.1056 concl. Goulard) malgré la logique selon laquelle toute irrégularité est une faute, combinée à celle de l'arrêt Nicolo.

Dans bon nombre des autres cas, la réparation bute sur la spécialité du préjudice (CE Ass., 30 mars 1966, *Cie gén. d'énergie radio-électrique*, préc. est un arrêt de rejet pour ce motif). Elle est appréciée en général par le nombre de personnes touchées par les effets négatifs de la loi ou de la convention. Dans la plupart des autres, elle se heurte au fait que la loi ou la convention ont entendu exclure tout droit à indemnisation soit par des dispositions explicites, soit implicitement. Il faut ajouter dès lors qu'une loi ou une convention intervenue exclusivement en vue de l'intérêt général (recherche d'un équilibre économique général, par exemple) exclut nécessairement toute indemnisation.

Reste aujourd'hui à citer les trois cas (en soixante ans !), où la responsabilité du fait des lois a été reconnue. À part l'arrêt fondateur, on remarque CE Sect., 25 janvier 1963, *Bovero*, Rec.53 et CE, 21 janvier 1944, *Caucheteux et Desmots*. Quant à la responsabilité du fait des conventions internationales, elle apparaît pour le dommage causé au propriétaire d'un appartement par l'impossibilité d'expulser un diplomate mauvais payeur, en raison d'un accord de siège entre l'Etat français et son organisation internationale de rattachement (CE Sect., 29 octobre 1976, *Dame Burgat*, Rec.452).

Chapitre 4 :

Responsabilité des agents publics et responsabilité administrative

Lorsque la responsabilité administrative est engagée sur le fondement de la faute, et que cette faute implique un agent public, plusieurs problèmes relatifs au régime de la responsabilité doivent être réglés. Le premier est de savoir quelle responsabilité se trouve engagée par la faute en question, c'est-à-dire à qui doit être imputé ce fait générateur : à la personne publique ou à l'agent public ? Le second problème est de savoir contre quelle personne la victime peut agir. Le troisième est de savoir, lorsque l'imputation de la faute aboutit à un partage de responsabilité, lorsqu'une condamnation solidaire a été prononcée, ou lorsqu'un régime de substitution légale de responsabilité a joué, si l'agent et la personne publique peuvent exercer des actions l'une contre l'autre.

Les solutions en ce domaine sont simples dans leur principe, mais leur application est marquée par des solutions légales et jurisprudentielles souvent très particulières. Le droit administratif a cet égard fait preuve d'une grande autonomie, mais pas d'une grande simplification, vis-à-vis des régimes déjà complexes du droit civil. Le principe de base demeure la distinction entre faute personnelle et faute de service. Puis il faut examiner l'exercice de l'action de la victime, et les rapports entre l'autorité administrative et l'agent public.

Section I :

Faute personnelle et faute de service

La distinction entre faute personnelle et faute de service est fondamentale parce qu'elle est historiquement à l'origine de l'abandon d'un régime de quasi irresponsabilité. Pendant tout le XIX^{ème} siècle en effet, s'appliquait le système dit de la garantie des fonctionnaires, qui soumettait à l'autorisation (rarement accordée) du Conseil d'Etat l'exercice des actions mettant en cause la responsabilité des agents publics devant les tribunaux judiciaires. Après l'abrogation de la garantie des fonctionnaires par un décret-loi du gouvernement de la Défense nationale en date du 19 septembre 1870, le Tribunal des conflits a dû se prononcer sur le fait de savoir si les agents publics devaient être assimilés aux préposés de l'article 1384, al. 5 du C. civ. Dans l'arrêt *Pelletier*, le Tribunal des conflits a fixé le régime de responsabilité des agents publics (TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, TGD). Si la responsabilité d'un agent public est recherchée devant les tribunaux judiciaires pour un acte non détachable de ses fonctions, l'acte est considéré comme administratif et l'incompétence doit être constatée. Au contraire, un acte détachable des fonctions administratives de l'agent possède le caractère d'acte privé et sa responsabilité pourra être engagée devant ces tribunaux.

Le système ainsi conçu aboutit à l'irresponsabilité des agents publics pour les seules fautes non détachables de leurs fonctions. Encore s'agit-il d'une irresponsabilité «civile», mais l'agent public peut certainement encourir une sanction disciplinaire.

La question donc se pose de définir la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'agent public, la faute personnelle, en tant que faute détachable des fonctions.

§ 1. -Principes généraux de la matière

A. Le fondement subjectif

Il n'existe pas de critère objectif de distinction entre la faute personnelle et la faute de service.

La définition la plus classique que l'on puisse donner est celle de Laferrière, qui dans le *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux* : si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur (...) plus ou moins sujet à erreur et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux. L'approche est donc subjective et laissée à l'appréciation du juge.

Des tentatives nombreuses en théorie juridique ont été faites pour donner de la distinction une définition résultant de critères objectifs, c'est-à-dire fondés sur l'acte administratif qui a donné lieu au dommage (Blum, concl. sur CE *Lemonnier*, S 1918.3.41; Duguit, note sous CE, 19 juin 1917, *Montpilié*, S 1918.2.1). Elles sont guidées par l'identification du but poursuivi par l'auteur de l'acte (faute intentionnelle -Duguit-), ou par la gravité de la faute (Faute lourde -Hauriou, Jèze -). Aucune cependant ne semble avoir réussi à donner un critère simple et totalement objectif de la faute personnelle.

B. Le cas par cas

La qualification de faute personnelle est toujours appréciée au cas par cas. Il n'existe pas de critère extérieur d'application automatique. Ainsi, la commission d'une faute pénale et sanctionnée comme telle n'est pas un fait déclenchant la qualification de faute personnelle (TC, 14 janvier 1935, *Thépaζ*, TGD). Certaines négligences, réprimées par le Code pénal au titre d'actes involontaires, peuvent en effet constituer pleinement des fautes de service.

De même, la reconnaissance d'une voie de fait, action manifestement insusceptible de se rattacher à un quelconque pouvoir

de l'autorité administrative, n'entraîne pas de plein droit la qualification de faute personnelle (Civ. 1ère, 30 novembre 1955, *Guislain*, *RD publ.* 1956.564, note Waline).

§ 2. -Identification de la faute personnelle

A. La faute purement personnelle

La faute purement personnelle est celle qui est dépourvue de tout lien avec le fonctionnement du service.

Un critère applicable dans les cas les plus simples peut être retenu. La faute purement personnelle est celle qui est commise par un agent public en dehors du service, c'est-à-dire dans le cadre de sa vie privée. Par exemple, un agent public en uniforme, porteur d'une arme, peut profiter de son apparence en dehors du service, pour commettre des crimes ou délits ou pour régler des situations privées. Le fait que cet agent ait été habilité à porter une arme, et entraîné à s'en servir, n'est pas de nature à établir un lien avec le fonctionnement du service (CE, 23 juin 1954, *Vve Litzler*, Rec.376). De même que ne constitue pas un lien avec le fonctionnement du service l'usage de connaissances acquises, dans son exercice professionnel, par un pompier pyromane.

Les cas de faute purement personnelle sont relativement rares et leur identification est assez simple.

B. La faute non dépourvue de tout lien avec les fonctions

L'expression est d'origine jurisprudentielle. Elle recouvre plusieurs cas où la faute commise est personnelle, en raison de son contenu, mais où le contexte dans lequel elle a été commise ne permet pas de dire qu'elle est totalement détachable du fonctionnement du service.

Il n'importe, il n'y a que l'intention qui compte. Si l'auteur de la faute a agi dans un but privé, la faute demeurera personnelle, malgré certains liens circonstanciels avec le service.

Il en est ainsi par exemple, lorsque le chauffeur d'un véhicule administratif en mission se détourne de sa destination pour l'utiliser à des fins personnelles. Le dommage qu'il pourrait provoquer sera considéré comme imputable à une faute personnelle, même s'il s'est produit au moment du service et avec les moyens fournis pour l'accomplissement de ce service. En effet, il ne s'agit pas de l'exercice normal des fonctions. Il en est de même des dommages causés par des agents publics ayant abandonné leur poste ou exercé des activités privées, que le fait dommageable soit l'imprudence, ou l'intempérance.

Le cas peut aussi se produire où les fonctions normalement exercées par l'agent public lui donnent les moyens de causer, en dehors des heures de service, des dommages divers. Le juge administratif exige, pour qualifier la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, la réunion de trois conditions : qu'il s'agisse d'un fait involontaire, que le moyen mis à disposition par le service soit régulièrement détenu par l'agent public, que ce moyen expose les tiers à des risques particuliers de dommage. Ainsi en est-il des accidents dus, dans le cercle privé, à la possession à domicile d'une arme de service (CE Ass., 26 octobre 1973, *Sadoudi*, Rec.603). A ainsi été reconnu comme faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, le second meurtre commis par un gendarme, en raison du moyen que lui donnaient les informations connues par l'exercice de ses fonctions, d'échapper aux recherches engagées à l'occasion du premier (CE, 18 novembre 1988, *Ép. Raszewski*, Rec.416).

C. La faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions

Là se pose le problème de la distinction entre faute de service et faute personnelle en des termes particulièrement lourds de conséquence. Si rien ne permet de caractériser une faute personnelle, ce cas aboutit en effet à l'irresponsabilité de l'agent public.

Il n'existe pas à proprement parler de critère regroupant les fautes personnelles commises dans l'exercice des fonctions. La gravité des fautes commises est certainement un indice. Mais elle n'est retenue que pour des fautes d'une extrême gravité. La poursuite d'un but privé ne suffit pas non plus car certains comportements ne sont pas forcément révélateurs d'une intention précise : ils relèvent d'excès ou de passions. On peut pourtant citer ces quelques catégories qui sont descriptives, sinon explicatives.

Dans un premier type de faute, l'agent public a agi dans un but privé en utilisant l'exercice normal de ses fonctions pour parvenir à ses fins. La qualification de faute personnelle s'applique ainsi à la malveillance, la malhonnêteté, la violence.

1. Sont ainsi, même commises dans l'exercice normal des fonctions, des fautes personnelles dues à la malveillance de leur auteur le fait, pour un maire de faire décharger les ordures municipales sur un terrain privé jouxtant une décharge publique, pour un policier le fait d'exercer des contrôles quotidiens systématiques du respect d'une réglementation sur un point de détail, pour un préfet d'octroyer une autorisation induue afin de faire condamner son bénéficiaire lors de son usage.

2. La malhonnêteté, quoique rare, est le signe d'une faute personnelle. Ainsi de l'utilisation d'une fonction comportant le maniement de fonds pour augmenter son propre patrimoine, ou permettant l'usage d'une main d'œuvre gratuite et expérimentée pour commettre des vols (CE, 11 novembre 1953, *Oumar Samba*, Rec.218).

3. Enfin, certains excès de comportement peuvent déterminer la qualification de faute personnelle. Ce sont les comportements violents. La violence qualifiant la faute personnelle peut être physique, morale ou verbale. Dans le cas des violences verbales, le juge administratif porte une appréciation sur les circonstances détaillées de leur énonciation : expression publique, retentissement à l'intérieur ou à l'extérieur du service, gravité des propos, animosité personnelle, véracité des accusations proférées. La jurisprudence est assez détaillée en ce domaine. Dans le cas de violences physiques, la jurisprudence administrative estime qu'elles

doivent être injustifiées au regard des pratiques administratives normales. La violence, parce qu'elle n'est pas au nombre des moyens administratifs courants, ne fait que traduire une animosité personnelle détachable de l'exercice des fonctions.

4. La question se pose de savoir s'il peut exister des fautes personnelles, reconnues comme détachables de l'exercice de la fonction administrative, en l'absence d'intention privée et de violences instinctives, en raison de leur seul caractère de gravité. Dans quelques cas, en effet, la jurisprudence administrative reconnaît des fautes personnelles alors qu'aucune malveillance, malhonnêteté, violence ne peut être relevée à l'encontre de leurs auteurs. Ainsi, ont commis des fautes personnelles en raison de leur extrême gravité, le médecin qui s'enfuit de la salle d'opération où débute un incendie en abandonnant sa patiente, ou celui qui a refusé de révéler une erreur d'injection ayant causé ensuite de graves dommages CE, 28 décembre 2001, *Valette*, *AJDA* 2002.359, concl. Schwartz, le policier qui ne prend aucune mesure de protection d'un individu dont la vie était gravement menacée et qui s'était placé sous sa protection (TC, 9 juillet 1953, *Dame Veuve Bernadas*, Rec.593), le militaire de faction qui met en joue un civil et le blesse, celui qui fume dans un dépôt d'explosifs.

En réalité, la gravité de la faute n'est pas un élément de qualification de la faute personnelle. La meilleure preuve en est que les circonstances exceptionnelles, reconnues dans l'affaire Bernadas, ne modifient pas la qualification de la faute, alors qu'elles en modifient la gravité. Le caractère de faute grave est ici un indicateur, privilégié certes, des mobiles étrangers à l'exercice des fonctions administratives. Il révèle, dans la négligence ou l'imprudence grave, une erreur de bon sens, d'équilibre et d'humanité qui est propre à l'individu indépendamment de sa qualité d'agent public.

Section II :

L'action de la victime

Le principe de base doit être rappelé. La victime ne peut rechercher la réparation de son préjudice qu'auprès de la personne publique responsable en cas de faute de service. Mais en cas de faute personnelle, la victime peut faire reconnaître la responsabilité de l'agent fautif et le poursuivre en réparation. Cependant, il est possible que la responsabilité de l'agent du fait de sa faute personnelle ne soit pas seule en cause. Dans bien des cas, la responsabilité d'une personne publique vient s'ajouter à celle de l'agent; dans des situations spéciales, elle peut même lui être substituée.

§ 1. -Le principe de cumul des responsabilités

Deux solutions extrêmes étaient concevables. À partir du moment où la faute personnelle est distinguée de la faute de service, l'identification de la faute permet de poursuivre selon le cas, et exclusivement, soit l'agent, soit la personne publique. C'est la première solution possible. À l'inverse, l'agent étant souvent insolvable, il est concevable, dans l'intérêt de la victime, d'imposer la mise en cause obligatoire et systématique de la personne publique, à charge pour elle de se retourner éventuellement contre l'agent fautif. C'est la seconde solution possible. Entre ces deux solutions, la jurisprudence a adopté une voie intermédiaire qui, pour être simple, n'en comporte pas moins quelques cas d'application délicate.

La première solution, l'exclusivité de la poursuite, a été celle des débuts de la responsabilité (de 1873 à 1911). S'il y a faute de service, la victime doit rechercher la responsabilité de la personne publique. S'il y a faute personnelle, elle doit poursuivre l'agent.

Pourtant, la jurisprudence a été rapidement confrontée à un problème prévisible : il peut se produire un cumul de fautes, la faute de l'agent s'ajoutant à celle du service pour produire le dommage.

Il était peu concevable de demander à la victime de s'adresser pour une part du préjudice à la juridiction administrative et pour une autre à la juridiction judiciaire. Rien n'aurait exclu d'ailleurs que la somme des parts de responsabilité reconnues par l'une et l'autre juridiction, soit supérieure à 100 % ce qui va contre le principe selon lequel une personne publique ne peut pas être obligée de payer des sommes qu'elle ne doit pas; ou inférieure à 100%, ce qui va contre le principe de la réparation intégrale du dommage. Dans ce cas, le juge administratif a reconnu à la victime la possibilité d'agir pour la réparation intégrale du préjudice contre la personne publique (CE, 3 février 1911, *Anguet*, TGD).

Puis, la jurisprudence a admis qu'en cas de faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions (*Cf. supra*), la victime pouvait également rechercher la réparation pour le tout auprès de la personne publique. Il y a là un véritable changement de nature par rapport au cas précédent, puisque les fautes ne sont pas distinctes et successives. Il n'y a qu'une faute personnelle, mais elle est commise dans l'exercice des fonctions (CE, 26 juillet 1918, *Ép. Lemonnier*, Rec.761). Il ne s'agit cependant que d'une option offerte à la victime. Elle ne modifie ni la réalité de la responsabilité, ni la charge qui pèse sur l'auteur de la faute. En effet, la personne publique pourra se retourner contre l'agent public.

Enfin, l'option de la victime a été encore élargie au lendemain de la deuxième guerre mondiale. En 1949, la victime a été admise à choisir la personne objet de son action en responsabilité, dans le cas de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec l'exercice des fonctions (CE, 18 novembre 1949, *Delle Mimeur*, TGD).

Aussi, aujourd'hui la victime peut elle tenter son action contre la personne publique dont l'activité a donné lieu au dommage, dans tous les cas, faute de service seule, faute de service et faute personnelle cumulée, faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions, faute personnelle non dépourvue de tout lien avec l'exercice des fonctions; à l'exception d'un seul, la faute purement personnelle. C'est le régime général du cumul de responsabilité. Mais il existe aussi des dérogations législatives.

§ 2. -Les régimes spéciaux de substitution de responsabilité

Alors que le principe général du cumul de responsabilité ouvre une option au profit des victimes, d'engager la demande de réparation soit contre la personne publique, soit contre l'agent, il est des cas où la loi impose cette procédure. Ils sont, significativement, relatifs à des dérogations à la répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire.

Le premier cas est prévu par la loi du 5 avril 1937, qui substitue la responsabilité de l'Etat à celle des agents publics, membres de l'enseignement, pour tout dommage causé par les élèves, ou aux élèves. Les conditions d'application en sont larges : elles s'étendent aux enseignants des établissements privés sous contrat avec l'Etat, aux activités scolaires ou extra scolaires si les élèves sont sous la surveillance des enseignants. En revanche, on doit rappeler que la substitution de responsabilité ne joue ni vis-à-vis des personnels exerçant une fonction administrative, ni dans l'enseignement supérieur, ni dans les services d'éducation surveillée.

Un second cas tout aussi connu, est celui de la substitution de responsabilité de l'Etat en cas d'accident causé par un véhicule (loi du 31 décembre 1957). On rappellera seulement que la compétence est alors transférée aux tribunaux judiciaires et l'action est jugée conformément aux règles du droit civil, y compris en cas d'accident causé entre agents publics en fonction.

Il faut ajouter le cas récent de l'indemnisation des victimes de dommages résultant de la contamination par le virus du SIDA à l'occasion de l'usage de produits sanguins (loi du 31 décembre 1991, décret du 26 février 1992). En effet le Fonds d'indemnisation institué est subrogé dans les droits que possède la victime contre les personnes responsables, dans la double limite de leur part de responsabilité dans le dommage et des sommes versées au titre de l'indemnisation forfaitaire.

Section III :

Les rapports entre les agents publics et la personne qui les emploie

De l'engagement de responsabilité et de la nécessité d'indemniser la victime, peuvent naître des rapports spéciaux entre les agents publics impliqués dans la réalisation des dommages, et la personne publique qui les emploie. Ces rapports se traduisent de deux façons : la personne publique peut engager une action, de nature variable, contre ses propres agents; les agents publics peuvent prendre l'initiative d'une action contre la personne publique qui les emploie.

§ 1. -L'action de la personne employeuse contre ses agents

La distinction entre faute personnelle et faute de service prend ici une importance particulière. Dans le cas d'une faute de service, en effet, la personne publique ne peut exercer aucune action contre ses agents. La faute de service n'est pas un fait générateur de la responsabilité des agents publics qui ont concouru à la commettre, le lien d'imputation ne peut donc pas être établi, quelle que soit la nature des dommages, qu'il s'agisse de dommages causés aux usagers ou aux tiers, ou de dommages causés à la personne publique elle-même.

Dans le cas d'une faute personnelle, la personne qui emploie l'agent public dispose d'une action contre ce dernier, mais l'état actuel du droit administratif est le résultat d'une longue évolution. De 1873 à 1951, le principe posé était celui de l'irresponsabilité des agents publics vis-à-vis de la personne qui les emploie. Il était exclu à la fois d'exercer contre ces agents une action récursoire, c'est-à-dire en remboursement de l'indemnisation que la personne publique

avait dû verser à la victime, et de diriger contre eux une action en réparation des dommages qu'ils auraient pu causer directement à la personne publique (CE, 28 mars 1924, *Poursines*, Rec.357).

Puis en 1951, le juge administratif a mis fin à l'irresponsabilité des agents publics vis-à-vis de la personne publique, aussi bien dans le cas de l'indemnisation versée aux victimes, que dans ceux où la personne publique est elle-même victime (CE Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville* (2 arrêts), *TGD*). Désormais, l'agent public peut être condamné à supporter une part de la charge indemnitaire, dans la proportion exacte où la faute personnelle a contribué à causer le dommage. Cette proportion peut être de 100 % dans le cas où seule une faute personnelle est à l'origine du dommage (CE, 17 décembre 1999, *Moine*, Rec.425), et dans le cas où la faute personnelle est la cause exclusive d'une faute de service qui n'a joué qu'un rôle de transmission dans la chaîne causale (affaire *Laruelle*). Elle peut varier selon le nombre d'agents publics ayant en groupe commis des fautes personnelles de même nature.

Cependant, dans ce dernier cas, la personne qui emploie les agents publics ne peut pas actionner l'un des agents responsables pour la totalité de l'indemnisation. Il n'y a pas en effet de solidarité entre les agents publics ayant commis les fautes personnelles déterminant le dommage : ils doivent être recherchés en paiement pour la seule part de responsabilité qui leur incombe, ce qui oblige à exercer autant d'actions en justice qu'il y a d'agents reconnus partiellement responsables (CE Sect., 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec.196). Il faut remarquer également que l'action récursoire ainsi engagée par la personne publique contre son agent, personne privée, relève de la juridiction administrative (TC, 26 mai 1954, *Moritz*, *TGD*), alors que les actions engagées par les victimes contre les agents publics à raison de leur faute personnelle relève des tribunaux judiciaires. Cette solution est identique, même lorsque l'action récursoire de la personne publique s'exerce à la suite de la mise en œuvre d'un régime spécial de responsabilité (loi du 5 avril 1937; loi du 31 décembre 1957) qui a attribué compétence à la juridiction judiciaire pour l'action de la victime contre la personne publique (TC, 2 novembre 1965, *Collin*, Rec.819).

§ 2. -L'action des agents publics contre la personne qui les emploie

En pratique, ces cas recouvrent l'irresponsabilité des agents publics impliqués dans une faute de service. Il peut arriver en effet, qu'un tribunal judiciaire considère que l'agent a commis une faute personnelle et que le conflit positif ne soit pas évoqué. L'agent public est alors condamné à réparer la totalité des dommages qu'il estime causés non par une faute personnelle, mais par une faute de service. Cet agent détient la possibilité de demander devant la juridiction administrative le remboursement des indemnités versées à tort. Le principe en est posé par la loi pour les fonctionnaires relevant du statut général (loi du 13 juillet 1983, art. 11), il constitue un principe général du droit pour les autres agents publics (CE Sect., 26 avril 1963, *CHR de Besançon*, Rec.242, concl. Chardeau). Le juge administratif appréciera si la faute commise est une faute de service. Dans l'hypothèse d'une réponse négative, la solution du juge judiciaire demeure inchangée. Dans l'affirmative, l'agent public recevra une indemnisation destinée à compenser intégralement les condamnations qu'il a supportées à tort. Si une faute personnelle a cependant coexisté avec la faute de service, le juge administratif appliquera les mêmes principes que ceux évoqués dans les cas d'action de la personne qui emploie les agents (affaire Delville).

Troisième Partie :

Le régime des actes administratifs

Titre 1. -LE RÉGIME DES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX

L'étude du régime juridique de l'acte administratif unilatéral consiste à détailler l'ensemble des règles applicables à cet objet juridique, tant au regard de ses conditions d'existence et de validité qu'au regard de son application et de ses effets. C'est pourquoi seront ici examinées les différentes étapes de la vie de l'acte : son élaboration, son entrée en vigueur, sa sortie d'effets, ainsi que l'obligation de s'y conformer entre ces deux dernières étapes.

Chapitre 1 :

L'élaboration des actes administratifs unilatéraux

L'élaboration des actes administratifs unilatéraux est conditionnée par trois questions : qui, de quelle manière, sous quelle forme ? Ce sont les points déjà évoqués au moment du contrôle du juge qui doivent maintenant être précisés : la compétence, la procédure, la forme.

Section I :

Les règles de compétence

Les règles de compétence sont destinées à encadrer la réponse à la question de savoir qui est l'auteur de l'acte administratif unilatéral. Il peut arriver que les signataires soient multiples, ce qui ne modifie pas la nature unilatérale de l'acte, mais rend délicate la détermination de son auteur. On a pu constater que le plus souvent, cet auteur est unique et c'est dans cette hypothèse que les développements suivants se placent. Les règles de compétence s'orientent autour d'une idée : l'auteur d'un acte doit être habilité à l'édicter, il doit avoir le pouvoir légal de le produire. Cette habilitation ou pouvoir légal a pour nom compétence. Elle est régie par des principes généraux qui doivent être précisés avant de rechercher quelles circonstances permettent d'apprécier si une autorité administrative est ou non compétente pour édicter des actes administratifs unilatéraux.

§ 1. -Principes généraux

Deux principes sont toujours applicables à la production d'un acte administratif unilatéral. Le premier concerne les conditions de compétences relatives à la modification d'un acte juridique antérieur, le second d'application plus diffuse détermine la nécessité de produire un acte juridique nouveau lorsqu'il est demandé par un particulier.

A. Le parallélisme des compétences

Le principe du parallélisme des compétences est simple : dans le silence des textes, l'autorité administrative compétente pour produire un acte est aussi compétente pour le modifier ou le

supprimer (CE Sect., 10 avril 1959, *Fourré-Cormery*, Rec.233). Ce principe est d'application fréquente dans des cas simples. Par exemple dans le droit de la fonction publique s'agissant d'identifier l'autorité compétente pour mettre fin aux fonctions de l'agent public, dans la production de règlements s'il faut chercher qui peut abroger un acte réglementaire.

Cependant, la jurisprudence administrative exige qu'il existe un lien direct entre l'acte ancien, et l'acte nouveau. D'une part, un acte qui ajoute à la modification de l'acte ancien des dispositions relevant de compétences différentes ne relève pas de ce principe. Un acte unilatéral qui affecte seulement **les effets** d'un acte précédent n'est pas en général un acte modificatif de l'acte précédent en tant que tel. D'autre part, le principe du parallélisme des compétences ne s'applique pas aux décisions de refus de prendre un acte. Ainsi la décision de refus d'une autorité administrative de prendre un acte dont la compétence d'édition appartient à un supérieur hiérarchique n'est pas annulable pour incompétence, même si elle peut l'être par d'autres moyens.

B. L'interdiction des questions préjudicielles

Il est usuel de dire qu'il n'existe pas de questions préjudicielles devant les autorités administratives. Ce principe signifie que malgré les difficultés qui peuvent s'élever sur l'interprétation de certains actes, de certains textes, sur l'appréciation de validité de certaines normes, l'autorité administrative ne peut pas surseoir à décider en attendant la résolution du problème par une autre autorité administrative ou juridictionnelle, ni renvoyer les demandeurs à se pourvoir devant une juridiction.

En d'autres termes, l'autorité administrative ne peut pas refuser d'exercer sa compétence en prenant argument de l'incertitude de la situation de fait ou de droit, elle doit rendre une décision qui se fonde sur les éléments du dossier qui est en sa possession. Elle doit agir, quitte à encourir ultérieurement une annulation, ou à devoir revoir sa décision en raison d'une modification de l'état connu du droit ou des circonstances de fait. Cette règle est applicable aux

compétences de décision, mais aussi à celles de production d'actes administratifs unilatéraux de toute nature.

A défaut d'agir pour de tels motifs, l'autorité administrative commettrait une erreur de droit, appelée incompétence négative.

§ 2. -L'identification analytique de la compétence

La réponse à la question de savoir si une autorité administrative est compétente pour prendre un acte administratif unilatéral peut être donnée par l'examen des différentes dimensions de la compétence : matérielle, géographique, temporelle.

A. Compétence matérielle (*ratione materiæ*)

1. Les règles de compétence matérielle posées par les textes déterminent les matières qui entrent dans le domaine propre à chaque autorité. Elles sont en général attribuées à des autorités administratives ayant rang de chef de service. Cette attribution est stricte dans le sens où une compétence appartenant à un supérieur hiérarchique ne peut pas, sauf exception, être exercée par un de ses subordonnés, et où inversement, une compétence attribuée à une autorité subordonnée ne peut pas être exercée par le supérieur hiérarchique. Le premier cas est évidemment conforme à l'exercice du pouvoir hiérarchique, le second tend à faire respecter la hiérarchie des normes puisque, si un texte répartit la production de normes entre autorités administratives, il n'est pas acceptable qu'une de ces autorités y déroge. De plus, le pouvoir hiérarchique ne comporte pas de plein droit le pouvoir de substitution (CE, 12 novembre 1949, *Yasri Alloua*, D 1950.303, note J.G.). En revanche, le supérieur hiérarchique peut orienter le contenu des décisions en édictant circulaires et directives;

2. Il existe, à titre d'exception, des cas où une autorité subordonnée exerce les compétences d'une autorité qui lui est hiérarchiquement

supérieure : il s'agit des délégations. Le régime des délégations est complexe et doit être précisé.

La délégation est soumise à quatre conditions de validité. Tout d'abord, elle doit avoir été autorisée par un texte législatif ou réglementaire. La même condition s'applique aux subdélégations. On peut rappeler à cet égard que la Constitution autorise le Président de la République à déléguer ses pouvoirs de nomination de fonctionnaires au Premier ministre (art. 13), et qu'elle autorise le Premier ministre à déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres (art. 21). Les ministres eux-mêmes sont autorisés à déléguer des attributions aux membres de leur cabinet, aux fonctionnaires de leurs services (décret du 23 janvier 1947, décret et circulaire du 15 juin 1987), aux préfets de département et de région (décret du 10 mai 1982, art. 14). Les préfets peuvent également déléguer des compétences à leur directeur de cabinet, au secrétaire général de la préfecture, aux sous-préfets et aux chefs des services déconcentrés (décret du 10 mai 1982, art. 17).

Ensuite, la délégation de compétence doit être précise dans son objet et quant à son destinataire. Il s'agit d'un principe général du droit (CE, 8 février 1950, *Chauvel*, Rec.85). La précision de l'objet est apprécié par la possibilité d'identifier l'étendue des compétences déléguées.

Ensuite, une délégation ne peut être que partielle. Elle ne peut en aucun cas aboutir à transférer l'ensemble des compétences d'une autorité au profit d'une autre (CE Ass., 13 mai 1949, *Couvrat*, Rec.216, *D* 1950.77, note J.G. ; CGCT art. L.2122-18) Il s'agirait encore une fois d'une violation des normes supérieures décidant de l'existence d'une autorité administrative et de la répartition des compétences.

Enfin, l'acte de délégation doit être publié. Cette obligation s'explique par la nature de la décision de déléguer, qui est réglementaire. En conséquence, l'entrée en vigueur de la délégation est subordonnée à la publication de cet acte.

Les sanctions de ces conditions d'existence et d'entrée en vigueur des délégations et subdélégations sont simples. Si l'une d'elle n'est pas remplie, la délégation de compétence est illégale, et cette illégalité se

propage aux décisions que le délégataire aurait pu prendre sur son fondement. Comme ce vice affecte la compétence de l'auteur de l'acte, le moyen tiré de l'illégalité d'une délégation est d'ordre public. Enfin, l'incompétence avérée par une délégation illégale, comme en principe toutes les autres, n'est pas susceptible de régularisation. Il suffit en revanche que la publication, même tardive, précède la décision du délégataire pour que cette dernière soit légale.

Les effets des délégations de compétence peuvent être de deux types. Ou bien la délégation est une délégation de pouvoir, ou bien elle est une délégation de signature.

La délégation de pouvoir est la seule à réaliser une véritable modification de la répartition des compétences. Elle dessaisit l'autorité délégante, qui ne peut plus exercer ses pouvoirs dans le domaine délégué tant que dure la délégation (CE Sect., 5 mai 1950, *Buisson*, Rec.258). Ce n'est pas le cas de la délégation de signature qui laisse à son auteur l'exercice de sa compétence *ad nutum*. En conséquence, dans le cas de délégation de pouvoir, l'acte prend place dans la hiérarchie des normes au rang occupé par le délégataire. Alors que dans le cas de délégation de signature, il s'insère au niveau des actes normaux du délégant.

La délégation de pouvoir est attribuée à un bénéficiaire désigné *in abstracto*, en raison de sa fonction, alors que la délégation de signature est attribuée à une personne nominativement désignée. En conséquence, la délégation de pouvoir subsiste, même en cas de changement des fonctionnaires occupant le poste de l'autorité délégante ou délégataire (CE Sect., 28 juin 1957, *Soc. X...*, Rec.425). La délégation de signature disparaît à l'inverse dès que l'un des deux titulaires des fonctions change.

B. Compétence géographique (ratione loci)

La compétence géographique ne pose pas de réels problèmes. Les autorités administratives centrales ont le pouvoir de prendre des actes dont le champ d'application s'étend à tout le territoire, sous réserve de la nécessaire adaptation à la situation des départements et territoires d'outre-mer. Les autorités administratives

déconcentrées ont la compétence de produire des actes dont le champ d'application est limité à leur ressort territorial.

Cependant, deux nuances peuvent être apportées. On peut mettre à part le cas où pour des raisons pratiques évidentes, la compétence territoriale limite la compétence matérielle, comme le rappellent les voiries publiques communes à deux collectivités territoriales (soit la mesure est conjointe, soit elle est séparée mais identique dans son contenu).

D'une part, les limites des collectivités territoriales riveraines de la mer sont celles du territoire français. En conséquence, le maire d'une commune maritime (environ 900) pourrait théoriquement prendre toute mesure de sa compétence matérielles dans la portion de mer territoriale (jusqu'à 12 milles marins -22 km-) correspondant à sa commune (CE Sect., 20 février 1981, *Commune de Saint-Quay-Portrieux*, Rec.96). Cependant, ses compétences en matière de police sont limitées à la réglementation des activités nautiques (300 mètres du rivage) (CGCT, art. L. 2212-1 et 2). En ces deux domaines (haute mer ou police), la compétence appartient au préfet.

D'autre part, l'autorité administrative d'une collectivité territoriale peut édicter des mesures hors du territoire de cette dernière, lorsqu'il s'agit de gérer des biens ou des services qui ont un lien direct avec la personne publique dont elle est l'organe. Une collectivité peut ainsi disposer de biens immobiliers et même utiliser l'expropriation pour les obtenir hors de son ressort territorial.

C. La compétence temporelle (ratione temporis)

Le principe est que l'autorité administrative détient sa compétence à partir de son investiture. On se souvient qu'une autorité nommée mais non installée est incompétente (CE Ass., 27 avril 1973, *Delle Serre*, Rec.302), mais une autorité nommée et installée est compétente dès la signature de sa nomination et de son installation, avant même que la publication soit effectuée. En ce qui concerne

les autorités collégiales, elles ne peuvent délibérer que pendant la durée des sessions ou des séances.

Les questions les plus délicates se posent surtout dans les hypothèses de suspension temporaire ou définitive de l'activité de ces autorités.

1. La suspension temporaire

Les suspensions temporaires se produisent en cas d'absence ou d'empêchement. Elles peuvent être réglées par deux régimes distincts : la suppléance ou l'intérim. La suppléance a la caractéristique d'être prévue par un texte (CE Ass., 25 octobre 1957, *Soc. du parc à essence de Chambry*, Rec.554). Elle désigne parfois le destinataire de la compétence de suppléance, notamment dans les organismes collégiaux. L'intérim, au contraire, n'est prévu par aucun texte. Il est décidé par l'autorité hiérarchique supérieure à celle qu'il est nécessaire de remplacer. Les conditions de nomination sont assez souples. L'autorité supérieure n'est pas tenue de respecter les règles de fond ni de forme prévues pour la désignation du titulaire et peut notamment se désigner elle-même. Les seules limites affirmées par le juge administratif semble être l'appréciation d'une durée normale pour l'intérim et du respect des principes généraux du droit.

Le contenu et l'étendue des pouvoirs transférés au suppléant ou à l'intérimaire sont normalement les mêmes que ceux du titulaire, à moins que n'en disposent autrement : les textes dans le cas de la suppléance (ce qui n'est pas le cas pour le maire par un de ses adjoints : CGCT, art. L. 2122-17), ou l'acte de désignation dans le cas de l'intérim.

Notons que selon ce vocabulaire le remplacement du Président de la République en application de l'article 7 de la Constitution est une suppléance, alors que celui du Premier ministre, absent du territoire, pour lequel le Président désigne un ministre, est un intérim.

2. La suspension définitive

La suspension définitive est le résultat de la fin de l'investiture de l'autorité compétente, soit par décision de l'autorité de nomination, soit par l'échéance du terme d'une désignation ou d'un mandat. Ce terme ne retire pas à l'autorité sa compétence sauf si le délai est imparti à peine de nullité – ce qui n'est pas en général le cas –, ou lorsqu'il constitue une garantie pour les particuliers. La date prise en compte pour l'appréciation de leur validité est celle de leur signature et non celle de leur publication (CE sect., 19 novembre 1993, *Bereciartua Echarri*, Rec.321) : il suffit que l'acte soit signé avant l'expiration du délai, même s'il n'est publié que postérieurement. Le problème alors posé est celui de la transmission de la compétence de l'autorité désinvestie à la future autorité compétente. Le principe est alors que les autorités désinvesties conservent une compétence «fantôme» jusqu'à l'installation de leur successeur (titulaire, suppléant ou intérimaire), de manière à assurer la continuité de l'existence des fonctions prévues par les normes régissant les personnes publiques et les services publics.

Quelques textes organisent ce régime transitoire, comme le CGCT prévoyant les cas où les maires continuent leurs fonctions après l'expiration de leur mandat. En l'absence de texte, ce maintien dans les fonctions résulte d'un principe général du droit qui consacre une compétence diminuée : l'expédition des affaires courantes. La notion d'affaires courantes connaît des applications particulières pour les gouvernements ou les ministres démissionnaires. Les actes qui excéderaient l'expédition de ces affaires seront annulés par le juge administratif (CE Ass., 4 avril 1952, *Synd. rég. des quotidiens d'Algérie*, Rec.210). Cependant le contenu de ces affaires courantes est difficile à cerner. On peut penser qu'il s'agit d'affaires touchant au fonctionnement habituel des services, ne relevant pas de décisions d'organisation ou de choix politiques, guidées par la nécessité d'assurer la continuité des services. On remarque d'ailleurs sur ce dernier point que l'urgence est un élément de justification des actes pris dans les compétences d'expédition des affaires courantes (CE Ass., 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec.533).

Section II :

Les règles de procédure

L'élaboration des actes administratifs unilatéraux met en œuvre des règles de procédure qui ont pour fonction de garantir la régularité et parfois l'opportunité de ces actes. Ces règles sont parfois regroupées sous l'appellation de procédure administrative non contentieuse, mais à la différence de certains pays étrangers, elles n'ont pas fait l'objet d'une codification. L'essentiel des principes régissant la matière provient de la jurisprudence administrative, le reste provient de l'application de textes spéciaux.

La difficulté, depuis plus de vingt ans, de concevoir une loi générale portant organisation de la procédure administrative non contentieuse, explique l'intervention initiale du décret du 28 novembre 1983, posant quelques principes fondamentaux relatifs aux rapports entre les usagers et les autorités administratives, avant même la loi du 12 avril 2000 relative aux droits de citoyens dans leurs relations avec les administrations. En général, la procédure administrative non contentieuse est regroupée selon des axes destinés à constituer des garanties pour les administrés : publicité (transparence), caractère contradictoire (motivation), impartialité. Aussi, sans qu'il soit question d'en évoquer tous les détails, mais sans non plus limiter le point de vue à un rapport d'affrontement entre usagers et autorités administratives, quelques thèmes importants de la procédure administrative non contentieuse sont examinés ici.

§ 1. -L'examen particulier des circonstances

Le principe ainsi énoncé est à la procédure administrative non contentieuse ce que l'exactitude matérielle des faits est à la procédure contentieuse. Il s'agit d'un principe de réalisme. Il est d'application générale et absolue.

Une autorité administrative ne peut prendre une décision non réglementaire qu'à condition d'avoir effectivement examiné les faits qui constituent le dossier faisant l'objet d'une décision. Il ne lui est pas possible notamment de décider par application de motifs généraux, d'options de principe : elle doit se livrer à une véritable appréciation des faits, des circonstances de l'affaire (CE, 7 août 1920, *Secrettant*, Rec.853).

L'explication en est simple a contrario. S'il pouvait en être autrement, l'autorité administrative fixerait implicitement des normes de portée générale et impersonnelle, c'est-à-dire qu'elle exercerait un pouvoir réglementaire dont elle ne dispose pas en principe. De même, l'exercice d'un pouvoir d'orientation par voie de directives ne peut pas déroger au principe de l'examen particulier des circonstances. C'est ce qui explique que les requérants ne puissent valablement prendre argument du traitement réservé à d'autres particuliers par la même autorité administrative.

La violation de la règle de l'examen particulier des circonstances est toujours considérée comme une irrégularité de procédure, même si elle résulte parfois d'une erreur de droit commise par l'autorité administrative qui croit possible d'appliquer des motifs d'ordre général. Elle concerne non seulement les autorités administratives investies du pouvoir de décision, mais les organismes collégiaux simplement consultatifs (CE, 27 octobre 1972, *Delle Écarlat*, Rec.682).

§ 2. -Le parallélisme des procédures

La règle du parallélisme des procédures consiste à imposer que la modification ou la suppression d'un acte soit réalisée dans le respect des mêmes procédures que celles qui ont présidé à son édicition. Cette règle est de portée générale, mais différenciée, et son application est certainement plus nuancée que celle du parallélisme des compétences.

Le premier principe est que la règle du parallélisme des procédures ne s'impose que dans le cas où la procédure initialement suivie était

obligatoire. Un décret pris après avis d'un organisme consultatif, alors que cette procédure n'était requise par aucun texte, peut être modifié sans consultation de ce même organisme (CE Sect., 28 avril 1967, *Féd. nat. des Synd. pharmaceutiques*, Rec.180). Ainsi en est-il pour le Conseil d'Etat : l'avis n'étant pas obligatoire, il ne s'agit pas d'une règle affectant la compétence de l'autorité administrative, mais d'une simple règle de procédure.

Le second principe est que le premier principe a une valeur absolue s'agissant des actes réglementaires : une procédure obligatoire pour l'édiction d'un règlement doit être suivie pour sa modification ou sa suppression (CE, *Féd. nat. des Synd. pharmaceutiques*, préc., arrêt fondateur). Mais sa valeur est relative quant aux actes non réglementaires. La jurisprudence administrative examinera en effet, cas par cas, si la procédure instituée pour l'édiction du premier acte demeure justifiée (c'est-à-dire a encore un sens ou est encore utile) pour l'édiction d'un second acte, modificatif ou suppressif. C'est ainsi que n'est plus reconnu nécessaire le respect de la procédure de nomination d'une autorité administrative, si elle était destinée à assurer le meilleur choix du fonctionnaire pour les besoins du service et non à constituer une garantie pour l'intéressé, lorsqu'il y a lieu de mettre fin à ces fonctions (CE Sect., 10 avril 1959, *Fourré-Cormery*, préc.). On peut y ajouter que l'obligation de ne conclure un contrat qu'après approbation de l'autorité de tutelle ne s'impose plus pour le résilier, la première décision étant plus lourde de conséquences que la seconde; de même que le retrait du permis de construire n'impose pas le respect de la procédure de délivrance qui n'est justifiée que par la nécessité d'instruire le dossier.

§ 3. -La contradiction

La contradiction dans la procédure administrative non contentieuse est le pendant du principe du contradictoire dans la procédure contentieuse. Il s'agit d'imposer à l'autorité administrative d'entendre les futurs destinataires de l'acte administratif unilatéral,

notamment leurs objections. Mais l'application de la contradiction n'est pas de portée générale et absolue. Notamment les règles du procès équitable issues de l'art. 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, conçues pour le contentieux, n'y sont pas applicables par nature. Elles ne le sont pas aux organismes non juridictionnels (CE sect., 3 déc. 1999, *Caisse de crédit municipal de Bain-Tresbœuf*, Rec.397 et *Didier infra*) si leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction satisfaisant au régime prévu par l'article 6. En revanche, les règles du procès équitable s'appliquent aux sanctions qualifiées accusations en matière civile ou pénale (CE avis, 31 mars 1995, *Sarl Auto-industrie Méric*, Rec.154) ou dès lors que en raison de la nature de la composition et des attributions de l'organisme décidant la sanction, le principe d'impartialité serait structurellement violé (CE ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec.399). Mis à part l'application de sources internationales, la jurisprudence administrative limite l'application du principe de la contradiction à trois cas.

A. Le respect des droits de la défense

On se souvient que ce principe est un principe général du droit, et même le plus ancien identifié comme tel (CE Sect., 5 mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier*, TGD). Il est également un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et s'impose donc au législateur (CC, 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, Rec.95).

La contradiction est applicable à toutes les mesures qui nécessitent une défense de la part des destinataires de l'acte. Cela concerne en pratique tout le domaine disciplinaire. Le régime disciplinaire de la fonction publique est à cet égard encadré par un texte spécial la loi du 22 avril 1905, art. 65, imposant la communication du dossier avant toute mesure disciplinaire. Mais la portée du principe général du droit dépasse le contentieux disciplinaire. A titre d'exemple, nécessitent la mise en œuvre d'une contradiction, le retrait d'autorisation, le retrait d'agrément, le refus d'agrément, le retrait d'une reconnaissance d'utilité publique, la résiliation de

contrats avec l'enseignement privé, les décisions du ministre de l'économie au titre du contrôle des concentrations (art. L.430-1 s. C. Commerce et CE sect., 9 avril 1999, *Soc. Interbrew France*, Rec.117, *RFD adm.* 1999.769, concl. Stahl).

Cependant, deux exceptions jurisprudentielles doivent être mentionnées. Tout d'abord, la contradiction ne s'applique pas au prononcé de mesures de police. Ensuite, elle ne reçoit pas application pour des mesures prises en vue de l'intérêt général (CE Sect., 25 avril 1958, *Soc. Lab. Geigy*, Rec.236). Ces exceptions ne semblent pas contredites par le décret du 28 novembre 1983 (art. 8), dans la mesure où son champ d'application n'est pas identique, et où son application est supplétive.

B. Les mesures prises en considération de la personne

La jurisprudence a étendu à tous les agents publics une interprétation large de l'art. 65 de la loi de 1905. La contradiction doit être organisée en effet, non seulement pour les mesures disciplinaires, mais pour toute mesure prise pour des motifs relatifs à la personne de l'agent. Il en est ainsi de mesures plus graves que les simples sanctions, de mesures prises dans l'intérêt du service indépendamment de toute sanction (CE Sect., 24 juin 1949, *Nègre*, Rec.304, *D* 1949.570, note J.G.), de mesures aux conséquences lourdes qui pourraient ressembler à des sanctions : mutation (CE Sect., 19 avril 1991, *Monnet*, Rec.151) non renouvellement de mise à disposition (CE, 20 octobre 2000, *Madame Bucksplan*, RDP 2001.311, concl. Mitjaville).

C. Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

Exception faite des cas où un particulier adresse une demande aux autorités administratives, les décisions individuelles qui doivent

être motivées en application de la loi de 1979, n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales (loi du 12 avril 2000, art. 24). Les conditions d'identification de ces décisions sont précisées par l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 (V. aussi art. 8 du décret du 28 novembre 1983) : les décisions nominatives défavorables à leur destinataire (sanctions et parfois mesures de police), ou qui dérogent légalement à une réglementation.

Par exclusion des textes eux-mêmes, ces principes ne s'appliquent pas aux rapports entre les agents publics et leur personne publique employeuse (CE, 1^{er} mars 2000, *Jouany*, mais dans ce cas, les principes de la loi de 1905 et la jurisprudence spécifique prennent le relais). Ils ne concernent pas non plus les décisions rendues sur demande de l'intéressé, ni les recours administratifs (gracieux ou hiérarchiques), ni les décisions issues d'une compétence liée.

Ce régime, aux termes mêmes de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, s'applique sous réserve des cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ; des nécessités d'ordre public ou de la conduite des relations internationales ; des décisions demandées par l'intéressé ; des textes législatifs spéciaux qui organisent eux-mêmes un régime de contradiction propre. La jurisprudence antérieure avait déjà posé ces deux exceptions.

§ 4. -Le régime de la consultation

La consultation est traitée ici comme technique de coopération de plusieurs personnes juridiques publiques ou privées à l'action administrative, ou, plus restrictivement, à la production des actes administratifs. Il n'existe pas, en l'absence de texte, d'obligation générale de recourir à la consultation. Deux arguments sont habituellement avancés pour expliquer le recours à ce procédé. Le premier est d'ordre technique : la complexité du fonctionnement social augmente, et les agents des services ne sauraient être des experts en toute matière. Au fur et à mesure que croît l'intervention,

il est donc nécessaire d'avoir recours à des experts, voire à des groupes d'experts. Le deuxième est d'ordre démocratique : la consultation permet d'associer les personnes juridiques qui auront à appliquer ou à subir les actes produits par la personne publique dotée de la compétence d'édition. Cette association qui se situe toujours dans la phase d'élaboration d'un acte juridique ou matériel s'analyse soit comme une participation, soit comme une information.

L'avantage de la consultation réside essentiellement dans une meilleure identification des problèmes à traiter et dans une meilleure acceptation de la décision. Son principal inconvénient est de diluer les responsabilités en masquant dans certains cas l'auteur de la décision, ou de constituer une obligation purement formelle légitimant la décision sans l'améliorer, ce à quoi on pourrait ajouter que les organes consultés ont tendance à exercer une représentation catégorielle d'intérêts collectifs, qui ne s'avère pas particulièrement démocratique. Cependant, la diversité des cas possibles impose de distinguer d'une part, les organes de la consultation, d'autre part, les procédures de consultation.

A. Les organes de la consultation

1. Principes de fondation

Les organes susceptibles d'être consultés sont très nombreux. Les plus anciens sont connus du droit administratif depuis l'an VIII : il s'agit du Conseil d'État et des conseils de préfecture. On peut y ajouter un organe conçu spécialement pour la consultation : le Conseil économique et social (Constitution, art. 69 à 71, ordonnance portant loi organique du 29 décembre 1958, loi organique du 27 juin 1984). D'autres organes consultatifs font également partie de la tradition d'organisation des ministères : il s'agit des conseils supérieurs des ministères. A titre d'exemple, on peut citer le Conseil supérieur de l'éducation.

Il faut noter que, à l'exception du Conseil d'État et du Conseil économique et social, inscrits dans la Constitution de 1958, la fondation d'organismes consultatifs est une compétence réglementaire. Au nombre des mesures d'organisation du service reconnues à tout chef de service par la jurisprudence Jamart, figure en effet l'institution d'organismes consultatifs (CE, 11 mai 1979, *Synd. CFDT du min. des affaires étrangères*, Rec.203, concl. Galabert). Cette fondation ne pourrait évidemment empiéter sur les compétences d'autres autorités prévues par la Constitution, la loi, ou les règlements en vigueur.

Rien n'exclut que les organismes dotés de compétences consultatives en exercent d'autres, qu'il s'agisse de compétences juridictionnelles, comme c'est le cas du Conseil d'État et des tribunaux administratifs, ou exécutives (forcément réglementaires) comme c'est le cas des autorités administratives indépendantes.

2. Organisation et fonctionnement

Certains organismes consultatifs sont exclusivement composés de fonctionnaires et n'associent pas de personnes privées. La préoccupation que traduit leur institution est essentiellement de coordination interne (Conseil d'État, tribunaux administratifs, conseil général des mines). La plupart ont à l'inverse une composition mixte destinée à permettre la représentation des particuliers. Soit pour des raisons techniques et professionnelles (Conseil supérieur des transports, Commission de la sécurité des consommateurs -loi du 21 juillet 1983-), soit pour des raisons d'autorité morale (Haut conseil à l'intégration -décret du 19 décembre 1989-, Commission nationale consultative des droits de l'homme -décrets du 30 janvier 1984 et 21 novembre 1986-).

Quant aux modalités de fonctionnement des organismes consultatifs, elles sont très variées. Ainsi, quelques uns d'entre eux peuvent être saisis par les personnes privées (Commission d'accès aux documents administratifs), ou même s'auto-saisir (Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics). L'objet de la consultation est également variable. Il peut s'agir de demandes d'avis sur un projet de décision, d'établissement de projets

de décisions, de rédaction de rapports d'information sur une question, de propositions de nominations. Enfin la saisine peut être facultative ou obligatoire comme en témoigne la procédure consultative.

B. Les procédures de la consultation

1. Régime général de la procédure consultative

Une première constatation d'évidence est qu'une consultation ne peut jamais être imposée à l'autorité investie du pouvoir de décision, si un texte n'en dispose pas ainsi. En ce domaine, l'analogie ne joue pas, sous réserve des règles générales sur le parallélisme des formes et des procédures concernant le même acte ou la même opération.

Pour qu'une procédure de consultation soit régulière, il faut, d'une part, que l'organisme consulté ait une existence légale, et en particulier que les textes constitutifs aient été publiés (CE, 26 octobre 1956, *Pubreuil*, Rec.389). En conséquence, si l'organisme a été illégalement institué, ses avis sont annulés de plein droit. Il faut, d'autre part, que l'organisme consulté soit compétent pour rendre sa consultation (CE, 24 février 1984, *Mme Queyrens*, Rec.83).

Le principe applicable est le suivant. Lorsqu'une autorité administrative décide à titre général de soumettre l'exercice de ses propres compétences à l'intervention d'une consultation, elle doit se tenir à ce qu'elle a elle-même décidé. Si la procédure de consultation n'est pas respectée, et si cette irrégularité a exercé une influence sur la décision, la décision sera entachée d'illégalité (CE Ass., 22 juin 1963, *Albert*, Rec.385). Il en est de même si la procédure de consultation a été respectée, mais est devenue caduque, en raison des changements de circonstances de fait ou de droit qui auraient pu survenir entre la date de la consultation et celle de la décision

La jurisprudence administrative assouplit cependant ces exigences afin d'éviter tout excès de formalisme. Ainsi, la décision n'est

pas annulée s'il était impossible d'obtenir la consultation, en raison du fait par exemple que l'organisme consultatif n'était pas encore constitué, ou qu'il avait refusé de siéger, ou encore en cas d'urgence. Elle ne sera pas non plus considérée comme irrégulière si l'autorité administrative consultante a remplacé la procédure normale de consultation par une procédure équivalente (CE Ass., 26 novembre 1976, *Soldani*, Rec.508). Enfin, les délais prévus pour que l'organisme rende son avis ne sont pas considérés comme prescrits à peine de nullité.

2. Régime de la composition des organismes consultatifs

Un organisme consultatif ne se prononce régulièrement que s'il est composé de manière régulière, c'est-à-dire de ses membres, ou suppléants régulièrement désignés, dûment convoqués, et dans le respect des conditions de quorum.

a. Ainsi, des erreurs de procédure dans l'élection des membres, la participation de personnes étrangères à l'organisme, entraînent sans aucun doute l'irrégularité des consultations émises (CE Ass., 25 octobre 1957, *Soc. du parc à essence de Chambry*, Rec.554). La jurisprudence est particulièrement rigoureuse s'agissant d'autorités administratives collégiales des collectivités locales, car le fondement est en ce cas législatif, voire constitutionnel. A ces principes, la jurisprudence administrative apporte une notable exception : la légalité de la consultation n'est pas atteinte lorsqu'une personne étrangère, mais possédant la qualité de fonctionnaire, a participé aux travaux d'organismes exclusivement constitués de fonctionnaires et ne délibérant pas sur des questions de personnes (CE Ass., 18 avril 1969, *Meunier*, Rec.208), sauf s'il est prouvé que cette personne a exercé une influence déterminante sur le prononcé de la consultation.

b. Le quorum est le nombre ou le pourcentage minimum de membres qui doivent être présents ou représentés pour que l'organisme puisse valablement délibérer. L'autorité administrative est autorisée à ne pas convoquer les membres de l'organisme consultatif dont la participation aux travaux est de nature à compromettre le bon fonctionnement de l'organisme, mais ils

ne sont pas décomptés du nombre servant de base de calcul au quorum, et il reste de principe que la convocation de tous les membres est de droit.

La règle jurisprudentielle générale est simple : à défaut de texte contraire (législatif ou jurisprudentiel), le quorum est fixé à la majorité des membres composant l'organisme (la moitié plus un). Dans tous les cas, cette majorité s'apprécie indépendamment des catégories représentées au sein de l'organisme, et le quorum, non atteint lors d'une première réunion, n'est plus nécessaire s'il est procédé à une seconde convocation. Cependant, il existe une divergence entre la jurisprudence et les textes dans un cas. Si la consultation est obligatoire, effectuée à la demande de l'Etat ou d'un établissement public à caractère administratif, et si elle est réalisée en vue de décisions concernant les usagers ou les tiers, le quorum est atteint par la réunion de la moitié des membres titulaires de l'organisme (décret du 28 novembre 1983), alors que la jurisprudence ne distingue jamais selon que les membres présents sont titulaires ou suppléants.

c. Enfin, la composition de l'organisme doit garantir son impartialité. Il s'agit d'un principe général du droit (CE Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec.188).

La consultation est donc entachée d'irrégularité si un membre de l'organisme consultatif personnellement intéressé à la décision finale a participé aux travaux. Il en va de même si un des membres de l'organisme a eu un comportement faisant apparaître sa partialité quelle qu'en soit la raison.

De même, si on remarque que l'art. 6-1 CESDH est aujourd'hui applicable à certaines procédures de sanction qui font intervenir un organisme consultatif, il apparaît une divergence importante à ce sujet entre le juge administratif et le juge judiciaire français. Le Conseil d'État distingue dans une procédure, juridictionnelle ou de sanction, trois fonctions : l'accusation, l'instruction et le jugement. Il ne considère comme automatiquement illégal que le cumul de l'accusation et du jugement. En revanche, le cumul des fonctions d'instruction et de jugement n'est pas sanctionné par l'annulation si le rapporteur qui a instruit et qui participe au

délibéré n'exerce pas des fonctions différentes de celles que la formation collégiale de l'organisme aurait pu elle-même exercer (il n'a pas le pouvoir autonome de classer l'affaire, d'élargir la saisine, de perquisitionner ou de saisir : CE ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec.399). Pour la Cour de cassation, au contraire, d'une part tout acte d'instruction présume la formation d'un préjugé et d'autre part la participation du rapporteur, mieux informé et plus déterminé que les autres magistrats, au délibéré est contraire au principe de l'égalité des armes (Cass. plén., 5 février 1999, COB c/ Oury pour celui de la COB; Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 1999 pour celui du conseil de l'Ordre des avocats ; Cass. com. 5 octobre 1999, pour celui du Conseil de la concurrence).

On notera toutefois que malgré cette éventuelle impartialité, il n'existe pas de droit de récusation général applicable aux membres des organismes consultatifs, car seul un texte peut en disposer ainsi (CE, 6 mai 1955, *Esch Chadeby*, Rec.238).

C. Portée des avis

La portée des avis est différente suivant la nature des avis, ou si l'on préfère selon la présence ou non d'une obligation de consulter.

Dans le cas de la consultation facultative, c'est-à-dire qui n'est imposée par aucun texte, l'autorité consultante n'est aucunement limitée par la consultation demandée. Si elle se considérait liée, elle aliénerait une partie de sa compétence et commettrait de ce fait une illégalité. Sur un texte donné, l'autorité administrative peut ainsi modifier en tout point son projet, et décider sans avoir à renouveler la consultation. Elle peut même renoncer à obtenir le résultat de la consultation en décidant avant l'émission de l'avis (CE Sect., 28 avril 1967, *Féd. nat. des synd. pharmaceutiques*, Rec.180). Dans le cas de consultation obligatoire, au contraire, l'autorité administrative doit procéder à la consultation. A défaut, la décision prise serait entachée d'irrégularité. Par ailleurs, une fois la consultation effectuée, la liberté de l'autorité administrative est contrainte par un choix. Soit elle prend la décision conforme au projet initial qui avait été soumis à l'organisme pour consultation;

soit elle prend la décision conforme au projet tel qu'il résulte du résultat de la consultation. Elle ne peut en aucun cas édicter une décision intermédiaire, par exemple qui inclurait des dispositions non soumises à l'organisme consultatif (CE Ass., 2 mai 1958, *Synd. auton. des greffiers*, Rec.252). C'est la conséquence logique du caractère obligatoire de la consultation, qui porte sur le contenu de la décision et non sur le seul principe de cette décision.

Dans le cas, enfin, de consultation obligatoire assortie de l'obligation de décider sur avis conforme (cas rare qui ne peut résulter que d'un texte), la compétence de l'autorité administrative est liée. Cette dernière ne peut édicter qu'une décision en tout point conforme à l'avis. Si l'avis est défavorable, elle ne peut que renoncer à édicter la décision projetée. Cependant, même si l'organisme consulté est ainsi étroitement associé au pouvoir de décision, il ne dispose que d'une faculté d'empêcher ou de valider et n'est pas considéré par la jurisprudence administrative comme un coauteur de l'acte administratif. C'est ce qui explique que le défaut d'avis conforme ne constitue pas pour l'instant une incompétence.

Section III :

Les règles de forme

Rien n'exclut *a priori* que l'acte administratif unilatéral soit oral, et le recours pour excès de pouvoir contre les décisions de cette forme est parfaitement recevable (CE Ass., 4 juin 1993, *Assoc. des anciens élèves de l'E.N.A.*, Rec.166). Seul un texte peut imposer, explicitement ou implicitement par l'exigence de certaines mentions, que l'acte soit écrit. Les supports modernes de communication peuvent matérialiser une décision : le télégramme ou la télécopie sont admis par la juridiction administrative.

La plupart des décisions administratives sont écrites, et les règles de forme sont celles qui régissent la présentation extérieure et matérielle de l'acte. A ce titre, la loi du 12 avril 2000 a posé quelques règles générales : le prénom, le nom, la qualité figurent en clair sur les décisions (art. 4). Les véritables règles de forme sont rares. Ne constitue par exemple nullement une obligation, le fait de préciser dans un texte qu'un acte doit être pris par arrêté (CE, 5 mars 1948, *Roche*, Rec.112). N'a pas plus de conséquence la forme d'un acte réglementaire non décretaal : un arrêté peut être modifié par circulaire et réciproquement (CE, 31 juillet 1948, *Ch. synd. du Livre du départ. de Constantine*, Rec.364). Est enfin sans influence sur la légalité d'un acte administratif unilatéral une omission ou une erreur de visas (CE, 5 novembre 1948, *Dame Naudou*, Rec.524). En fait, la seule règle de forme de ce type qui soit sanctionnée par le juge est le défaut de signature (*Cf. supra*).

Finalement, la règle de forme qui pose le plus de problèmes et sur laquelle il est souhaitable de se concentrer, parce qu'elle dépasse de loin la simple présentation matérielle, est l'obligation pour l'autorité administrative de motiver ses décisions.

§ 1. -L'absence d'obligation générale de motiver

Motiver une décision consiste à exposer par écrit simultanément à la décision, les raisons de fait et de droit qui ont mené à son édicition. Il va de soi, ainsi, qu'une décision qui n'est pas obligatoirement écrite, n'a pas à être motivée (CE, 26 juillet 1996, *CHS Ste-Marie de Cayssiols*, *Dr adm.* 1996.545, note Esper). La motivation est donc la concrétisation, en la forme, des motifs de l'acte. Le but de la motivation est triple. Elle doit permettre de justifier, aux yeux des citoyens, l'action des autorités administratives; elle oblige cette autorité à instruire correctement le dossier; elle permet enfin au juge d'exercer son contrôle des motifs, d'autant plus que la suffisance de la motivation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La motivation peut prendre plusieurs formes. Elle peut, c'est le plus fréquent, être mentionnée sur l'acte lui-même. Elle peut aussi être développée dans un document annexé à la décision.

Cependant, certaines formes de motivation semblent exclues par la jurisprudence. Ainsi, il n'est pas possible de donner une motivation anticipée, en annonçant une décision à venir. La motivation par référence, qui ferait appel à un document non communiqué au destinataire, n'est pas mieux admise. On peut ajouter que la motivation doit être circonstanciée, précise, et caractériser les éléments de fait autant que de droit motivant la décision: il ne saurait donc y avoir de motivation par lettre type. Enfin, une irrégularité externe constituée par un défaut de motivation ne peut pas faire l'objet d'une régularisation par la motivation d'une décision confirmative ultérieure, ou par une motivation à portée rétroactive.

Malgré la précision de cette jurisprudence, et sans doute en raison de la charge considérable que représente une telle obligation, le juge administratif maintient pourtant la vigueur du principe selon lequel les décisions des autorités administratives n'ont pas, par nature, à être motivées. Il est vrai aussi qu'une obligation de motiver pourrait dissuader les autorités administratives de rendre

des décisions explicites, afin de gagner du temps et de minimiser les risques de voir une décision justifiée au fond être annulée pour irrégularité externe.

§ 2. -Place de la loi du 11 juillet 1979

En application de ce texte, applicable à toutes les personnes publiques (circulaire du 4 juin 1992), deux types de décisions nominatives doivent être motivées.

Le premier type est constitué par les décisions nominatives défavorables aux personnes qu'elles concernent directement. La loi elle-même dresse une liste des décisions faisant partie de ce premier type. Ce sont celles qui restreignent les libertés publiques ou constituent des mesures de police (1), qui prononcent des sanctions (2), imposent des sujétions ou restreignent les conditions d'octroi d'autorisation (3), retirent ou abrogent les décisions créatrices de droit (4), opposent une prescription, une forclusion, une déchéance (5), refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les demandeurs (6), refusent une autorisation (7) (la dernière sous-catégorie résulte de la loi du 17 janvier 1986, art. 26).

Le second type est composé des décisions administratives individuelles qui dérogent légalement à des conditions générales fixées par la loi et le règlement. Ces décisions sont mentionnées dans une circulaire interprétative (CE sect. 25 mars 1983, *Epoux Mousset*, Rec.135) du 28 septembre 1987.

La jurisprudence administrative sur ce point est nombreuse et complexe. Elle pose de rares principes et vise fréquemment à apprécier dans chaque cas si la mesure attaquée entre dans les types d'application de la loi.

Quant aux principes, le premier est le caractère limitatif de l'énumération légale (CE Sect., 9 décembre 1983, *Vladescu*, Rec.497). Le second est le caractère strict de l'expression décision nominative, qui exclut non seulement les décisions réglementaires, mais les décisions atypiques (CE, 12 février 1982, *Université de Paris VII*, Rec.69).

Quant à l'appréciation des catégories, il est impossible d'entrer dans les détails, mais le sens de la jurisprudence est à la limitation des cas de motivation obligatoire. Ainsi, le relèvement de ses fonctions d'un agent occupant un emploi à la discrétion du gouvernement -qui n'est pas une sanction-n'a pas à être motivé, ni les recours formés contre les octrois d'autorisation.

Enfin, la loi prévoit elle-même deux cas particuliers où la motivation peut être donnée *a posteriori*. L'urgence absolue (art. 4 al. 1), les exigences du secret (art. 4 al. 2), ou l'intervention d'une décision implicite de rejet (art. 5), justifient l'omission de la motivation. Cependant, l'intéressé peut, dans le délai du recours contentieux (2 mois), demander à l'autorité administrative de communiquer les motifs de la décision dans un délai d'un mois. Dans ce dernier cas, le destinataire de l'acte peut déférer sans condition de délai au juge administratif la décision implicite dont il n'a pu obtenir les motifs : elle est entachée d'irrégularité externe sur ce seul moyen (CE, 29 mars 1985, *Testa*, Rec.93).

§ 3. -Cas spéciaux de motivation obligatoire

Lorsque des textes imposent une obligation de motivation particulière, en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, la loi du 11 juillet 1979 ne peut pas être invoquée à titre principal au soutien d'un recours (CE, 30 juillet 1997, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, Rec.309). Il existe cependant des textes spéciaux qui peuvent se combiner avec celle-ci prise à titre supplétif. De plus, la jurisprudence pose parfois sans texte l'obligation de motiver.

A. Existence de textes

Il existe dans l'ordre juridique des textes spéciaux portant obligation de motiver certains actes. Comme le principe demeure celui de l'absence de motivation des actes administratifs, ils

viennent s'ajouter aux dérogations déjà prévues par la loi du 11 juillet 1979. Soit ils les confirment, soit ils les complètent.

Dans certaines matières, des règlements peuvent ainsi rendre la motivation obligatoire. C'est le cas de l'appel d'offres avec concours, dans lequel l'avis du jury doit être motivé en vertu d'un texte (C. Marchés publics, CMP, art. 47, 55, 68, 70, 71 etc.).

S'agissant de textes législatifs, les arrêtés d'hospitalisation d'office édictés par les préfets, par exemple, doivent être motivés, ainsi que les actes réglementant, en vertu du pouvoir de police municipale, la circulation et le stationnement (CGCT art. L. 2213-2), tout comme les actes accordant ou refusant la création ou l'extension des établissements hospitaliers (C. sant. pub., art. L. 712-16), ou ceux refusant des fréquences de communication audiovisuelle (loi du 30 septembre 1986).

Le droit communautaire peut également être une source de l'obligation de motiver. Ainsi en est-il d'une directive du 21 décembre 1988, imposant en matière d'assurance maladie, la motivation des radiations de médicaments de la liste des spécialités remboursables (CE, 9 juillet 1993, *Assoc. Force ouvrière consommateurs*, Rec.212).

B. Exigences de la jurisprudence

Toutes les décisions prises par des organismes professionnels de droit privé comportant des membres des professions, quelles soient réglementaires ou non, favorables ou pas, doivent être motivées (CE Ass., 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille-fret*, Rec.704). Le juge administratif est méfiant vis-à-vis de ce genre d'organismes, collégiaux, soustraits au pouvoir hiérarchique des autorités administratives, et non dotés de personnalité juridique. Cependant, l'exigence ainsi affirmée ne provient pas d'un principe général du droit et peut donc être écartée par un texte réglementaire.

Reste le problème des décisions implicites. Lorsqu'elles interviennent dans une hypothèse où la décision explicite devrait être motivée sur un autre fondement que la loi de 1979, la solution

adoptée par le juge administratif est nuancée. Les décisions implicites de rejet tout d'abord, sont **par leur nature même**, réputées méconnaître l'obligation de motiver (CE, 7 novembre 1975, *Delle Laglaine*, Rec.549). Elles sont donc entachées d'une irrégularité externe. Les décisions implicites d'acceptation non motivées, ensuite, et au contraire, sont régulières parce qu'**en raison de leur nature**, elles n'ont pas à être motivées (CE Sect., 30 juin 1978, *Lenert*, Rec.284). Il faut comprendre que la nature des décisions examinées est d'être de rejet ou d'acceptation (et non d'être implicites), et que ne pas motiver un rejet permettrait à l'autorité administrative d'éviter à bon compte l'obligation de motivation en ayant recours à la décision implicite, alors que ne pas motiver une acceptation n'a pas grand sens pour le bénéficiaire, même si cela peut en avoir pour les tiers. Cependant, lorsque les décisions doivent être motivées en application de la loi de 1979, les décisions implicites qui pourraient intervenir ne sont pas illégales du seul fait qu'elles ne sont pas motivées (art. 5 loi de 1979 ; CE, 12 juillet 1993, *Entr. Thot Communication*, Rec.217). Il en est de même lorsque l'obligation de motiver provient d'un texte communautaire : la décision implicite n'est pas illégale dès lors que les intéressés peuvent en obtenir les motifs (CE, 24 février 1999, *Assoc. de patients de la médecine anthroposophique, préc.*). Une unification de ce régime serait, sans aucun doute, souhaitable.

Chapitre 2 : L'entrée en vigueur et la sortie d'effets

Les actes administratifs unilatéraux réguliers existent dès que les conditions de compétence de procédure et de forme sont réunies, c'est-à-dire dès leur signature. Cependant, ils ne sont pas pour autant applicables immédiatement, même si certaines circonstances contentieuses permettent parfois de se prévaloir de leur existence. De plus, la question doit être posée de la durée pendant laquelle ces actes demeurent pourvus d'effets dans l'ordre juridique, ce qui porte à étudier la disparition, la suppression ou la sortie d'effets de l'acte administratif unilatéral.

Section I : L'entrée en vigueur

Une fois élaboré et édicté, l'acte administratif unilatéral, comme tout acte juridique, doit modifier l'ordre juridique par son application. Pour savoir à quel moment une modification de l'ordre juridique est effective, il est nécessaire de désigner sans hésitation l'instant précis de l'entrée en vigueur de l'acte.

Il faut en effet nettement distinguer l'existence et l'entrée en vigueur de l'acte. Un acte administratif unilatéral peut exister, mais ne pas avoir commencé à produire les effets souhaités par son auteur dans l'ordre juridique. Dans ce cas, il n'est pas opposable aux tiers, c'est-à-dire ne produit pas d'obligations à leur égard. Mais il n'est pas pour autant illégal, ou inexistant. Plusieurs conséquences en découlent. La première est par exemple que le recours par excès de pouvoir est tout à fait recevable contre un acte administratif unilatéral non entré en vigueur (CE Sect., 26 juin 1959, *Synd. gén. des ingénieurs-conseils*, TGD). La seconde, que la légalité de cet acte sera examinée par le juge à la date de son édicition et non à celle de sa mise en vigueur. La troisième, qu'un acte administratif réglementaire non entré en vigueur peut servir de fondement juridique à l'édition d'autres actes réglementaires (CE, 18 juillet 1913, *Synd. nat. des chemins de fer*, Rec.875). Simplement ces actes dérivés ne seront applicables qu'à l'entrée en vigueur de l'acte qui leur sert de base (cas particulier, un acte nominatif non entré en vigueur a pu fonder un acte réglementaire CE Ass., 21 décembre 1990, *Conféd. nat. des assoc. familiales catholiques*, Rec.369). En revanche, l'inverse n'est jamais possible. Dans le cas d'un acte nominatif édicté alors que leur fondement réglementaire n'est pas entré en vigueur, l'entrée en vigueur postérieure du règlement ne régulariserait pas l'acte nominatif (CE, 14 mai 1960, *Mrazovitch*, Rec.294 ; il en irait de même d'un contrat signé alors que la délibération autorisant sa signature n'aurait pas été transmise : CE sect. avis art. 12, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, Rec.198).

Les principes en la matière sont les suivants : il existe un principe d'application générale à tous les actes administratifs, celui de la non-rétroactivité. De plus, un acte administratif unilatéral n'est opposable aux tiers que s'il a été l'objet d'une mesure de publicité. Cependant, la mesure de publicité étant différente relativement aux actes réglementaires et aux actes non-réglementaires, l'étude doit être divisée selon ces deux types d'actes.

§ 1. -Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs

Le principe de non-rétroactivité ne signifie pas qu'un acte administratif ne pourrait pas s'appliquer aux situations nées antérieurement à sa mise en vigueur. Bien au contraire, les règlements administratifs concernant les situations en cours sont d'application immédiate. Mais ils ne peuvent pas s'appliquer aux situations de fait achevées, qui réunissaient les conditions d'application de l'ancien état du droit avant l'édiction du nouveau règlement. Le principe de non-rétroactivité s'oppose simplement, et c'est déjà beaucoup, à toute entrée en vigueur rétroactive d'un acte administratif. Les autorités administratives ne décident que pour l'avenir : c'est une garantie de sécurité juridique. Une autorité administrative ne saurait fixer, pour la mise en application de ses actes, une date antérieure à l'accomplissement de la mesure de publicité nécessaire à leur entrée en vigueur.

Ce principe est applicable à tous les types d'actes : réglementaires, nominatifs, et même contractuels, bien que ce ne soit pas ici notre propos (CE, 4 février 1991, *Ville de Cæn*). Il constitue un moyen d'ordre public, et peut donc être relevé d'office par le juge en tout état de cause.

Cependant, il existe des possibilités de dérogation. C'est le cas tout d'abord si une loi autorise précisément l'autorité administrative à édicter des actes rétroactifs. C'est le cas, ensuite, du retrait des actes administratifs, lorsqu'il est possible et régulier ou des régularisations. C'est le cas, enfin, de situations limites où l'autorité

administrative comble un vide juridique en tirant les conséquences d'un acte déjà entré en vigueur, sans le modifier ni y ajouter (CE, 7 février 1979, *Assoc. des prof. agrégés des disciplines artistiques*, Rec.41).

§ 2. - Actes réglementaires

A. Principe

L'entrée en vigueur des règlements est subordonnée à une mesure de publicité qui peut être de deux types : la publication ou l'affichage.

Le régime de la publication varie selon le type d'actes réglementaires. Les décrets, même s'ils ne sont pas soumis à une procédure aussi lourde que la promulgation des lois, doivent être publiés au Journal officiel de la République française (décret-loi du 5 novembre 1870). Cette exigence est constante, mais limitée par les circonstances exceptionnelles. D'autres actes réglementaires peuvent également être publiés au JO. Dans tous les cas ces actes entrent en vigueur à Paris un jour franc après la publication ; ailleurs un jour franc après l'arrivée du JO au chef-lieu d'arrondissement.

Les arrêtés ministériels peuvent être publiés dans les bulletins officiels ou recueils administratifs des divers ministères. A cet égard, le juge administratif apprécie si la publication a été suffisante à assurer la publicité de l'acte (CE Sect., 29 mars 2000, *GIE du Groupe Victoire*, req. 210.988, BO Equipement pour l'ANAH). Il en est de même des actes réglementaires des autorités déconcentrées : le juge apprécie si la publication a été suffisante.

Quant aux actes réglementaires des autorités locales, il est possible d'assurer leur publicité par affichage (CGCT, art. L.2122-29), mais leur publication doit se faire dans un «recueil des actes administratifs locaux» (loi du 6 février 1992, art. 18).

B. Régimes spéciaux

Quelques régimes de publicité sont spéciaux, soit en application des textes, soit en vertu des actes eux-mêmes.

En application de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, certains actes réglementaires des autorités locales ne peuvent entrer en vigueur qu'après transmission au préfet (art. 2). De même, le Code de la route (art. R. 44) prévoit que les règlements de police doivent être, en supplément de leur publication, matérialisés sur le terrain. Enfin, dans le régime normal de publication des décrets, un règlement publié au Journal officiel entre en vigueur, à Paris, un jour franc après sa publication; ailleurs, un jour franc après l'arrivée du Journal officiel au chef-lieu d'arrondissement.

Il y a des exceptions, en raison de la nécessité d'entrée en vigueur uniforme de certains textes. Les auteurs de règlements peuvent fixer eux-mêmes la date d'entrée en vigueur de leurs actes, à condition qu'elle soit postérieure à la date normale. Certains textes autorisent à titre exceptionnel les autorités administratives à édicter des actes d'application immédiate : c'est le cas du décret-loi du 5 novembre 1870 qui prévoit des décisions d'application immédiate, ou de l'article 5 de la Constitution qui habilite le Président de la République à assurer la continuité de l'action gouvernementale par décret, au besoins réglementaire. De façon générale, un acte réglementaire peut toujours fixer pour sa propre entrée en vigueur une date nettement postérieure à sa publication. Enfin, si un auteur de règlement prévoit des actes d'application et que ceux-ci ne sont pas intervenus, la solution est la même que pour les lois. Le règlement ne peut pas s'appliquer tant que les mesures d'application n'ont pas été prises si celles-ci sont nécessaires en raison de l'imprécision de détail du texte réglementaire (CE, 13 novembre 1974, *Commission adm. des hôpitaux de Luchon*, Rec.556). Il entre en application normalement pour celles de ses dispositions qui sont suffisamment précises.

§ 3. - Actes non-réglementaires

Mis à part les actes contractuels dont l'entrée en vigueur peut être soumise à des conditions propres à la volonté des parties, qui ne seront pas étudiés ici, les actes non-réglementaires se divisent en actes nominatifs et actes atypiques. L'entrée en vigueur des actes atypiques ne pose pas de problème particulier, car elle se produit de la même manière que celle des règlements. On possède d'une part une certitude textuelle relativement aux actes nominatifs des autorités décentralisées, qui doivent être à la fois notifiés et transmis au préfet.

En revanche, les décisions nominatives ne sont pas régies par un principe d'ensemble et les solutions jurisprudentielles sont éminemment pragmatiques.

S'agissant d'actes pris par toute autorité administrative, d'une part, la jurisprudence estime que les décisions nominatives favorables à leur destinataire entrent en vigueur dès leur signature (CE Sect., 19 décembre 1952, *Delle Mattéi*, Rec.594). Mais d'autre part, elle considère que les mesures défavorables à leurs destinataires n'entrent en vigueur que par notification (CE, 28 novembre 1952, *Dame Lefranc*, Rec.534), même si elles sont parfois créatrices de droits pour des tiers (CE sect., 12 juin 1959, *Synd. chrét. du min. de l'ind.*, Rec.360).

De plus, dans le cas de décisions nominatives collectives, susceptibles de concerner de très nombreux destinataires, le juge administratif accepte que la publication de l'acte non-réglementaire remplace la notification. Une pratique courante peut en être trouvée dans les publications de listes de résultats d'examen et concours, de listes d'aptitude. On peut y ajouter les cas où la notification est impossible à cause de la méconnaissance de l'identité des personnes qui font l'objet de l'acte, en raison de leur qualité mais non de leur personne.

Section II : La sortie d'effets

L'expression sortie d'effets est destinée à regrouper les cas où l'acte administratif unilatéral cesse de produire des effets. L'acte administratif unilatéral cesse alors de modifier l'ordre juridique. Il faut tout de suite signaler qu'en droit administratif français, cette cessation des effets n'est pas acquise par le seul écoulement du temps : il n'y a pas de désuétude des actes administratifs. Un acte qui n'a jamais été appliqué, ou qui n'a pas été appliqué de manière continue, ou même qui fait l'objet d'usages contraires, reste tout de même en vigueur. De même, la sortie d'effets ne résulte pas forcément de la disparition d'une norme supérieure, dont l'acte administratif était un acte d'application. Les règlements d'application des lois ne cessent pas leurs effets du seul fait de l'abrogation de la loi qui les avait suscités. Cette solution est justifiée dans la mesure où le domaine d'intervention de l'acte administratif est réglementaire, et si aucune loi ou règlement n'a abrogé implicitement, par l'édition de dispositions contraires, ou explicitement ces actes administratifs (CE, 19 avril 1968, *SCI du Hable d'Ault*, Rec.245 ; Crim. 16 octobre 1996, D 1997.IR.24).

La sortie d'effets peut s'analyser en une suspension temporaire ou d'une disparition totale. Les cas de suspension proviennent en général de circonstances exceptionnelles. La disparition, sur laquelle on se concentre ici, peut résulter d'un acte positif de l'autorité administrative ou de l'échéance d'un terme, fixé par l'acte lui-même ou par une norme supérieure.

§ 1. -La réalisation d'une condition extinctive

La condition extinctive est une variété de condition différente de celles connues en droit civil, qui sont le plus souvent suspensives ou résolutoires. L'accomplissement de la condition met fin à l'acte

administratif pour l'avenir, c'est-à-dire sans rétroactivité. Le cas de l'échéance du terme s'il s'agit d'un terme nominale fixé n'est pas une véritable condition, par ce qu'il ne pèse pas d'incertitude sur l'extinction de l'acte, mais ses effets sont comparables. De plus, la fixation d'un terme va souvent de pair avec des comportements de fait. La condition extinctive est accomplie par la survenance d'un événement déterminé, avec ou sans condition de délai.

Une loi ou un règlement peuvent prévoir une date précise ou un événement déterminé qui entraînent la sortie d'effets, non rétroactive, soit d'eux-mêmes, soit de certains de leurs actes d'application. La sortie d'effets est alors qualifiée de péremption ou caducité. Certains exemples célèbres rappelleront ce dont il peut s'agir : les ordonnances de l'article 38 de la Constitution; les décrets d'extradition non suivis d'effets dans le mois de leur notification à l'Etat requérant (loi du 10 mars 1927); les permis de construire, si les travaux n'ont pas été engagés sous deux ans (C. urb. art. R. 421-32); les arrêtés de cessibilité dans les procédures d'expropriation s'ils ne sont pas transmis au juge judiciaire dans les six mois (C. expr., art. R. 12-1).

Il arrive, d'autre part, que la sortie d'effets sur condition extinctive soit, à titre exceptionnel, rétroactive. Cette configuration se produit lorsque l'acte administratif a été atteint de caducité alors qu'il n'a pas du tout été exécuté, qu'il n'a reçu aucune application (CE Sect., 17 février 1978, *Synd. nat. des ét. de rééducation fonctionnelle*, Rec.95).

§ 2. -L'abrogation

L'abrogation peut être définie comme la suppression non rétroactive de l'acte administratif unilatéral par son auteur ou par une autorité supérieure. De manière générale, l'abrogation d'un acte illégal est toujours légale, même si l'autorité administrative se trompe sur la cause de l'illégalité (CE, 8 janvier 1997, *Hugenschmitt*, Rec.670)

L'abrogation peut être explicite : la nouvelle décision comprend une disposition spéciale portant que l'acte antérieur est supprimé. Elle peut également être implicite, dans le sens où certaines dispositions nouvelles sont absolument contraires à celles contenues dans l'acte antérieur. Le juge administratif est cependant exigeant pour reconnaître une abrogation implicite.

L'abrogation des actes administratifs réguliers réglementaires est toujours possible (CE Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec.60), à tout moment et quel que soit le terme prévu initialement par l'acte abrogé. Il n'existe pas de droit acquis au maintien des situations réglementées. L'abrogation des actes non-réglementaires réguliers est possible si ces actes ne sont pas créateurs de droits (*Cf. infra*, § 3). Cela ne signifie pas que les actes administratifs non réglementaires réguliers et créateurs de droit consacrent des situations juridiques intangibles, mais qu'il faut, pour modifier la situation, édicter un acte contraire en respectant les conditions de forme et de procédure nécessaires à la production d'un acte neuf.

Enfin, il est des cas où l'abrogation est obligatoire. D'une part, toute autorité administrative doit procéder à l'abrogation des *règlements* illégaux, quelle que soit la cause de leur illégalité, lorsqu'il leur en est fait la demande (CE Ass., 3 février 1989, *Comp. Alitalia, TGD*). Le fait que l'autorité administrative ne prenne pas l'initiative de l'abrogation d'un règlement illégal, dans les cas où elle est obligée de le faire, est un fait générateur de responsabilité. Les particuliers lésés, même s'ils n'ont pas demandé l'abrogation, peuvent ainsi obtenir réparation.

D'autre part, une autorité administrative est tenue d'abroger les actes *non-réglementaires* non créateurs de droits à la condition que ces actes soient devenus illégaux à la suite d'un changement des circonstances de fait (CE Sect., 30 novembre 1990, *Assoc. Les Verts*, Rec.339). Cette obligation semble s'étendre, hors de toute demande des particuliers, aux autorisations de police qui s'avéreraient illégales.

Dans ces deux cas, rien n'empêche l'autorité administrative d'abroger spontanément, sans attendre la demande d'un citoyen, les actes irréguliers réglementaires ou non-réglementaires non créateurs de droits (CE Ass., 10 mai 1968, *Commune de Broves*, Rec.297).

§ 3. -Le retrait

Le retrait peut être défini comme la suppression rétroactive de l'acte administratif unilatéral par son auteur ou par une autorité supérieure (CE Sect., 11 juin 1982, *Berjon*, Rec.221, concl. Genevois, retrait par le supérieur hiérarchique). Un acte administratif unilatéral retiré est réputé n'avoir jamais existé.

Les possibilités de retrait sont conditionnées par la qualification de l'acte administratif selon qu'il est «créateur de droits», ou «non créateur de droits».

A. Identification jurisprudentielle des actes créateurs de droits

La notion d'acte créateur de droits est purement jurisprudentielle et ne correspond pas au vocabulaire théorique qualifiant habituellement les droits subjectifs.

Le doute est exclu concernant les actes réglementaires : ils ne sont jamais considérés comme créateurs de droits (CE, Sect., 5 mai 1972, *Delle Noyer*, Rec.342). Ils peuvent toujours être retirés pour opportunité, indépendamment de leur légalité, s'il n'ont reçu aucun commencement d'exécution. À l'inverse, l'ensemble des actes non-réglementaires est en général considéré comme créateur de droits, à l'exception de certains types d'actes, qu'il faut par conséquent examiner.

Sont considérés comme non créateurs de droits :

- les actes accordant des autorisations précaires, par exemple, autorisations de police et d'occupation du domaine public, et dans le même ordre d'idées, les actes assortis de conditions suspensives.
- les actes recognitifs qui ne font que constater et tirer les conséquences de droits préexistants. Une variété importante de ces actes est composée de ceux délimitant le domaine public naturel, ou certifiant l'obtention de diplômes. En revanche, les actes pécuniaires, décisions accordant un avantage financier, quoique l'autorité administrative ne dispose pas le plus souvent de pouvoir

d'appréciation, vu les éléments objectifs de calcul, sont considérées comme créateurs de droit (CE, 6 novembre 2002, *Soulier*, *AJDA* 2002.1434, chron.; revirement de CE Sect., 15 octobre 1976, *Buissière*, Rec.419). Leur abrogation est donc possible, mais pas leur retrait.

- les actes obtenus par fraude ou frappés d'inexistence juridique. La deuxième catégorie résulte de la production de pièces falsifiées. La première est conforme aux principes régissant l'inexistence juridique.

- les actes négatifs, défavorables à leurs destinataires, constitutifs d'un refus ou d'une sanction ne sont pas créateurs de droits vis-à-vis de ces derniers. Mais ils peuvent parfois être considérés comme créateurs de droits pour les tiers. Ainsi en est-il par exemple des refus d'autorisation de licenciement qui créent des droits pour les salariés engagés par cette procédure (CE Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec.217), ou des refus de promouvoir, réintégrer, nommer des fonctionnaires, qui créent des droits au profit des fonctionnaires du corps de destination (CE Sect., 12 juin 1959, *Synd. chrétien du min. de l'ind. et du commerce*, Rec.360).

L'intangibilité des actes créateurs de droits est un principe à valeur constitutionnelle en application de l'article 34 de la Constitution et les règlements ne peuvent y porter aucune dérogation. Cependant, la date de création des droits, assimilée sans doute à une règle de procédure, est du domaine réglementaire, elle peut donc être fixée à un instant différent de celui de la signature de la décision explicite ou de l'acquisition de la décision implicite (cas de l'aménagement du recours hiérarchique), et ceci par un acte réglementaire.

B. Pratique du retrait

1. Les actes administratifs non créateurs de droit

Ils peuvent toujours être retirés, non seulement lorsqu'ils sont illégaux, mais aussi lorsqu'ils sont réguliers, pour des motifs de pure opportunité. Lorsque ces décisions non créatrices de

droits sont des *règlements*, ils ne peuvent être retirés que s'ils ne sont pas définitifs, c'est-à-dire que dans une durée de deux mois pendant laquelle ils sont susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux par voie d'action (CE Sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, Rec.554). S'il s'agit d'actes *non-réglementaires*, non créateurs de droits, ils peuvent être retirés à tout instant (CE Sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, TGD).

Assez étrangement, alors que le retrait est ainsi strictement encadré par ces conditions, il est possible à une autorité administrative d'abroger le retrait d'un acte administratif non créateur de droits c'est-à-dire de remettre discrètement en vigueur un acte retiré éventuellement sur demande. Nul doute que le juge sera sévère dans l'appréciation de la légalité de cette pratique.

2. Les actes administratifs créateurs de droits

Ces actes, forcément non-réglementaires, sont régis par l'application des principes suivants.

Les décisions explicites peuvent être retirées à deux conditions.

La première est qu'elles soient illégales. Le retrait des actes créateurs de droits réguliers, pour des raisons d'opportunité, est donc exclu. Cependant, le moyen tiré de l'absence d'illégalité de l'acte retiré n'est pas d'ordre public, ce qui permet de douter que l'impossibilité de retirer des actes réguliers soit fondée sur le principe de non-rétroactivité des actes administratifs. On peut ajouter à cela que les bénéficiaires d'une décision peuvent demander à l'autorité administrative le retrait de cette décision, ou en refuser le bénéfice (parce qu'ils en attendent une autre plus favorable, par exemple). Non seulement ces demandes et refus sont licites, mais l'autorité administrative a la faculté de les accepter et de procéder au retrait de ces décisions même légales (CE, Sect. 24 février 1967, *De Maistre*, Rec.91).

La deuxième condition nécessaire depuis (CE ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, TGD) est que l'autorité administrative procède au retrait dans un délai maximal de quatre mois, à l'exception des cas où elle répond à une demande de retrait formée par le bénéficiaire de l'acte et sous réserve de dispositions législatives

ou réglementaires éventuellement contraires (loi du 12 avril 2000 pour les décisions implicites par ex.). Cette jurisprudence modifie la condition antérieure qui était que les actes à retirer ne soient pas devenus définitifs (CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, Rec.790, *RD publ.* 1922.552, concl. Rivet, *S* 1925.3.9, note Hauriou).

Avant la loi du 12 avril 2000, la jurisprudence *Dame Cachet* s'appliquait aussi aux décisions implicites d'acceptation soumises à des mesures d'information, dont l'intervention déclenche le délai de recours juridictionnel (permis de construire, C. urb. art. R. 421-12; autorisations de défrichement, C. for. art. R. 131-7). Toutefois la jurisprudence *Dame Cachet* ne jouait pas si le défaut de caractère définitif résultait de l'action de l'autorité administrative elle-même (CE ass. 24 octobre 1997, *Mme de Laubier*, *AJDA* 1997.1010, chr.). L'autorité administrative ne pouvait se prévaloir de ce qu'elle n'avait pas mentionné les voies et délais de recours dans la notification d'une décision individuelle pour retirer celle-ci au-delà d'un délai de deux mois, même si la décision est illégale. Cette première brèche dans la jurisprudence *Ville de Bagneux* annonçait le revirement opéré par l'arrêt *Ternon*.

La jurisprudence *Ternon* doit ainsi être précisée :

-Elle consacre l'indépendance du recours et du retrait. En d'autres termes ni les délais de recours ou de retrait, ni leurs points de départ, ni leurs effets ne sont plus liés, contrairement à ce que considérait l'arrêt *Dame Cachet*. Par exemple le délai de quatre mois qui clôt la possibilité de retrait court à compter de l'édition de l'acte et non de sa notification. Alors que le délai de recours demeure de deux mois et qu'il prend sa source à la notification ou publication.

-Elle distingue nettement la sécurité juridique due au bénéficiaire et la légalité due à l'ensemble des acteurs juridiques. Le régime du retrait selon l'arrêt *Ternon* ne concerne en effet que les rapports entre l'autorité administrative et le bénéficiaire, à l'initiative de la première. Il ne s'étend pas aux tiers, qui pourront attaquer la décision dans le délai normal du recours pour excès de pouvoir (deux mois à dater de la publication). Si la décision est effectivement illégale elle sera annulée par le juge sans que l'autorité

administrative puisse la retirer pour lui éviter ce mauvais sort. Il ne s'étend pas à l'initiative du bénéficiaire, qui peut demander le retrait même après expiration du délai de quatre mois.

Enfin, un rappel s'impose, lorsqu'un acte créateur de droits est illégal et accessible au retrait, le retrait n'est pas une faculté, mais une obligation pour les autorités administratives, qui se trouvent alors dans un cas de compétence liée (CE, 2 octobre 1987, *Castel*, Rec.300).

3. Les décisions implicites d'acceptation

Une décision implicite d'acceptation peut être retirée, pour illégalité, par l'autorité administrative : pendant le délai de recours contentieux, lorsque des mesures d'information des tiers ont été mises en œuvre ; pendant le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision, lorsque aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en œuvre ; pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé (loi du 12 avril 2000, art. 23). Il est ainsi mis fin à la jurisprudence qui excluait le retrait par l'autorité administrative même si la décision était illégale (CE, 14 novembre 1969, *Eve*, Rec.498).

4. Les décisions implicites de rejet

Aucun texte (notamment la loi du 12 avril 2000) ni aucun arrêt (particulièrement l'arrêt *Ternon*, qui ne vise que les décisions explicites) ne prévoient une solution particulière pour les décisions implicites de rejet. Logiquement, elles devraient être peu nombreuses à poser problème. Les rejets ne sont pas créateurs de droit pour leurs destinataires, mais ils peuvent en créer pour les tiers. La question de savoir quand des décisions implicites de rejet peuvent être retirées devra donc être réglée au regard des impératifs de légalité et de sécurité juridique.

5. Les actes administratifs unilatéraux bénéficiant d'un régime spécial

Qu'il s'agisse d'un régime législatif ou réglementaire, de recours hiérarchique, ils dérogent, exception importante, à la condition d'illégalité. C'est ainsi que lorsqu'une procédure de recours hiérarchique peut être interprétée comme permettant un retrait pour opportunité, le juge administratif accepte le retrait dans le délai accordé à l'autorité hiérarchique. C'était le cas du recours hiérarchique contre les décisions de l'inspection du travail relatives aux autorisations de licenciement des salariés protégés (CE Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec.217); mais le code du travail ayant été modifié (art. R. 436-4), la jurisprudence en a tiré la conséquence que le ministre ne peut que s'assurer de la légalité de la décision de son subordonné (CE Sect., 6 juillet 1990, *Mattéi*, Rec.205). C'est encore le cas des recours hiérarchiques obligatoires en préalable à tout recours juridictionnel.

Chapitre 3 :

Le respect des décisions administratives en vigueur

Entre la date de son entrée en vigueur et la date de sa sortie d'effets, l'acte administratif unilatéral existe et produit des effets dans l'ordre juridique qu'il a pour but de modifier. Tous les actes administratifs unilatéraux bénéficient à cet égard d'une présomption de légalité, mais celle-ci devient particulièrement forte pour ceux de ces actes qui constituent des décisions. De plus, la plupart des décisions administratives sont exécutoires, c'est-à-dire qu'elles sont dotées d'un régime garantissant leur exécution.

Section I :

Régularité et caractère exécutoire

La décision est un acte juridique qui modifie l'ordonnement juridique et qui s'impose (s'intègre dans cet ordonnement) par la seule volonté de son auteur, indépendamment de l'acquiescement de son, ou de ses destinataires. Il faut rappeler à cet égard, que l'autorité administrative dispose pour l'édiction de ses actes du «privilège du préalable», selon l'expression de Hauriou, qui a été reconnue par le Conseil d'État comme «la règle fondamentale du droit public» (CE Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, TGD). Or, le corollaire obligé de ce privilège du préalable est que les décisions administratives sont présumées régulières. Ce principe a reçu, également de Hauriou, la qualification d'«autorité de chose décidée». Une décision présentée comme entrée en vigueur est donc applicable jusqu'à ce que son irrégularité soit reconnue par l'autorité administrative, ou constatée par le juge administratif.

§ 1. -L'autorité de chose décidée

Les caractères de l'autorité de chose décidée sont classiquement dégagés par comparaison d'une part avec les actes privés, d'autre part, avec l'autorité de chose jugée.

L'autorité de chose décidée distingue les actes administratifs unilatéraux des actes privés. D'une part, les actes administratifs ont une force exécutoire à l'égard des tiers, en dehors de tout consentement de leurs part, ce qui impossible dans le cas des actes unilatéraux privés. D'autre part, les recours formés contre les décisions exécutoires ne sont pas suspensifs par principe, alors qu'un recours judiciaire suspend l'exécution d'un acte de droit privé.

L'autorité de chose décidée est la force juridique attachée à une décision exécutoire, alors que l'autorité de chose jugée est la force

juridique attachée aux jugements définitifs. On doit remarquer tout d'abord que leurs portées peuvent être différentes. En effet, l'autorité de chose jugée est le plus souvent relative, elle ne s'applique qu'à l'égard des parties à l'instance, alors que l'autorité de chose décidée, notamment dans le cas d'actes réglementaires, est opposable à tous. Ensuite, le caractère définitif du jugement s'oppose au régime procédural de l'autorité de chose décidée, car le fait de rendre le jugement dessaisit le juge qui ne peut en aucun cas retirer ou rapporter sa décision juridictionnelle, alors que l'autorité administrative peut fort bien, en respectant les règles de l'abrogation ou du retrait, supprimer l'acte administratif unilatéral qu'elle a édicté. Enfin, la force de vérité légale qui s'attache à un jugement définitif (notamment non frappé d'une voie de recours) ne peut pas être critiquée à l'occasion d'une autre instance, alors qu'il est possible, par la voie de l'exception d'illégalité de contester un acte administratif hors du délai de recours, ou par voie d'action de demander une indemnité pour réparer le préjudice subi en conséquence de cet acte (CE, 3 décembre 1952, *Dubois*, Rec.555, *JCP* 1953.2.7353, note Vedel).

A ces considérations de nature, s'ajoute celle, relative au régime, que la force exécutoire d'une décision administrative revêtue de l'autorité de chose décidée n'est pas la même que celle qui s'attache à l'autorité de chose jugée, et *a fortiori* que celle qui concerne les actes privés, par principe dépourvus de moyens d'exécution forcée.

§ 2. -Exception

Il existe une exception, limitée dans son principe au devoir d'obéissance hiérarchique des agents dans le droit de la fonction publique. Il faut la citer, mais avec la conscience qu'elle demeure d'utilisation exceptionnelle.

Un agent public peut refuser d'exécuter une décision administrative, pourtant revêtue de l'autorité de chose décidée, lorsque deux conditions sont réunies. Il faut que l'ordre donné soit

manifestement illégal, le caractère manifeste étant appréciable par tout citoyen, même non juriste, et non informé des règles de fonctionnement des services administratifs. La deuxième condition est que le fait d'accepter l'exécution de la décision serait de nature à compromettre gravement un intérêt public (CE Sect., 10 novembre 1944, *Langneur*, Rec.288). Dans certains cas, le subordonné aura tout intérêt à faire jouer cette exception. A défaut, il ne pourrait se prétendre «couvert» par un ordre illégal, devant les juridictions répressives. En effet l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique ne constitue pour le fonctionnaire public auteur d'un acte illégal qu'une excuse absolutoire qui n'enlève pas à son acte son caractère illicite. L'erreur de droit d'un supérieur hiérarchique, même fondée sur un texte (illégal) ne peut pas faire disparaître la culpabilité de l'auteur d'un acte illicite volontairement accompli.

Section II :

Moyens de l'exécution

Prenant acte du refus du destinataire de se conformer à un acte administratif unilatéral revêtu de l'autorité de chose décidée, l'autorité administrative possède la faculté d'utiliser certains moyens pour tenter de faire respecter sa décision.

§ 1. -Sanctions pénales

Le Code pénal, dans son nouvel article R. 610-5 dispose que toute personne qui aurait contrevenu aux décrets et arrêtés de police légalement faits est passible de poursuites pénales. Il est cependant remarquable que cette incrimination générale ne soit constitutive que d'une contravention de première classe, c'est-à-dire de la catégorie la plus bénigne, punie d'une faible peine d'amende.

Plus précisément, de nombreux textes spéciaux assortissent le refus d'exécution des décisions administratives de sanctions pénales plus lourdes (par exemple, le refus par le maire de se soumettre aux réquisitions fondées sur la loi du 11 juillet 1938, est une contravention de 5ème classe : amende et / ou jusqu'à un mois de prison; il en est de même des étrangers s'opposant à leur expulsion).

Il va de soi que le fait de résister à l'exécution d'une décision administrative n'entraîne pas automatiquement l'application de ces peines. L'autorité administrative doit engager les poursuites pénales devant les juridictions répressives et obtenir un jugement de condamnation. Comme dans le cas suivant, la menace de poursuite est seule censée garantir l'exécution. Mais, en cas de résistance malgré le titre obtenu, cette étape est absolument nécessaire pour permettre de procéder normalement à une exécution forcée de la décision administrative inappliquée.

§ 2. -Sanctions administratives

Indépendamment de l'existence de sanctions pénales, le refus ou l'abstention de se conformer à une décision exécutoire sont quelquefois passibles de sanctions administratives, qui sont décidées et infligées par l'autorité administrative elle-même.

a) Conformité à la Constitution de 1958 de l'institution des sanctions administratives

Le Conseil constitutionnel a finalement estimé qu'il n'existait pas de norme constitutionnelle qui interdise en principe qu'une autorité administrative soit habilitée par le législateur à prononcer des sanctions. Cependant, le régime de répression administrative doit, comme le droit pénal, respecter les principes fondamentaux (CC, 28 juillet 1989, *Sécurité et transparence du marché financier*, Rec.71) : la légalité des délits et des peines, la nécessité des peines, la personnalité des peines, la non-rétroactivité de la loi plus sévère, le respect des droits de la défense. Le juge administratif en a déduit l'obligation d'appliquer immédiatement la loi plus douce. De plus, à l'instar de la loi pénale, l'interprétation à laquelle se livre le juge sera toujours stricte.

Le principe *non bis in idem* n'est pas directement applicable en raison de l'indépendance des sanctions pénale et administrative. Néanmoins, le cumul éventuel des deux sanctions ne doit pas dépasser le maximum fixé pour la peine la plus sévère (principe de proportionnalité, CC, 28 juillet 1989, préc. ; CE, 4 avril 1997, *Jammet*, *QJ* oct. 1997.80 ; Com. 29 avril 1997, *Ferreira*, *JCP* 1997.22935, note Sudre, le droit européen ne s'y oppose pas).

b) Régime des sanctions administratives

Les sanctions administratives doivent avoir été prévues par un texte législatif, mais leur nature est variable. Sont évidemment exclues les sanctions privatives de liberté. Mais peuvent constituer des sanctions administratives les retraits ou suspensions d'autorisation (dont la plus célèbre est relative à l'autorisation

de conduire les véhicules terrestres à moteur), les fermetures d'établissements (incomodes et insalubres), les amendes. Sur ce dernier point, il faut remarquer que les amendes administratives tendent à se développer, notamment dans l'activité des autorités administratives indépendantes. Ainsi le Conseil de la concurrence (ord. du 1er décembre 1986, art. 13 et 44), peut infliger des amendes aux entreprises, tout comme la Commission des opérations de Bourse (ord. du 28 septembre 1987 et loi du 2 août 1989), et le Conseil supérieur de l'Audiovisuel (lois du 30 septembre 1986 et du 17 janvier 1989).

La loi institutive doit prévoir une motivation, l'organisation d'une contradiction, et préciser les possibilités de recours, notamment en cas de dérogation aux règles classiques de compétence. Néanmoins, le juge français n'assujettit pas en principe la procédure de sanction administrative à tous les principes posés par la CESDH pour la matière juridictionnelle, sauf lorsque les sanctions peuvent être considérées comme des accusations en matière civile ou pénale (procès équitable, égalité des armes, impartialité, CE ass., 3 déc. 1999, *Didier*, Rec.399). Si ce caractère civil ou pénal est reconnu, le contrôle des sanctions par le juge administratif est de stricte proportionnalité, par rapport à ce que le texte institutif prévoit comme barème de sanctions, et non par rapport à ce que le juge pourrait estimer proportionné.

Là encore, c'est la menace de la sanction qui constitue un moyen de dissuasion pour les particuliers de résister à l'exécution d'une décision administrative. Si l'opposition se maintient, les sanctions administratives, réduites à une simple répression, ne permettent pas d'obtenir le respect de la décision, elles sanctionnent la résistance. Mais elles doivent avoir été exercées avant de passer à l'exécution forcée.

§ 3. -Exécution forcée et exécution d'office

Cette fois, le but poursuivi n'est plus la répression, mais la réalisation effective de la modification de l'état du droit et des choses, l'exécution réelle de la décision administrative. Un

avertissement doit être donné d'emblée. Toute décision exécutoire n'est pas obligatoirement exécutée par la force. Elle n'a, tout d'abord, pas vocation à l'être; elle ne peut pas l'être, ensuite, dans tous les cas. La question qui se pose est donc de savoir dans quels cas et selon quelles modalités l'autorité administrative peut user de la force publique pour exécuter ses décisions en passant outre la résistance d'un particulier.

A. Principe

Le principe applicable en la matière est que l'exécution forcée ne peut pas être réalisée sans recours préalable au juge. L'exécution d'une décision administrative ne peut normalement être obtenue par l'action de la force publique, qu'à la condition d'avoir fait l'objet d'une décision juridictionnelle (TC, 2 décembre 1902, *Soc. immobilière de Saint-Just, TGD*).

En conséquence, l'autorité administrative doit d'abord mettre en œuvre l'action pénale, en vertu soit des textes spéciaux, soit de l'incrimination générale de l'article R. 610-5. Lorsque la loi attribuant un pouvoir de décision à une autorité administrative ne lui a pas conféré simultanément le pouvoir d'assurer l'exécution par ses propres moyens, cette autorité doit obtenir du juge d'ordonner l'exécution par une décision revêtue de la formule exécutoire. C'est le cas des expulsions d'occupants illicites du domaine public ou des sanctions pécuniaires décidées par certaines autorités administratives indépendantes (CE Ass., 1er mars 1991, *Le Cum*, Rec.70). Une fois acquise la décision juridictionnelle, l'usage de la force publique est considéré comme justifiée. En résumé, l'exécution forcée ne peut être obtenue qu'après épuisement de l'arsenal juridique dont dispose l'autorité administrative.

B. Exception

Pourtant, à titre exceptionnel, il peut arriver que l'autorité administrative puisse procéder à l'exécution forcée d'office, c'est-à-dire en se passant de jugement. On parle alors d'exécution d'office.

Il est à noter que l'exécution d'office n'est légitime que s'il y a refus caractérisé d'exécuter l'acte, dans la mesure strictement nécessaire au respect de cet acte, et après mise en demeure. Elle n'est par ailleurs possible que dans trois hypothèses.

- La première est celle d'une habilitation législative expresse. Par exemple, la loi du 3 juillet 1877, article 21 (à la différence de celle du 11 juillet 1938), sur les réquisitions militaires prévoit l'exécution d'office *manu militari* pour obtenir les prestations requises. On peut citer aussi les articles L. 25 et R. 285 du Code de la route qui autorisent la mise en fourrière, la loi du 29 décembre 1979, art. 25 qui autorise le préfet à faire exécuter les travaux de mise en conformité des enseignes et supports de publicité, la loi sur la sécurité civile du 22 juillet 1987, la possibilité pour la commune de faire effectuer les travaux de débroussaillage obligatoires au frais du propriétaire défaillant (C. for., art. L. 322-4), la loi sur l'eau (3 janvier 1992), sur le bruit (31 décembre 1992), sur le refoulement des étrangers (24 août 1993).
- La seconde hypothèse est celle où aucune loi n'a prévu de moyen de sanctionner le destinataire qui oppose résistance à la décision exécutoire. Il s'agit non seulement d'une absence de sanction pénale, mais d'une absence de procédures spéciales, y compris les sanctions administratives, destinées à venir à bout de la résistance des intéressés (CE, 17 mars 1911, *Abbé Bouchon*, Rec.341, concl. Blum). Dans ce cas, il n'existe d'une part aucune menace destinée à faire pression sur le particulier, et d'autre part aucun fondement pour agir devant les juridictions répressives. Or, il n'apparaît pas possible de laisser des décisions présumées régulières et introduites dans l'ordre juridique ne pas recevoir d'application du simple fait du mauvais vouloir d'un particulier. La Cour de cassation avait par exemple décidé qu'aucune sanction pénale n'était applicable au refus d'obéissance aux réquisitions de logement fondées sur l'ordonnance du 11 octobre 1945 (Cass. crim., 11 mai 1949, *D* 1949.261 rapp. Pépy). En conséquence, le Tribunal des conflits a pu accepter la régularité de l'exécution d'office des réquisitions de logements (TC, 12 mai 1949, *Dumont*, Rec.596, *RD publ.* 1949.371, note Waline, *D* 1949.266).

- La troisième hypothèse, qui est en fait, la plus courante, et la plus susceptible d'extension, est le cas d'urgence (TC, 21 juillet 1949, *de Berthier*, Rec.612), auquel la jurisprudence assimile, qui peut le plus peut le moins, la nécessité publique absolue, et les circonstances exceptionnelles. La combinaison de l'urgence et la nécessité publique, justifie ainsi l'exécution d'office des décisions de dispersion de manifestants prises pour le maintien de l'ordre, ou la pose de scellés sur un immeuble ayant fait l'objet d'un attentat. En guise de conclusion, il faut cependant signaler qu'en dehors de ces trois hypothèses, et conformément au principe fondamental énoncé par Romieu, l'exécution d'office constituerait une voie de fait, à condition qu'elle touche à la propriété privée ou à une liberté fondamentale (CE Sect., 20 juin 1980, *Commune d'Ax-les-Thermes*, Rec.281).

Titre 2. -LE RÉGIME DES CONTRATS

Une fois effectuée la distinction, fondamentale pour la détermination de la compétence et la théorie de l'acte, entre contrats administratifs, c'est-à-dire de nature publique, et contrats de droit privé conclus par une autorité administrative (Cf. *supra*), il est important de préciser, lorsqu'elles présentent des particularités, les règles applicables à ces deux types de contrats. Les règles de formation des contrats, de régime plutôt législatif et réglementaire, concernent potentiellement tous ces contrats. L'exécution des contrats et le régime de la responsabilité contractuelle, de régime plutôt jurisprudentiel, sont spécifiques des seuls contrats administratifs.

Il faut signaler d'ores et déjà que le moyen tiré de la nullité d'un contrat est un moyen d'ordre public, et qu'il existe une action en déclaration de la nullité du contrat.

Chapitre 1 :

La formation des contrats

Il s'avère que les règles de formation, de conclusion, des contrats passés par une autorité administrative au nom d'une personne publique, sont communes aux contrats administratifs et aux contrats privés, et ne tiennent leur particularité que de textes qui les soustraient du régime de droit privé des contrats conclus entre personnes privées.

L'idée directrice est ici celle de la restriction de la liberté contractuelle des personnes publiques, qui ne peuvent qu'à titre exceptionnel choisir librement leur cocontractant. L'ensemble du régime de formation des contrats des personnes publiques est donc traversé par des éléments unilatéraux qui n'ont pas leur équivalent en droit privé.

Section I : Principes généraux

Des règles générales dominent le régime de la formation des contrats. Parmi elles, certaines sont analogues celles du droit commun des contrats privés, d'autres tiennent à l'application des principes de compétence du droit administratif, d'autres enfin proviennent du régime spécial institué par le Code des marchés publics.

§ 1. -L'accord des volontés

Les règles relatives à l'accord des volontés sont destinées à garantir d'une part, comme pour tout contrat entre personnes privées, que le consentement est parfait, gage de la bonne exécution ultérieure du contrat.

Ainsi, il est nécessaire que ce consentement existe. A défaut, le contrat, ou les clauses pour lesquelles le consentement n'est pas avéré, sont réputés ne pas s'être formés (CE Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, Rec.135).

De même, il faut que le consentement soit exempt de tout vice. Comme dans le droit commun des obligations, l'erreur (CE, 26 mars 1951, *Domergue*, Rec.813), le dol (TA Paris, 21 avril 1971, *Ville de Paris*, *AJDA* 1972.164, note Godfrin), la violence (CE, 19 janvier 1945, *Soc. des avions Voisin*, Rec.19), sont des causes de nullité des clauses concernées, si elles sont individualisables, et de l'ensemble du contrat, si elles n'en sont pas détachables.

§ 2. -Personnes publiques et liberté contractuelle

A l'origine du choix de recourir à un contrat se trouve communément **pour les personnes privées**, le principe de la liberté contractuelle. Le Conseil d'État donne à cette liberté la valeur d'un principe général du droit (CE sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg Warner*). Néanmoins, la liberté contractuelle n'est toujours pas reconnue comme un principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Pour le celui-ci, « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle » et « sa méconnaissance ne peut être invoquée que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis » (CC, n° 94-348 DC, 3 août 1994, *Rec.* p. 117). Autant dire qu'il n'est qu'une conséquence du principe de libre administration des collectivités locales. Or, on peut douter que les personnes publiques bénéficient en général d'une telle liberté, qui de toutes façons ne peut pas se placer sur le même plan qu'une liberté fondamentale reconnue aux personnes privées. Le juge administratif considère en effet depuis 1914 (CE, 6 mars 1914, *Syndicat de la Boucherie*, Rec.308) que la loi des 2-17 mars 1791 implique aussi pour les personnes privées la liberté d'exercer une activité professionnelle dans un système de libre concurrence. Il en est souvent inféré que les personnes publiques, parce que leur intervention sur le marché en fausse les règles, ne sont pas libres de troubler cette composante de la liberté du commerce et de l'industrie et qu'elles sont donc strictement limitées par les règles relatives à la capacité ou à l'approbation, c'est-à-dire en première approximation, par des règles de compétence. Au demeurant, même lorsqu'elles exercent leur faculté de contracter pour les besoins du fonctionnement des services publics, les personnes publiques voient le choix du contractant lui-même enserré dans des contraintes de procédure assez fortes.

A. Capacité à contracter

Il ne suffit pas que les consentements se soient rencontrés en l'absence de tout vice, encore faut-il que soient respectés les principes relatifs à la capacité à contracter et au contrôle administratif.

La capacité à contracter est appréciée strictement, en considération de la compétence de l'autorité administrative pour engager la personne publique, et des règles de représentation applicables au cocontractant privé. L'agent qui signe le contrat doit y avoir été habilité, soit de manière générale, parce que cela résulte de sa compétence, soit par des textes spéciaux. Ainsi, toute personne qui agit pour le compte d'une autre doit avoir qualité pour ce faire (CE, 14 décembre 1988, *EPA de Saint-Quentin-en-Yvelines*, Rec.890). De même, le Code des marchés publics prévoit la désignation dans chaque service administratif central, de responsables des marchés. Les marchés des collectivités territoriales sont signés par leurs autorités exécutives.

Il peut arriver qu'une habilitation à contracter doive être donnée à l'autorité signataire par un acte spécial. C'est le cas des autorisations édictées par décret, relatives à l'aliénation des biens du domaine public immobilier, ou des décisions d'un conseil municipal attribuant au maire la mission de contracter (dans ce dernier cas, le maire est tenu de contracter). La validité de cette habilitation est d'ailleurs déterminante car elle conditionne la légalité du contrat lui-même.

L'importance de ces règles de capacité liées à la compétence de l'autorité administrative est supérieure à celles relatives au consentement. En effet l'accord des parties ne permet pas de surmonter l'incompétence de l'autorité administrative signataire. En conséquence, un contrat signé par une autorité incompétente est nul, dès lors la faute commise est régie par le régime de la responsabilité publique extra contractuelle, et le cocontractant peut être indemnisé du dommage causé par cette nullité. L'indemnité ne couvre évidemment pas la totalité des bénéfices que le cocontractant privé pouvait attendre de l'exécution du

contrat jusqu'à son terme, mais seulement les frais exposés pendant la durée du commencement d'exécution, et les dommages résultant des conditions de conclusion du contrat par l'autorité administrative (CE Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, préc.).

B. Approbation

L'approbation joue un rôle différent selon qu'elle relève d'une personne publique différente ou non de celle qui conclut le contrat. La première hypothèse est celle de la tutelle, qui persiste notamment pour les établissements publics. L'approbation ou le refus d'approbation du contrat par une autorité de tutelle n'ont pas d'effet sur l'existence du contrat, mais sur son entrée en vigueur. L'approbation est une condition suspensive de l'application du contrat. Lorsque l'approbation est acquise, elle rétroagit à la date de conclusion du contrat (CE, 17 janvier 1951, *Commune de Joinville-le-Pont*, Rec.24).

La seconde hypothèse, où l'approbation en vertu des textes doit émaner d'une autorité relevant de la même personne publique que celle qui signe le contrat, est une condition de l'existence même de l'engagement. Elle ne rétroagit d'ailleurs jamais puisqu'elle marque la naissance de l'acte. Cependant, l'approbation est un acte distinct du contrat lui-même, même si elle ne figure pas sur un *instrumentum* différent du contrat. Cela permet notamment d'exercer contre l'approbation un recours pour excès de pouvoir qui serait irrecevable contre le contrat lui-même.

§ 3. -La distinction entre contrats et marchés

Parmi l'ensemble des actes contractuels conclus par l'autorité administrative, certains sont soumis à des obligations particulières par le Code des marchés publics, d'autres ne le sont pas. Les contrats soumis à ces obligations par le Code des marchés publics sont appelés marchés, ceux qui y échappent sont plus généralement appelés contrats.

A. Principe

Le Code des marchés publics (D. 7 mars 2001) définit les marchés publics comme des contrats conclus moyennant un prix, par l'État et par ses établissements publics administratifs ou par les collectivités territoriales et par leurs établissements publics afin de répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures et services. Le cocontractant peut être aussi bien une personne publique qu'une personne privée.

Ne relèvent pas du Code des marchés publics les contrats rémunérant le cocontractant par autre chose qu'un prix : c'est le cas, de façon générale, des contrats comportant transfert global de la gestion d'un service public, comme les concessions, affermages, régies intéressées (rémunération par les produits de l'activité de service public); les contrats d'emploi des agents publics (traitements et salaires). Par ailleurs, le code des marchés publics exclut expressément de son champ d'application onze types de contrats, dont l'acquisition ou la location de biens immobiliers, les opérations d'emprunt ; l'achat d'œuvres d'art. Il faut enfin exclure du champ des marchés publics les contrats relevant de régimes juridiques conçus pour un autre objet, qui forment un tout cohérent : contrats conclus avec les usagers du service public; avec les occupants du domaine public; offres de concours pour l'exécution de travaux publics.

B. Conséquences

La première conséquence porte sur la nature du contrat. Les marchés publics sont, par détermination législative, de nature publique, c'est-à-dire qu'ils sont des contrats administratifs (loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF). Une telle qualification n'allait pas de soi, car la jurisprudence en était venue à accepter l'existence des marchés publics qualifiables de contrats de droit privé (TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve*, Rec.464 ; TC, 14 février 2000, *Commune de Baie-Mahault*, BJDGP 1999.149, concl. Bergeal).

La seconde conséquence porte sur la forme et la procédure.
Forme : Les contrats administratifs ne sont pas, par nature,

soumis à l'obligation d'une forme écrite. Certains contrats, parmi les plus célèbres (*Epoux Bertin*, ou *Syndicat intercommunal du Bocage*), sont des contrats verbaux. De plus, lorsque les contrats de fournitures ou de services ne dépassent pas le plafond, ils peuvent être conclus verbalement, même si leur paiement est obligatoirement effectué sur facture.

En revanche, tous les autres contrats qualifiés de marchés publics sont des contrats écrits dont le cahier des charges est un élément constitutif (CMP, art. 13). Le cahier des charges peut être défini comme l'ensemble des documents écrits qui déterminent l'économie générale du contrat, les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Cet ensemble comprend des documents généraux et des documents particuliers. Au titre des documents généraux, on compte les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les dispositions administratives et techniques communes à toutes les prestations d'une même nature. Au titre des documents administratifs particuliers, les cahiers des clauses administratives particulières et les cahiers des clauses techniques particulières fixent les dispositions administratives et techniques propres à chaque marché.

Les documents généraux peuvent être fixés de manière réglementaire par des décrets portant agrément ou obligation d'utiliser ces cahiers types. Il existe ainsi quatre cahiers de clauses administratives générales relatifs : aux marchés de travaux (décret du 21 janvier 1976); aux marchés de fournitures (décret du 27 mai 1977); aux marchés de prestations intellectuelles (décret du 26 décembre 1978); aux marchés industriels (décret du 14 octobre 1980). Ces cahiers des charges sont périodiquement révisés par des décrets modificatifs.

On a pu s'interroger sur la nature juridique du cahier des charges, et plus précisément sur la nature contractuelle des dispositions qu'il contient. Pour les contrats de concession, la réponse donnée par la jurisprudence est spécifique (renvoi au cours de *Droit du Service Public*). Pour les autres contrats, la théorie juridique reconnaît la nature contractuelle du cahier des charges. En effet, le cahier des charges n'est applicable à un contrat que dans le cas où ce dernier y fait expressément référence (CE, 14 décembre 1988, *Assistance*

publique de Marseille, Rec.900). De plus, une fois le contrat signé, les dispositions du cahier des charges ne peuvent plus être modifiées par voie réglementaire. Si elles le sont par voie législative, seules les lois impératives peuvent avoir cet effet, à l'exclusion des lois supplétives. Enfin, si l'autorité administrative veut modifier par voie unilatérale et mesure nominative le contrat ainsi conclu, c'est une jurisprudence particulière relative à l'exécution des contrats et dérogeant à l'immutabilité des contrats qui s'applique.

Procédure : Les directives communautaires transposées en droit français, ainsi que la logique des différentes lois françaises régissant l'achat public et le droit de la concurrence depuis quinze ans aboutissent à enserrer la conclusion des marchés publics dans un ensemble de procédures destinées à assurer la *publicité* du projet de marché et la *mise en concurrence* des cocontractants potentiels. La première question posée à cet égard est celle de savoir si la passation des marchés publics devait être soumise au contrôle éventuel du Conseil de la concurrence. La réponse, négative, vient de ce que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (art. 53 ; Code de commerce, art. L. 410-1) s'applique aux activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait des personnes publiques, mais que les actes de passation et de conclusion des marchés publics d'une part ne constituent pas en eux-mêmes des « activités » et d'autre part sont des actes administratifs (TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, TGD; TC, 18 octobre 1999, *ADP et Air France*, Rec.469, concl. Schwartz).

En revanche, bien que le texte ait concerné *a priori* les activités économiques sous régime de droit privé, et bien que la compétence ne suive pas le fond du droit, le juge administratif, lorsqu'il est compétent, doit appliquer les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, comme toute autre composante de la légalité y compris lorsque le cocontractant est une personne publique (CE avis art. 12, 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, RFD adm. 2001.112, concl. Bergeal ; il le fait aussi pour les délégations de service public : CE sect. 3 novembre 1997, *Soc. Million et Marais*, TGD; et pour les contrats d'occupation du domaine public : CE sect., 26 mars 1999, *Soc. EDA*, Rec.107, concl. Stahl).

Section II :

Le choix du cocontractant par l'autorité administrative

En conséquence de la distinction fixée dans les principes généraux, le choix du cocontractant est foncièrement différent dans le cas des marchés publics, et dans le cas des contrats qui ne sont pas régis par le Code des marchés publics ou pour lesquels le Code n'a pas fixé de procédure spéciale de passation.

§ 1. - Dans les marchés publics

Relèvent du Code des marchés publics, mais pour être exonérés de toute procédure particulière, les contrats courants ne dépassant pas un plafond (90 000 euros, CMP, art. 28). En raison de leur faible montant, ils sont conclus sans forme spéciale, et leur règlement se fait directement sur facture.

Relèvent du Code des marchés publics et sont soumis à des règles spéciales, les contrats de travaux, de fournitures, de services, de prestations intellectuelles, dont le montant est supérieur au montant précédent. La violation des règles de passation des marchés publics, au même titre que les vices du consentement, entraîne leur nullité (CE, 29 janvier 1982, *Martin*, Rec.44). Certaines de leurs particularités sont examinées *infra*. Mais on peut déjà signaler que ces marchés sont directement concernés par le droit communautaire européen, dont les directives récentes sont transposées par des textes de plus en plus nombreux et complexes (décrets du 17 avril 1989, 18 septembre 1990, lois du 3 janvier 1991, du 4 janvier 1992). Sont visés les marchés publics de travaux (dir. n° 93/37 du 14 juin 1993, codification à droit constant), les marchés publics de fournitures (dir. n° 93/36 du 14 juin 1993) dans les secteurs classiques, ainsi que, avec un régime différent, les

secteurs «spéciaux» -transports, télécommunications, énergie, eau- (dir. n° 93/38 du 14 juin 1993).

Plusieurs procédés de choix du cocontractant sont prévus par le Code (art. 32 à 34) : la mise en concurrence simplifiée, l'appel d'offres, la procédure négociée. L'appel d'offres est le mode normal d'attribution des marchés publics, les deux autres sont, au plan juridique, des procédures d'exception.

A. L'appel d'offres

L'appel d'offres, régime de principe, notamment pour les marchés dépassant 130 000 euros (pour l'État ; 200 000 euros pour les collectivités territoriales) se compose de deux formes : l'appel d'offres ouvert ou restreint. L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre, restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection. Sur le choix de l'une ou l'autre des formes, le contrôle du juge est restreint.

Les procédures sont engagées par la publication d'un « appel public à la concurrence » (art. 40), notamment au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), et au-delà d'autres seuils, au JOCE. Les offres sont examinées par une « commission d'appel d'offres » (art. 52) qui soit émettent un avis (pour l'État), soit décident elles-mêmes (collectivités territoriales). Le choix porte sur le concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 53), ce qui permet de prendre en considération les multiples dimensions de l'offre. Pour cela, les candidats se déclarent par l'envoi de deux enveloppes : l'une contenant les caractéristiques relatives à leur entreprise, l'autre celles décrivant leur offre.

La commission procède à l'ouverture des plis lors de séances qui ne sont pas publiques. Dans la procédure d'appel d'offres ouvert (art. 59), par la première enveloppe, elle détermine les candidats admis à concourir et élimine les autres. Par la seconde, elle élimine ensuite les offres ne correspondant pas à l'objet du marché. Dans l'appel d'offres restreint, la commission procède à une présélection des seules candidatures (une seule enveloppe), en ne retenant que

les candidats les plus aptes à exécuter le marché dans les meilleures conditions (art. 61). La personne publique envoie alors aux candidats présélectionnés une lettre de consultation, à laquelle ils pourront répondre par une offre. La commission appréciera, dans une seconde séance d'ouverture des plis (art. 64), l'offre la plus intéressante non seulement au regard du prix, mais des délais, de la qualité attachée à la renommée des entreprises, des garanties fournies, des options attachées aux devis.

L'autorité administrative reste libre d'accepter ou de refuser l'offre qui a été jugée la meilleure par la commission (alors que le candidat retenu ne peut pas se retirer sans engager sa responsabilité), mais les conditions de ce choix appellent des précisions. Tout d'abord, si l'acceptation de l'offre par la commission ne fait pas naître de droit à la conclusion du contrat, le préjudice distinct que peut causer le refus de conclure doit être réparé (CE, 10 janvier 1986, *Soc. des travaux du Midi*, Rec.608). Ensuite, le choix effectué discrétionnairement n'en serait pas moins illégal en cas d'erreur de droit ou de détournement de pouvoir, que ce soit au stade de la présélection ou à celui du refus de conclure. Ainsi, les offres ne peuvent pas être écartées par la commission en application d'une circulaire qui tendrait à recommander une répartition des marchés guidée par des objectifs économiques généraux (CE, 13 mai 1987, *Sté Wanner Isofi Isolation*, Rec.171). Enfin, l'autorité administrative peut voir sa responsabilité engagée pour de telles pratiques (CE, 23 mars 1994, *Synd intercom. du Golf de Cognac*, Rec.158), d'autant plus nettement que les décisions écartant une offre doivent être motivées (CMP, art. 47, 55, 68, 70, 71 etc.) ce qui facilite le contrôle du juge.

B. La mise en concurrence simplifiée

Cette procédure est ouverte aux marchés dont le montant est inférieur à 130 000 euros (pour l'État ; 200 000 euros pour les collectivités territoriales). Après avoir procédé aux formalités de publicité la personne publique contractante entre directement en négociation avec le ou les entreprises candidates ayant présenté les offres les plus intéressantes (art. 32 et 57).

C. Les marchés négociés

L'autorité administrative, à titre d'exception, procéder à une prise de contact directe avec les entreprises de son choix, et attribuer le marché à l'entreprise de son choix. Les cas de recours aux marchés négociés sont fixés par les art. 34 et 35 du Code des marchés publics, Ils sont nombreux, parfois vagues. Il s'agit essentiellement de marchés exclusifs, imprévus, vacants, urgents, secrets.

Dans la conclusion de marchés négociés, les formalités sont considérablement allégées. La négociation peut être précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence, d'une mise en concurrence simple ou être directe. La jurisprudence administrative sous l'empire de l'ancien Code (1964) interprétait strictement ces conditions d'allègement. Dans le cas où plusieurs entreprises ont participé à la négociation, il est tout de même nécessaire de faire respecter l'égalité dans la mise en concurrence des candidats (CE, 22 avril 1983, *Auffret*, Rec.160).

§ 2. -Dans contrats de délégation de service public

Les contrats opérant un transfert de la gestion d'un service public sont régis par le principe de la plus grande liberté dans le choix du cocontractant. Cette liberté est double : d'une part, l'autorité administrative est libre de choisir le mode contractuel de préférence à un autre mode de gestion du service public; d'autre part, une fois choisi le mode contractuel, le cocontractant est choisi *intuitu personæ*, sauf exception.

A. Choix du mode contractuel

Si l'on réserve l'hypothèse où la loi se prononcerait expressément sur la méthode de gestion à adopter relativement à un service public, il appartient exclusivement à la personne publique qui en a

la charge de choisir la manière dont le service public doit être assuré. Sur cette appréciation d'opportunité, le contrôle juridictionnel est restreint (concl. Romieu sur CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec.363).

Le fondement du libre choix des modes de gestion du service public est différent selon la personne publique concernée. S'agissant de l'État, il n'est que la conséquence de la clause générale de compétence du pouvoir réglementaire (art. 37 de la Constitution). En ce qui concerne les collectivités infra étatiques, le libre choix résulte du principe de libre administration des collectivités territoriales (art. 72). La loi confirme souvent ce principe dans des domaines particuliers (loi du 19 juin 1979 sur les transports publics d'intérêt local, loi du 22 juillet 1983 sur les transports scolaires, art. 30). La jurisprudence administrative le reconnaît également (CE, 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine*, Rec.155). En raison des fondements précédemment évoqués, la compétence de choix appartient au même organe que celui qui est compétent pour décider de la fondation ou de la suppression du service public.

Depuis quelques années, la jurisprudence administrative ne fait plus de distinction entre les services publics à caractère industriel et commercial, qui avaient autrefois vocation à être gérés par délégation aux personnes privées, et les services publics à caractère administratif, qui étaient prioritairement gérés en régie. Par exemple, le même service public, indépendamment de sa qualification administrative ou industrielle et commerciale, peut être géré simultanément en gestion directe par une personne publique et en gestion déléguée, par une personne privée (CE, 20 janvier 1988, *SCI La colline*, *AJDA* 1988.406, note J.-B. Auby).

B. Limites

Il existe des **limites au libre choix** du mode de gestion des services publics. Les plus anciennes de ces limites sont jurisprudentielles, les plus récentes sont législatives.

1. Limites jurisprudentielles

Tout d'abord, certains services publics ne peuvent être délégués à une personne privée. Par exemple, la police administrative générale est par nature exclue de toute délégation non expressément autorisée (CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelmaury*, D 1932.3.26).

Ensuite, des services publics délégués par une première personne publique à une seconde personne publique ne peuvent faire l'objet d'une nouvelle délégation par la seconde personne publique au profit de quelque personne que ce soit sans l'avis de la première. Pour ce qui est des rapports entre l'État et les collectivités territoriales, une circulaire du 7 août 1987 rappelle que les autorités centrales de l'État s'opposent à toute subdélégation de ce type, pour ce qui est des services publics de l'État dont l'exécution est confiée aux collectivités infra étatiques (exemples déjà cités : l'état-civil, le recensement, la surveillance des élèves dans les écoles publiques).

Enfin, des services publics attribués par la loi aux collectivités territoriales ne peuvent en totalité être délégués à des personnes privées (CE, 12 novembre 1997, *Synd. nat. des médecins du travail*, Dr. adm. 1998.20), surtout lorsqu'ils comportent des prérogatives de puissance publique.

2. Limites législatives

De manière générale, la loi du 29 janvier 1993 apporte une limitation aux délégations **contractuelles** de services publics, quelles que soient les personnes, publiques ou privées, auxquelles ils sont dévolus. Le libre choix des personnes publiques délégantes est alors contraint par les procédures concernant soit la passation du contrat (publicité, mise en concurrence, contrôle de légalité, réduction des prorogations), soit, dans une certaine mesure, son économie générale (*Cf. infra*). En fondant et en réglementant une nouvelle catégorie de contrats administratifs, les contrats de délégation de service public, cette loi constitue certes une remise en question du principe du libre choix du cocontractant, mais elle n'est qu'une limite indirecte au libre choix du mode de gestion. Par ailleurs, la phase finale, celle de la négociation, demeure

entièrement libre, en raison du caractère particulier de ce type de contrats, transférant la gestion d'un service public (CE, 29 juillet 1998, *Editions Dalloz-Sirey, Soc. ORT, AJDA* 1999.250, note Subra). Des limites techniques et spéciales, d'ailleurs peu nombreuses, sont imposées par d'autres lois, en fonction des spécificités de certains services publics. Par exemple, le service d'enlèvement des ordures ménagères ne peut être concédé ou affermé à un gestionnaire privé que dans le respect de conditions précises : l'enlèvement doit être financé par la redevance prévue à l'art. L. 2333-76, CGCT; si elle est perçue directement par le gestionnaire privé sur les usagers, ce dernier doit assurer à la fois la collecte et le traitement. Cependant, lorsque de semblables conditions, ajoutant aux dispositions légales, sont imposées par voie de règlement, sous forme de circulaire, leur légalité peut être contestée.

La passation des délégations de service public ne fait pas exception à la répartition normale des compétences : l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne les soumet pas au contrôle du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris (TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers, TGD*). Néanmoins, le juge administratif s'est estimé tenu de faire application, lui-même, des dispositions de fond de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, c'est-à-dire du droit de la concurrence (prohibition des pratiques anticoncurrentielles, des ententes et des abus de position dominante). Le juge administratif est donc aussi un juge appliquant le droit économique (CE sect. 3 novembre 1997, *Soc. Million et Marais, TGD*).

3. Limites communautaires

La légalité des contrats de délégation de service public est également contrainte par le droit communautaire, et notamment par les règles de droit de la concurrence qu'il contient (CE, sect., 8 novembre 1996, *Féd. fr. des soc. d'assurance, Rec.441*).

La tendance actuelle de la Commission est de rechercher une assimilation du régime des conventions de délégation de service public à celui des marchés publics (communication interprétative d'avril 2000). Néanmoins, cette tendance doit être conciliée avec le principe posé par la CJCE (CJCE 18 mars 1997, *Antipollution du Port*

de Gênes, *Dr. adm.* 1997.234) selon lequel doivent être distinguées « l'hypothèse où l'Etat agit en exerçant l'autorité publique et celle où il exerce des activités de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens et des services sur un marché ». Dans le premier cas, le droit de la concurrence communautaire ne lui est pas applicable. L'interprétation française est que le fait de déléguer un service public est un acte d'autorité publique.

C. Choix de la personne contractante

La liberté de choix de l'autorité administrative est préservée dans de nombreuses hypothèses, non en vue de son intérêt financier ou de la conservation d'un pouvoir discrétionnaire, mais de l'intérêt du service public. Ainsi, dans les contrats où la personne du prestataire est déterminante pour la qualité du service, la liberté de choix est la règle.

Pendant, cette liberté est fortement encadrée, pour ce qui est des contrats de délégation de service public, par la loi du 29 janvier 1993. Celle-ci prévoit en effet un régime de passation assez contraignant, développant des obligations de publicité qui existaient déjà dans la loi du 6 février 1992, des obligations de mises en concurrence, ainsi qu'un système de contrôle par la Chambre régionale des comptes et par le représentant de l'Etat qui est désormais compétent pour déférer au tribunal administratif toutes convention de ce type.

Dans certaines situations, il n'est pas impossible d'une part, que des textes instituent des régimes de préférence au profit de certaines institutions : sociétés d'économie mixte, entreprises nationales, ou que l'octroi de monopoles, en attendant leur réduction par le droit communautaire, réduise le choix à néant : cas d'EDF pour les collectivités territoriales, par exemple. Il est conforme, d'autre part, au principe d'égal accès au service public que tout candidat usager puisse obtenir un contrat d'abonnement au téléphone ou à l'électricité. La liberté de choix est évidemment réduite dans ces hypothèses.

Une remarque finale s'impose, il ne faut pas confondre le principe du libre choix du cocontractant qui s'effectue *intuitu personae*,

et le fait que dans tous les contrats conclus avec une autorité administrative, le principe de *l'intuitu personæ* s'applique et emporte des conséquences dans l'exécution. Ainsi, que le contrat soit un marché public ou non, le cocontractant titulaire est tenu d'en procurer personnellement l'exécution. Pour qu'il y ait recours à la sous-traitance, il faut que l'autorité administrative ait accepté explicitement et personnellement le sous-traitant et son mode de paiement. La loi du 31 décembre 1975 permet alors à ce sous-traitant d'être payé directement par la personne publique.

Section III :

Le référé pré-contractuel (art. L. 551-1 et L. 551-2 , CJA)

La loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 avait fondé, devant les deux ordres de juridiction, un recours spécifique, qui a été intégré au Code de justice administrative (art. L. 551-1 et L. 551-2). Ce recours contentieux est un référé pré-contractuel qui permet aux candidats aux marchés de demander au juge, avant même la conclusion des conventions, la sanction légale d'une violation des obligations de publicité et de mise en concurrence qu'imposait à l'époque le seul droit communautaire (directive du 21 décembre 1989). L'article 50 de la loi du 29 janvier 1993 étend, pour le juge administratif, ce référé contractuel à tout marché public (sans condition de montant) ou contrat de délégation de service public.

§ 1. -Compétence et recevabilité

Les requérants ayant intérêt à agir sont ceux qui pourraient conclure le contrat et subiraient un préjudice du fait de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence (ainsi que l'Etat à la demande de la Commission de la Communauté), et le préfet de département, pour ce qui est des marchés et contrats locaux. Pour ce dernier intervenant, le référé contractuel s'ajoute à la possibilité de déférer directement au fond le contrat au tribunal administratif. De plus, la loi permet au préfet d'assortir lui-même son déféré d'une suspension d'exécution automatique en attente de la décision juridictionnelle, mais pour une durée maximale d'un mois (CJA art. L. 554-2).

Le juge de ce référé, comme c'est généralement le cas dans les procédures d'urgence, est le président du tribunal administratif, saisi en la forme des référés, c'est-à-dire simplement. La phase

pré-contentieuse, autrefois obligatoire a été supprimée. L'audience publique est obligatoire. Il dispose d'un délai (indicatif) de 20 jours pour statuer.

§ 2. -Pouvoirs du juge

Le juge du référé apprécie alors la conformité ou non des opérations pré-contractuelles non seulement au droit national appliquant le droit communautaire, mais aussi la violation de l'ensemble des règles de publicité et de mise en concurrence, lorsqu'elles sont plus rigoureuses. Il ne peut évidemment pas aller plus loin, notamment, apprécier les mérites des candidats ou vérifier la conformité des candidats à leur objet social (CE, 16 octobre 2000, *Comp. méditerranéenne des services d'eau*, RFD adm. 2000.1351). Les pouvoirs du juge dans la décision de référé sont extrêmement étendus et complètent heureusement ceux du juge du contrat. Le président du tribunal administratif connaît des cas où le contrat doit être conclu, c'est-à-dire qu'il doit statuer préventivement, avant la conclusion du contrat (CE sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes*, Rec.394). Dès qu'il est saisi, il peut néanmoins enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. Il apprécie la régularité de la procédure à la date à laquelle il statue (CE, 16 octobre 2000, *préc.*).

Si le contrat concerne les secteurs spéciaux (eau, énergie, transports, télécommunications), le juge des référés peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il peut en déterminer les délais et les assortir d'une astreinte. En raison du caractère sensible de ces activités et de la présence d'une astreinte, le référé n'est ici rendu qu'en premier ressort et le bien-fondé de l'astreinte pourra être contesté par voie d'appel. Dans les autres secteurs économiques, l'astreinte n'est pas prévue, mais elle n'est plus nécessaire en raison de l'ajout d'autres pouvoirs : celui de suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte ; l'annulation de ces décisions et la suppression des

clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Conformément au caractère de recours ne préjudiciant pas au fond, rien n'est prévu en matière d'indemnisation du requérant et le juge administratif considère que le juge des référés ne saurait accorder des dommages et intérêts. Etant rendu en premier et dernier ressort, il est susceptible de recours en cassation dans un délai de quinze jours (CE, 28 juillet 1999, *Société Bonygues*, Rec.264, *CJEG* 1999.357, concl. Bergeal).

Chapitre 2 : L'exécution des contrats

Les règles relatives à l'exécution des contrats passés par une autorité administrative au nom d'une personne publique, sont très différentes selon qu'il s'agit de contrats de droit privé ou de contrats de droit administratif. L'exécution des contrats de droit privé est régie par les dispositions du droit commun des obligations. Le particularisme réside bien plutôt dans l'exécution des contrats administratifs.

L'exécution des contrats administratifs est encadrée par une théorie fortement jurisprudentielle, élaborée depuis le milieu du XIX^{ème} siècle par la juridiction administrative. En dehors de tout texte ou de toute stipulation explicite du contrat, il existe ainsi des «règles générales applicables aux contrats administratifs» (CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, Rec.513). L'idée générale est la suivante : le contrat administratif a pour but de permettre l'exécution directe ou indirecte des services publics, en conséquence, la personne publique contractante détient sur le contrat un contrôle exorbitant du droit commun du droit des obligations (modification unilatérale, sanctions). En contrepartie, le cocontractant privé possède un droit à l'équilibre de l'économie générale du contrat, notamment, mais pas seulement, au plan financier.

Section I :

Les situations contractuelles normales

La caractéristique principale de l'exécution des contrats administratifs est constituée par les prérogatives de la personne publique contractante, mais on ne peut négliger que cette personne soit également soumise à des obligations contractuelles, ni que le cocontractant privé soit également titulaire de droits.

§ 1. -Les prérogatives de la personne publique

A. Pouvoirs de contrôle et de direction

L'autorité administrative a le droit et le devoir d'exercer sur le cocontractant privé des pouvoirs de contrôle et de direction. Le « pouvoir de direction et de contrôle » fait partie pour la grande majorité des théoriciens du droit, des règles générales applicables aux contrats administratifs.

Le contrôle est réalisé par le fait qu'à tout instant, l'autorité administrative peut demander la communication de tout renseignement, effectuer toute visite, qui permet de s'assurer du respect des clauses du contrat. Le pouvoir de direction se concrétise dans le fait que l'autorité administrative peut imposer des modalités d'exécution du contrat, alors qu'elles n'étaient pas prévues, ou imposer par des ordres de service l'exécution de travaux supplémentaires. Ces prérogatives sont particulièrement développées dans les marchés de travaux publics, mais ils existent par la cause même du contrat dans toutes les conventions de délégation de service public : surtout dans ces contrats, la

direction du service public, sa stratégie, sa maîtrise, appartient obligatoirement à la personne publique. Il est totalement exclu que la personne publique responsable du service public se décharge de cette fonction (CE, 2 nov. 1962, *ASSEDIC de la sidérurgie de l'Est*, Rec.588).

Peut être déduit du pouvoir de direction un pouvoir de modification unilatérale, auquel certains auteurs accordent une cohérence et un traitement autonomes.

B. Pouvoir de modification unilatérale

La modification unilatérale des clauses non financières du contrat par la personne publique responsable du service public a été fortement contestée par la théorie juridique. Certains pensent que ce pouvoir existe de plein droit (de Laubadère), d'autres affirment qu'il n'existe que s'il est prévu par le contrat (J. Dufau), d'autres enfin ont soutenu qu'il n'existait pas (F.-P. Benoît). L'arrêt de principe pouvait en effet prêter à discussion (CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale des tramways*, Rec.216, *RD publ.* 1910.270, note Jèze, *S.* 1911.3.1, concl. Blum, note Hauriou). Le Conseil d'État a finalement retenu la première solution (CE, 2 février 1983, *Union des transp. publics urbains rég.*, Rec.33). Par ailleurs, on remarque que des textes réglementaires excluent parfois ce pouvoir en disposant que les modifications ne peuvent intervenir que par avenant ou dans la limite d'un pourcentage de variation plafonné (cas du CCAG travaux).

Quel que soit le fondement de ce pouvoir de modification unilatérale, interne au contrat ou en provenance externe d'un acte réglementaire, il ne peut que renforcer le principe de mutabilité du service public et s'applique à tous les contrats administratifs. En tant que tel, il est limité par son objet (la consistance, l'organisation, les modalités de fonctionnement du service) et ne peut donc concerner que les clauses y afférentes; par les circonstances (apparition de sujétions imprévisibles au moment de la conclusion); par la portée des modifications (impossibilité de changer de mode contractuel, d'imposer des prestations d'une nouveauté ou d'une ampleur dénaturant le contrat).

De toutes manières, la contrepartie du pouvoir de modification unilatérale est l'obligation, pour la personne publique contractante qui l'exerce, d'allouer une indemnité qui doit compenser la totalité des augmentations de charges causées par la modification (CE Sect., 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec.401). Dès lors il n'est pas exclu que, lorsque la rémunération du cocontractant est perçue sur les usagers, la structure tarifaire et les tarifs, c'est-à-dire les clauses financières, fassent l'objet d'une modification unilatérale et d'une indemnisation (CE, 2 février 1983, *Union des transp. publics urbains rég.*, préc.).

C. Pouvoir de sanction

1. Principes généraux

Le non respect par le cocontractant privé de ses obligations contractuelles, qu'il s'agisse d'inexécution complète, de malfaçons, de retards, peut être sanctionné par l'autorité administrative représentant la personne publique contractante. Le pouvoir de sanction dans l'exécution des contrats est caractérisé par le fait que, d'une part, l'application des sanctions est réalisée par l'autorité administrative, d'autre part, les sanctions ne sont pas seulement pécuniaires, mais coercitives, à la limite de l'exécution forcée.

Dans tous les cas, et de manière remarquable, le pouvoir de sanction appartient, même sans texte, à l'autorité administrative, en vertu des «règles générales applicables aux contrats administratifs» (CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, préc.). Cependant, contrairement à la jurisprudence préfet de l'Eure relativement aux décisions administratives, l'autorité administrative peut choisir de s'adresser au juge pour demander le prononcé de sanctions pécuniaires qu'elle aurait le pouvoir de prendre pour l'exécution d'un contrat.

De manière générale, le principe du respect des droits de la défense est applicable aux sanctions prononcées à propos de l'exécution d'un contrat (CE, 26 novembre 1993, *SA du nouveau port de Saint-Jean Cap-Ferrat*, Dr. adm. 1993.563)

2. Consistance des sanctions

- Les sanctions pécuniaires sont constituées de dommages et intérêts et de pénalités. Les dommages et intérêts sont subordonnés à la preuve et à l'évaluation du préjudice causé par les défauts d'exécution du contrat; les pénalités sont fixées forfaitairement et attachées à la survenance d'un événement, ce qui dispense l'autorité administrative d'avoir à prouver l'existence d'un préjudice. Ce régime permet de remplacer celui des pénalités de retard, car l'article 1152 du Code civil n'est pas applicable aux contrats administratifs, ainsi que celui des astreintes, que le juge administratif estime significativement ne pouvoir prononcer que dans l'hypothèse où le contrat ne prévoit ni pénalité, ni moyen de contrainte analogue. Finalement, l'intérêt des sanctions pécuniaires est de permettre de ne pas utiliser des sanctions plus graves, lorsque le comportement du cocontractant ne compromet ni l'intérêt général, ni le fonctionnement du service public.

- Les sanctions coercitives ont un but de répression analogue, certes, mais elles sont surtout recherchées pour passer outre un comportement grave, et gênant pour la bonne exécution du contrat. La faute qualifiée est une condition nécessaire de l'application de ce type de sanctions.

La sanction coercitive ne met pas fin au contrat, elle substitue l'autorité administrative elle-même, ou un tiers, au cocontractant défaillant. Cette situation se réalise donc aux frais et risques de ce dernier, et elle est par nature temporaire. Le nom des sanctions coercitives et leur régime de détail est variable selon le type de contrat. On parle de mise sous séquestre d'une concession, de mise en régie d'un marché de travaux publics, de l'exécution par défaut d'un marché de fournitures.

- Mais il est une sanction commune à tous les types contractuels, qui intervient dans les cas les plus graves : la résiliation-sanction, qui interrompt le contrat. Son régime est identique aux précédentes sanctions coercitives, avec une particularité : dans les contrats de concession, en raison des investissements très lourds engagés par le cocontractant, la résiliation-sanction, appelée déchéance du

concessionnaire, ne peut, sauf stipulation contractuelle expresse, être prononcée que par le juge.

3. Limites du pouvoir de sanction

Un premier type de limites assignées au pouvoir de sanction de l'autorité administrative pour le respect des obligations contractuelles, est fixé par la procédure à suivre. Sauf clause contraire, ou circonstances exceptionnelles, l'autorité administrative ne peut prononcer les sanctions qu'après avoir mis en demeure le cocontractant privé de satisfaire à ses obligations. Elle est de plus tenue de respecter le principe des droits de la défense..

Un deuxième type de limites est matérialisé par le contrôle du juge. Le juge du contrat exerce sur les sanctions un contrôle de pleine proportionnalité. Cependant, en application d'une jurisprudence ancienne, mais constante, dont le fondement n'est pas identifié, le juge ne peut pas en principe annuler ces mesures, il ne peut que prononcer une condamnation de l'autorité administrative à payer des dommages et intérêts (CE Sect., 24 novembre 1972, *Soc. des ateliers de nettoyage de Fontainebleau*, Rec.753). Il y a, à ce principe, deux exceptions. La première est relative aux décisions de résiliation des contrats impliquant des investissements importants pour le cocontractant privé. C'est le cas des concessions de service public, de voirie, des marchés d'entreprise de travaux publics (CE Sect., 26 novembre 1971, *Soc. des fertilisants humiques*, Rec.723). La seconde exception permettant au juge d'annuler les sanctions, et ne se cantonne pas à la sanction la plus grave qu'est la résiliation mais s'applique à toute mesure : il s'agit des contrats conclus entre personnes publiques pour l'organisation d'un service public (CE Sect., 31 mars 1989, *Départ. de la Moselle*, Rec.105; CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, Rec.197).

D. Résiliation dans l'intérêt du service ou l'intérêt général

Cette résiliation se distingue de la résiliation-sanction par son fondement : l'intérêt du service, ou si l'on préfère, l'intérêt général. Ce pouvoir appartient à l'autorité administrative même en l'absence de clause expresse, en vertu des «règles générales applicables aux contrats administratifs» (CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec.246). Le Conseil constitutionnel considère pour sa part que le pouvoir de résiliation d'un contrat conféré au représentant de l'Etat est conforme aux principes applicables aux contrats administratifs (CC, 18 janvier 1985, *RFD adm.* 1985.624, obs. Delvolvé).

La résiliation dans l'intérêt du service est applicable à tout type de contrat. Toute clause contractuelle qui tendrait à retirer à la personne publique contractante la possibilité d'une résiliation dans l'intérêt du service est nulle et non avenue (CE, 6 mai 1985, *Assoc. Enrolat*, Rec.141) parce qu'elle contrevient au principe de mutabilité du service public, et ceci bien que ce dernier ne soit pas explicitement reconnu comme principe général du droit. La loi, en revanche, peut retirer cette possibilité aux personnes publiques dans certains cas.

Les motifs d'intérêt général ou l'intérêt du service, sont de plusieurs natures. L'abandon d'un projet; la réorganisation du service; le changement d'objectifs; le motif financier n'est pas exclu en principe ; l'illégalité du contrat n'est pas un motif d'intérêt général, mais l'autorité administrative est aujourd'hui tenue de demander au juge l'annulation du contrat (CE sect., 7 octobre 1994, *Epoux Lopez*).

La résiliation dans l'intérêt général ou dans celui du service confère au cocontractant privé un droit à indemnité. C'est la conséquence de la théorie de la responsabilité du fait du Prince. Le principe est celui de l'indemnisation intégrale (à la différence des cas d'illégalité). Sont réparés les frais exposés (*damnum emergens*) les investissements non amortis, même ceux qui ne font pas retour au concédant, ainsi que les gains et bénéfices manqués (*lucrum cessans*)

par une indemnité appelée annuité de rachat. Le juge administratif peut connaître des conséquences de la résiliation, même s'il n'a pas à la prononcer et même s'il se refuse à annuler les mesures d'exécution, en requalifiant une résiliation dans l'intérêt du service en résiliation sanction, ou en appréciant les litiges relatifs à l'indemnité.

§ 2. -Les obligations du cocontractant

La première des obligations contractuelle est certainement celle d'exécuter la prestation prévue au contrat. Le cocontractant privé est tenu d'adopter le comportement prévu au contrat et selon le cahier des charges, sauf cas de force majeure, ou fait de la personne publique. A défaut, il engage sa responsabilité contractuelle, et risque des sanctions.

Il s'agit d'une obligation personnelle. C'est-à-dire que le principe de *l'intuitu personæ* est applicable à tout type de contrat administratif, une fois que celui-ci est conclu. La sous-traitance est possible en application de la loi du 31 décembre 1975. Le cocontractant privé peut avoir recours à la sous-traitance à condition de soumettre à l'autorité administrative l'identité des sous-traitants, et leur mode de rémunération. En application du décret du 15 février 1985, l'acceptation par l'autorité administrative est acquise, en cas de silence de cette dernière, à l'expiration d'un délai de vingt et un jours. Les sous-traitants acceptés peuvent alors être payés directement par la personne publique contractante (pour les petits montants, les sous-traitants disposent d'une action directe).

Il n'existe pas, sauf cas particulier, dans les contrats administratifs d'exception *non adimpleti contractus*, au profit de la personne publique contractante : elle n'en a guère l'utilité puisque l'objectif poursuivi est le bon fonctionnement du service public, et qu'elle dispose de moyens unilatéraux de sanctions et de contrainte. La jurisprudence judiciaire semble considérer cependant que dans un contrat qui n'est pas soumis au principe de continuité du service public, il y aurait place pour cette exception au profit notamment de l'usager

(Cass. civ. 1^{ère} 10 février 1998, *D.* 1998 jur. p. 422, note Seiller). L'exception d'inexécution n'existe pas non plus au profit du cocontractant privé : il lui est strictement impossible, en vertu de la jurisprudence, de prendre prétexte de la faute ou de l'inexécution des prestations par l'autorité administrative, pour suspendre ses propres prestations. Cependant, il lui reste la possibilité de demander lui-même au juge administratif la résiliation du contrat.

§ 3. -Les droits du cocontractant

Lorsque la gestion contractuelle du service public est réalisée pour le compte de la personne publique (régie intéressée, gérance), le cocontractant privé possède un droit à être rémunéré, et ces conditions financières ne peuvent pas être modifiées par l'autorité administrative. Lorsqu'elle est réalisée aux risques et profits du cocontractant privé (concession, affermage), ce dernier a le droit à l'équilibre financier du contrat (c'est-à-dire que toute sujétion nouvelle du service public donne lieu à indemnité). Dans ce dernier cas surtout, l'équilibre financier emporte le droit pour le contractant privé de conserver le contrat jusqu'à l'échéance du terme prévu, et dans les conditions de protection fixées. L'idée d'équilibre financier du contrat est la compensation du risque pour le cocontractant privé de voir sa situation modifiée par l'exercice des prérogatives de l'autorité administrative. C'est du moins ainsi que la jurisprudence présente la nécessité d'un équilibre financier même en l'absence de texte (CE, 21 mars 1910, *Cie gén. fr. des tramways*, Rec.216).

A. Le droit à la rémunération

Le cocontractant a droit à la rémunération prévue au contrat, qu'il s'agisse d'un prix, d'un forfait, d'un intéressement. Le prix est en général établi dans le cahier des charges. A l'issue de l'exécution du contrat, l'autorité administrative procède à la liquidation des

montants dus en fonction des prestations. Rien n'exclut cependant que le prix soit seulement déterminable par exemple par une formule portant indexation, ou conditions de révision, ou qu'il soit provisoire à la conclusion du contrat (décret du 7 janvier 1959).

Le droit à la rémunération est incontestable et, en conséquence, les éléments de rémunération sont irrévocables autant pour l'autorité administrative que pour le cocontractant. Les prérogatives de l'autorité administrative ne peuvent ainsi jamais avoir pour but de modifier des éléments.

Les contrats spécialement régis par le Code des marchés publics bénéficient d'un système de protection des délais de paiement, et d'un droit aux intérêts des sommes dues (art. 177, 352). Le marché doit préciser lors de sa conclusion, le délai accordé à la personne publique contractante pour mandater les sommes. Ce délai ne peut pas être supérieur à quarante-cinq jours (sauf exception, avec un maximum de quatre-vingt-dix jours). Au delà du délai mentionné dans le marché, les intérêts moratoires s'appliquent aux sommes dues, et dans le cas de paiement de la rémunération sans les intérêts moratoires dus, ces intérêts portent eux-mêmes intérêt au taux minimal de deux pour cent par mois commencé.

Un problème pratique doit également être réglé, celui du financement de marchés réalisés sur longue période (nCMP, art. 86 s.). La règle du service fait s'oppose, en comptabilité publique, à ce que soit effectués des versements préalablement à l'exécution. Il faut alors distinguer les **acomptes**, qui correspondent au règlement de travaux déjà réalisés, des **avances** qui sont un paiement anticipé par rapport aux travaux. Le Code des marchés publics reconnaît spécialement le droit aux acomptes relatifs à des fractions exécutées et en organise le régime. Ils sont versés au moins tous les trois mois, et peuvent produire des intérêts moratoires.

B. Le droit à indemnité

Dans d'assez nombreuses situations, le cocontractant privé peut avoir droit à une indemnité.

C'est le cas tout d'abord dans l'hypothèse où l'exercice par l'autorité administrative de ses prérogatives aboutit à une modification fondamentale ou à l'interruption du contrat. Cela peut se produire ensuite, en cas de faute commise par l'autorité administrative, car il y a lieu d'engager sa responsabilité contractuelle, selon les mêmes principes que ceux du droit commun des obligations. Il y a également droit à indemnité dans le cas d'un quasi-contrat susceptible d'entraîner un enrichissement sans cause. (*Cf. infra*).

Reste le cas particulier des marchés publics de travaux. Dans ces types de marchés, les entrepreneurs qui rencontrent des difficultés d'exécution anormales et imprévisibles, ont droit à une indemnité appelée «indemnité pour sujétions imprévues». Elle est toujours due, même lorsque le marché est à forfait si l'économie générale du contrat a été bouleversée (CE, 3 novembre 1982, *Soc. d'exploitation Louis Gros*, *RD publ.* 1983.1420). Il peut arriver aussi que des prestations supplémentaires soient réalisées spontanément par l'entrepreneur. La jurisprudence admet en effet, malgré le principe de l'ordre de service, que l'entrepreneur doit être indemnisé de la réalisation de «travaux indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché» (CE sect. 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, *Rec.*516), sauf, bien sûr, si la personne publique s'y est expressément opposée. La préoccupation ici est la bonne exécution des travaux publics, les conditions sont souvent proches de l'urgence, et le fondement est proche de l'enrichissement sans cause.

Section II :

L'influence de faits nouveaux sur le contrat

Les contrats des personnes publiques ont vocation à être exécutés conformément aux éléments prévus lors de leur conclusion. Cependant, la situation contractuelle normale peut se trouver affectée par des faits soit totalement extérieurs aux personnes juridiques, soit simplement étrangers aux rapports entre la personne publique et le cocontractant privé, soit enfin internes à ces relations.

L'idée générale de la théorie jurisprudentielle du contrat étant que le maintien du service public est prioritaire, de tels faits nouveaux, lorsqu'ils sont qualifiés de fait du prince ou d'imprévision, ne dispensent pas en général le cocontractant privé d'exécuter le contrat, mais lui ouvrent un droit à indemnité. Mais comme à l'impossible nul n'est tenu, la force majeure, à titre exceptionnel, est un empêchement à l'exécution du contrat par les deux parties.

§ 1. -La « force majeure administrative »

La force majeure administrative, applicable aux contrats, se distingue de la force majeure, cas d'exonération de la responsabilité. Elle demeure caractérisée par un événement extérieur à la volonté des parties, imprévisible qui bouleverse l'économie générale du contrat (CE, 9 décembre 1932, *Comp. des tramways de Cherbourg*, préc.). Mais il n'est pas exigé que cette force majeure rende impossible l'exécution du contrat.

A défaut de renégociation sur de nouvelles bases, le cocontractant peut demander au juge la résiliation et une indemnité pour les préjudices déjà encourus. Cette indemnité est calculée selon les mêmes règles que l'imprévision.

Dans le cas où elle est reconnue, la force majeure dispense le cocontractant d'exécuter sa prestation, pendant le temps où elle est constituée. Il est délié de son obligation, ce et l'autorité administrative ne dispose plus à son égard de pouvoirs de sanction.

§ 2. -Le fait du Prince

Malgré les apparences, l'expression fait du Prince ne désigne pas une théorie de droit canonique ou médiéval, mais une jurisprudence élaborée par le Conseil d'État. Cette désignation est d'ailleurs assez péjorative, car elle donne un sentiment d'arbitraire qui n'est, en réalité, nullement mérité, dans la mesure où elle a été conçue précisément pour protéger les cocontractants des personnes publiques.

A. Principe

L'idée de départ de la jurisprudence du fait du Prince était de répondre à des changements de l'état du droit, c'est-à-dire à un aléa juridique, par opposition à celle de l'imprévision qui visait plutôt les cas d'aléa économique, ou de changements des circonstances de fait.

On se place dans l'hypothèse où une autorité administrative modifie unilatéralement les conditions d'un contrat. Cette modification n'est possible qu'en vertu des exigences de l'intérêt général, ou du service public assuré par le biais du contrat. La modification doit être simple, et elle ne doit pas constituer un changement tel qu'un nouveau contrat soit réputé conclu. Elle a alors pour effet d'ouvrir au cocontractant privé un droit à compensation intégrale (CE, 5 novembre 1918, *Biguet*, Rec.959), sauf dans le cas d'indemnité forfaitaire prévue au contrat. On considère habituellement que le fondement juridique de l'obligation d'indemniser est le respect de l'équilibre financier du contrat, c'est-à-dire une responsabilité contractuelle, ce qui a des conséquences en matière contentieuse.

B. Contenu du « fait du Prince »

Le « fait du Prince » est habituellement défini comme une aggravation imprévisible des conditions d'exécution du contrat, résultant d'une mesure licite prise par l'autorité contractante. Cependant des incertitudes planent sur cette notion. Elles sont relatives à ses conditions de mise en œuvre.

Tout d'abord, la jurisprudence refuse d'appliquer cette théorie aux mesures qui n'ont pas été prises par l'autorité administrative contractante (CE, 4 mars 1949, *Ville de Toulon*, Rec.197; 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec.358). Si une autre personne que celle qui est partie au contrat prend des actes juridiques qui aggravent les conditions d'

Enfin, lorsque la personne publique agit à un autre titre que celui de partie au contrat, on peut hésiter sur le fait de savoir si la jurisprudence du fait du prince peut s'appliquer aux conséquences des mesures réglementaires. Quand le fait du prince est concrétisé dans un acte nominatif, l'indemnisation est certaine si le préjudice est spécial (CE, 28 avril 1948, *Ville d'Ajaccio*, RD publ. 1948.603). Mais en général, l'indemnisation est refusée lorsque le fait du prince résulte d'un acte réglementaire, à moins que cet acte ne porte atteinte à un élément essentiel du contrat et spécialement à son objet (CE, 20 mai 1904, *Comp. marchande de navigation*, Rec.425).

En ce qui concerne les conséquences de textes législatifs, il y a lieu d'appliquer les règles de responsabilité sans faute du fait des lois. Il est admis en effet que le législateur puisse modifier les contrats administratifs en cours d'exécution (CC, 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement du territoire*).

La théorie jurisprudentielle du fait du prince semble de toutes façons aujourd'hui relayée par la reconnaissance du pouvoir de modification unilatérale et de résiliation dans l'intérêt du service comme règles générales applicables aux contrats administratifs, et ne concerne plus au sens strict que les conséquences sur le contrat d'une mesure prise par l'autorité administrative à un autre titre que celui de partie au contrat.

§ 3. -L'imprévision

La jurisprudence dite «de l'imprévision» n'a pas d'équivalent en droit commun des obligations. Elle procède de la même idée que celle qui aboutit à indemniser les sujétions imprévues, à ceci près que ces sujétions ne sont pas internes au contrat mais résultent de circonstances extérieures.

Il peut arriver en effet que des modifications des circonstances économiques, anormales et imprévisibles ne présentent pas les caractères de cas de force majeure, parce qu'elles ne rendent pas totalement impossible l'exécution du contrat, mais se bornent à conduire lentement tout autant que sûrement le cocontractant privé

à la ruine. Ce bouleversement de l'équilibre général du contrat est appelé état d'imprévision. Comme les contrats administratifs sont justifiés par la continuité nécessaire des services publics, le cocontractant reste tenu d'exécuter sa prestation. Mais la personne publique contractante doit aider le cocontractant privé en supportant une part des charges supplémentaires engendrées par l'état d'imprévision.

A. Conditions de l'état d'imprévision

La jurisprudence de l'imprévision n'est mise en œuvre qu'à l'égard des contrats administratifs et non des contrats de droit privé conclus par des personnes publiques (CE, 8 février 1918, *Soc. éclairage de Poissy*, Rec.120), mais elle s'applique à tous les types de contrats administratifs (délégations de service public et marchés publics).

Les conditions de sa mise en œuvre exposées dans les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, TGD) sont les suivantes :

- le fait générateur a été imprévisible

Par cette condition, la jurisprudence élimine les aléas économiques normaux, qui auraient pu entrer dans les hypothèses de coût des contractants. Subsistent les guerres, les crises économiques de grande ampleur, la raréfaction subite d'une matière première élevant son prix dans de grandes proportions. Il peut s'agir également de toutes les catastrophes naturelles qui ont des conséquences sur les prestations fournies. Enfin, se retrouvent ici les hypothèses où une personne publique autre que celle qui est partie au contrat modifie l'état du droit et modifie gravement les conditions d'exécution du contrat (CE, 4 mai 1949, *Ville de Toulon*, Rec.196).

- il a eu comme conséquence de bouleverser l'équilibre financier du contrat de telle manière que la continuation de l'exploitation ruinerait le cocontractant privé

Une simple disparition des bénéfices ne suffit pas à caractériser l'état d'imprévision, le déficit est nécessaire. Une autre manière de

dire la même chose est d'exiger que qu'ait été dépassé la marge de hausse éventuelle destinée à tenir compte des aléas normaux.

- ses conséquences ne sont pas définitives. Si elles l'étaient, la permanence du déficit constituerait un empêchement futur mais certain et absolu à l'exécution et il y aurait donc lieu d'appliquer le régime de la force majeure (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050).

Il faut y ajouter l'exigence, normale s'agissant d'un fait extérieur au contrat et aux parties, que les conséquences d'un événement de nature à provoquer l'état d'imprévision n'aient pas été affectées par la volonté (action ou abstention) du cocontractant privé.

B. Effets de l'état d'imprévision

Les résultats de la mise en œuvre de l'imprévision sont résumés par le principe de l'apparition d'une situation extra contractuelle provisoire (CE, 27 juin 1919, *Soc. du Gaz de Nice*, Rec.572). Dans cette nouvelle situation qui s'ajoute aux rapports nés du contrat, le cocontractant privé est tenu de poursuivre l'exécution du contrat, et la personne publique responsable du service public lui verse une indemnité en contrepartie.

L'exigence de continuité de l'exécution des prestations prévues au contrat est constante. Le cocontractant privé qui ne s'y soumettrait pas ne pourrait en aucun cas obtenir le bénéfice de la jurisprudence sur l'imprévision.

L'indemnité compensatrice à laquelle le cocontractant a droit est appelée indemnité d'imprévision. Elle n'est pas fondée sur la responsabilité, mais sur la compensation d'un état, et se rattache plutôt à l'idée de garantie. Elle doit tout d'abord être recherchée par les parties, avec une renégociation du contrat. Le juge administratif invite donc les contractants à procéder à cet ajustement, et c'est dans le cas où ils n'y parviennent point qu'il fixe lui-même le montant de l'indemnité d'imprévision. En tout cas, le principe n'est pas l'indemnisation intégrale. L'indemnité d'imprévision ne prend pour base, sur les seules charges extra contractuelles, que le déficit provoqué et non le manque à gagner (CE, 18 janvier 1924, *Ville de*

Paris, Rec.58). De plus, le déficit n'est pas couvert intégralement, puisque la charge doit être partagée entre la personne publique et la personne privée contractante. La jurisprudence interprète ce principe en laissant à la charge du cocontractant privé la part d'aléa économique normal, soit de 5 à 10 % du déficit. L'obligation de réparation est imputée à la personne publique contractante, même si les événements générateurs de l'état d'imprévision relèvent d'autres personnes publiques et même si ces autres personnes ont commis des fautes (CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbenf*, Rec.358). L'application effective de la théorie de l'imprévision est assez rare, car les conditions en sont rarement réunies. Les cocontractants sont d'ailleurs protégés par les clauses de variation de prix. Elle pourrait cependant compléter l'application de ces révisions si elles ne suffisaient pas à supprimer le bouleversement (CE, 19 février 1992, *Soc. Dragages et travaux publics*, Rec.1109). De plus, pour des raisons d'équité, le juge administratif a admis que l'indemnisation fondée sur l'imprévision soit recherchée même si le contrat a été totalement exécuté (CE, sect., 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées, Rec.155).

Chapitre 3 :

Le contentieux et les responsabilités nées des contrats

La distinction doit être faite une nouvelle fois entre les contrats administratifs, ou contrats de droit public, et les contrats passés par une personne publique sous un régime de droit privé. En raison de la simplicité du critère de compétence juridictionnelle, et du fait que les contrats des personnes publiques soumis à un régime de droit privé relèvent de la compétence judiciaire, seul le contentieux de contrats administratifs, dans ses traits spécifiques, sera développé dans un premier temps. Puis seront examinés dans un second temps les régimes de responsabilité qui peuvent être mis en cause devant les deux ordres de juridiction.

Section I :

Le contentieux des contrats administratifs

Le contentieux des contrats administratifs est étroitement lié à la compétence juridictionnelle attribué au juge administratif qui est compétent par principe. Une fois posées les caractéristiques du juge, le contentieux des contrats administratifs peut être divisé en contentieux contractuel proprement dit et contentieux d'annulation relatif au contrat.

§ 1. -Le « juge du contrat »

Le juge du contrat est la juridiction compétente pour connaître *du contrat administratif lui-même* dans toutes les circonstances contentieuses qui pourraient se présenter : appréciation de validité, interprétation, litiges de fond relatifs à l'exécution ou à la résiliation, et même référé pré contractuel. Il peut arriver, en raison de la séparation des autorités administratives et judiciaires, que le juge du contrat ne connaisse pas de l'ensemble de la situation, en raison de questions préjudicielles qui l'obligent à renvoyer à un autre juge certains éléments du problème posé (nationalité, état des personnes dans un sens; compétence ou qualification de l'agent public signataire dans l'autre sens).

Il faut rappeler ici que le partage du contentieux contractuel obéit à une règle simple. Les contrats administratifs relèvent de la juridiction administrative, les contrats qui ne possèdent pas cette qualification relèvent de la juridiction judiciaire. Cependant, il faut signaler que le contentieux des services publics à caractère industriel et commercial avec leurs usagers est un bloc de compétence judiciaire qui passe avant toute recherche de la nature du contrat. Dans tous les cas de litiges répondant à cette situation,

la compétence pour en connaître appartient à la juridiction judiciaire (CE, 13 octobre 1961, *Ets Campanon-Rey*, Rec.567 ; TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, Rec.831).

Plus précisément, le juge du contrat administratif est en principe, en premier ressort, le Tribunal administratif, parce qu'il est le juge de droit commun. À titre exceptionnel, lorsque le contrat administratif est exécuté à l'étranger, s'agissant d'un litige administratif né hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort. En revanche, le fait que le cocontractant soit l'objet de procédures collectives dirigées par le Tribunal de commerce ne modifie pas la compétence du tribunal administratif.

§ 2. -Le contentieux contractuel

A. Position de ce contentieux

Sous ces termes sont regroupés tous les litiges concernant la formation du contrat, sa validité, son interprétation, son exécution, sa résiliation ou sa résolution. Le contentieux contractuel est réparti en deux branches. La plus naturelle est le plein contentieux ou contentieux de pleine juridiction. Dans ce contentieux, les parties demandent au juge du contrat de se prononcer sur les litiges relatifs au contrat qui les lie, en usant de la plénitude des pouvoirs dont ce juge dispose dans ce type de contentieux. En conséquence, les parties peuvent demander au juge l'annulation de certaines mesures prises dans l'exécution du contrat, la résiliation, des indemnités de tout fondement.

Il existe un deuxième type de contentieux contractuel, qui est le contentieux de l'interprétation. Il s'agit de demander au juge du contrat, hors de toute autre question, de donner un sens précis aux stipulations du contrat. Le contentieux de l'interprétation peut

s'engager par une question préjudicielle renvoyée par un tribunal judiciaire, ou par une demande directe dans un litige né et actuel. Le contentieux contractuel est qualifié de contentieux subjectif, et a pour but de reconnaître et de tirer les conséquences des droits nés du contrat. Aussi le contentieux contractuel exclut-il le recours pour excès de pouvoir. Cela ne signifie pas pour autant que les moyens de légalité ne puissent pas être invoqués, notamment, mais pas seulement, sur les questions posées par la formation du contrat.

B. Régime de ce contentieux

1. Le contentieux contractuel est limité quant aux requérants

Seules les *parties contractantes* peuvent exercer un recours relatif à l'exécution du contrat. Elles ne peuvent l'exercer que devant le juge du contrat par un recours de plein contentieux. Les cocontractants notamment ne peuvent pas utiliser le recours pour excès de pouvoir contre les actes d'exécution, car ces derniers ne sont pas en général considérés comme détachables à leur égard (sauf exception *infra* les contrats d'agents publics). Les parties contractantes ne peuvent donc entrer que dans un contentieux contractuel. En cas de litige, elles ne peuvent saisir que le juge du contrat, dans le régime du contentieux contractuel, de demandes qui n'engagent pas d'autres pouvoirs que ceux dont dispose ce juge. Aussi, en cas d'incertitude sur la nature du recours exercé, le fait qu'il oppose une personne publique et un cocontractant privé entraîne la présomption de la nature contractuelle du recours.

Il est de principe depuis le XIX^{ème} siècle que *les tiers* ne sont pas recevables à contester par la voie du recours pour excès de pouvoir les contrats administratifs auxquels ils ne sont pas parties (CE, 29 juin 1869, *Commune d'Aix-en-Othe*, Rec.644). Corrélativement, la jurisprudence a rapidement posé qu'un tiers est également dépourvu de qualité à agir pour saisir le juge du contrat d'une action en constatation de nullité.

Pour tempérer les conséquences extrêmes de cette jurisprudence, qui aboutit parfois à priver les tiers de recours contre des contrats administratifs illégaux qui portent pourtant atteinte à leurs droits subjectifs, le Conseil d'État a admis très tôt que les actes unilatéraux servant de fondement au contrat étaient détachables du contrat, et donc attaques par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, Rec.771 ; CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec.249). Il en est ainsi, en particulier, pour ces tiers un peu spéciaux que sont les concurrents malheureux évincés dans l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public. La jurisprudence exige seulement, pour caractériser leur intérêt à agir, qu'ils aient effectivement présenté leur offre ou qu'ils aient été sélectionnés.

Le tiers est dès lors recevable à demander l'annulation de l'acte unilatéral décidant ou autorisant la passation du contrat (CE, 8 avril 1911, *Commune de Ousse-Suzan*, Rec.46), en invoquant, si nécessaire, des moyens tirés de l'illégalité des clauses du contrat. Il dispose aussi du recours pour excès de pouvoir contre les actes unilatéraux détachables du contrat (CE Sect., 24 avril 1964, *Soc. an. de Livraisons industrielles et commerciales*, Rec.239). La décision de résilier un contrat, qui n'est pas considérée comme détachable pour le cocontractant, peut ainsi être attaquée en excès de pouvoir par les tiers.

Néanmoins, cette annulation de l'acte détachable n'a, par elle-même et à elle seule, aucun effet juridique direct sur la validité du contrat, même si la jurisprudence a admis récemment de subtiles nuances. Si des particuliers tiers au contrat ne peuvent pas non plus prendre celui-ci comme fondement d'un recours pour excès de pouvoir pour obtenir l'annulation de mesures qui leur font grief, ils peuvent pourtant depuis peu obtenir du juge qui annulerait, en raison des stipulations mêmes du contrat, un acte détachable du contrat, qu'il déclare que ce contrat est lui-même entaché de nullité (CE, 1^{er} oct. 1993, *Soc. Le Yacht-club int. de Bormes-les-Mimosas*, Rec.875). Le tiers qui a obtenu du juge de l'excès de pouvoir l'annulation d'un acte détachable préalable à la conclusion par un motif qui implique la nullité du contrat peut, de plus, présenter une demande d'astreinte. Au besoin, le juge de l'astreinte obligera la personne publique à saisir

le juge du contrat que le tiers ne peut saisir (CE sect., 7 octobre 1994, *Lopez*, Rec.430).

Mais depuis peu d'années, des *exceptions* sont apparues, dans lesquelles le juge de l'excès de pouvoir annule directement un contrat ou des clauses qu'il contient. **La première** est le déféré préfectoral. Dans l'exercice de ce recours, le Préfet peut en effet saisir le tribunal administratif de contrats soumis à transmission (CGCT art. L. 2131-1 à L.2131-6) mais aussi de ceux qui n'y sont pas soumis (CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, Rec.1109), et même plus généralement de tout contrat administratif passé pour le compte des collectivités locales (CE, 28 juillet 1995, *Soc. gérance Jeanne d'Arc*, Rec.321). Ces dispositions ne concernent pas les contrats conclus par les collectivités territoriales sous un régime de droit privé. Le déféré préfectoral, recours pour excès de pouvoir dirigé directement contre le contrat peut ainsi aboutir à son annulation, alors que le recours pour excès de pouvoir exercé par un tiers ne peut pas parvenir à cette annulation, ou que le plein contentieux ne permet pas au juge du contrat d'annuler, mais de constater la nullité du contrat.

La **deuxième** exception est celle des clauses réglementaires des contrats administratifs. Ces clauses, par leur nature réglementaire, sont de celles qui font naître des obligations envers les tiers. De manière logique, la jurisprudence a finalement dû admettre que le juge de l'excès de pouvoir pouvait les annuler (CE ass., 10 juillet 1996, *Cayzele, TGD*), alors que le recours pour excès de pouvoir n'est jamais recevable, on l'a dit, contre le contrat en tant qu'acte juridique.

Apparaît enfin, par l'arrêt *Ville de Lisieux*, une troisième exception (CE, sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*). L'annulation des contrats par lesquels les collectivités locales recrutent des agents non titulaires peut être directement demandée au juge de l'excès de pouvoir par tout particulier y ayant un intérêt suffisant. Il est vrai que ces contrats ont toujours été considérés comme dérogatoires. Tout d'abord, les agents ainsi recrutés ont été considérés comme ayant qualité pour agir contre les mesures d'exécution, ou contre celles mettant fin à leur contrat, alors que, dans le contentieux contractuel, cette qualité est refusée aux parties au contrat. Ensuite,

les recours pour excès de pouvoir des agents publics contractuels ont été déclarés recevables contre les décisions modifiant leur contrat (CE sect., 25 mai 1979, *Dame Rabut*, Rec.231, concl. Genevois). Cela s'explique par le fait que ces agents sont impliqués bien plus dans une situation légale et réglementaire de droit public, que dans des rapports purement contractuels.

2. Les pouvoirs du juge du contrat sont particuliers

Le contentieux de l'interprétation ne pose pas à cet égard de problème, puisque les pouvoirs sont alors limités par la demande des parties qui souhaitent être fixées sur le sens d'un texte. Le plein contentieux accorde normalement au juge du contrat les pleins pouvoirs afin de porter les appréciations nécessaires à la solution du litige, et prendre les décisions nécessaires à la satisfaction des demandes fondées. Ainsi, le juge du contrat apprécie la validité du contrat et notamment toute question de légalité sans renvoi au juge de l'excès de pouvoir; il interprète spontanément les stipulations, octroie des indemnités dont il fixe le montant, prononce la résiliation pour faute.

-Le problème principal posé est celui du pouvoir d'annulation du juge du contrat. Le contrat en tant que tel peut être annulé par le juge du contrat, qui est d'ailleurs le seul à pouvoir le faire, éventuellement d'office. Le juge du contrat apprécie également l'indivisibilité des clauses annulées du contrat, qui entraîne la nullité du contrat tout entier (CE, 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat*, Rec.141). Mais les mesures d'exécution du contrat, prises par l'autorité administrative, elles, ne peuvent pas en principe être annulées par le juge du contrat, car une telle annulation emporterait, en vertu des pouvoirs qu'il détient dans le plein contentieux, la faculté d'adresser, en conséquence du vide ainsi produit, des injonctions de faire à l'autorité administrative. L'irrégularité de ces actes entraîne seulement un droit à indemnité (solution constante et pour tout contrat).

Il y a, à ce principe, de plus en plus d'exceptions. Le **premier type** d'exceptions est constitué par les décisions mettant fin à des contrats de longue durée nécessitant des investissements importants du cocontractant privé. Elles peuvent être annulées par le juge du

contrat, mais les conditions sont strictes : il doit s'agir des seules mesures ayant pour objet ou pour effet de mettre définitivement un terme aux relations contractuelles (CE Sect., 9 décembre 1983, *Soc. d'études, de participation et de développement*, Rec.498); le contrat de longue durée, aux investissements lourds, doit être conçu comme expressément garanti : contrats de concession de service public, de travaux publics, d'occupation du domaine public, de mines, contrats de marchés d'entreprises de travaux publics. Le **second type** d'exceptions concerne les contrats conclus entre personnes publiques pour l'organisation d'un service public ; les mesures d'exécution des contrats d'agents publics ; les contrats de gérance de débit de tabac ; l'émission de titres de recettes fondés sur un contrat administratif.

-Le second problème est celui de la condamnation à une obligation de faire. Même si le principe demeure selon lequel le juge administratif ne peut pas adresser d'injonctions aux autorités administratives, la loi du 8 février 1995 est applicable aussi au contentieux contractuel. Lorsque la personne publique contractante dispose elle-même de pouvoirs d'injonction ou de sanction relatifs à l'exécution du contrat, la jurisprudence Préfet de l'Eure s'applique et elle ne peut donc pas demander au juge de prononcer une décision qu'elle pourrait prendre (exception en matière de sanctions pécuniaires). Lorsque, au contraire, l'autorité administrative ne dispose pas de ces pouvoirs, elle peut demander une injonction éventuellement assortie d'astreinte. C'est souvent le cas lorsque le contrat est expiré.

Section II :

Les responsabilités nées des contrats

La responsabilité contractuelle qui s'applique aux cocontractants est régie *a priori* par le droit commun. Elle inspire par analogie, le régime des responsabilités qui peuvent naître de situations quasi contractuelles. Il existe aussi un régime spécial, spécifique aux contrats de travaux, la garantie décennale des constructeurs.

§ 1. -La responsabilité contractuelle générale

La responsabilité contractuelle est prioritaire par rapport à la responsabilité extra contractuelle. Non seulement leur fondement juridique est différent, mais une partie au contrat ne peut pas exercer contre l'autre une autre action en responsabilité que celle qui procède de ce contrat (CE, 1er décembre 1976, *Berezowski*, Rec.521). Il n'est donc pas possible de rechercher par exemple une responsabilité sans faute pour contourner les règles de la responsabilité propres aux contrats, notamment en cas de fait du prince.

Le principe fondamental de la responsabilité contractuelle, est qu'il s'agit d'une responsabilité pour faute. La faute est constituée par tout manquement aux obligations nées du contrat, c'est donc une faute simple, sauf clause contraire. Il faut signaler que dans le régime de la responsabilité contractuelle, le fait du tiers n'est pas une clause exonératoire.

Il est possible, dans l'exercice de la liberté contractuelle, et sauf texte contraire, que soient conclues des clauses de non-responsabilité. Mais à l'inverse, certaines dispositions, obligatoirement législatives, peuvent prévoir un régime d'irresponsabilité au profit de la personne publique contractante. La jurisprudence interprète ces clauses et ces textes de manière restrictive, de telle manière que l'irresponsabilité ne soit pas totale mais seulement subordonnée à l'exigence d'une faute lourde.

§ 2. -La responsabilité née de la nullité du contrat

Si le contrat est nul, il n'a pas d'existence juridique. Il est donc impossible de rechercher une responsabilité contractuelle. Aucune indemnisation de la nullité n'est possible sur ce fondement (CE, 28 juillet 2000, *Jacquier*). En revanche, l'illégalité du contrat constitue toujours *a priori* une faute de la personne publique cocontractante. L'indemnisation du préjudice causé par la faute, y compris le *lucrum cessans*, peut donc être demandée au juge (CE, 20 octobre 2000, *Sté Citecable Est*).

Par ailleurs, en tout état de cause (y compris si l'action a été mal engagée sur la voie d'une responsabilité contractuelle), le requérant dont le contrat est nul peut réclamer le remboursement des frais exposés, qui ont été « utiles » à la personne publique, sur le fondement cette fois d'une responsabilité quasi contractuelle : l'enrichissement sans cause (cf. infra).

§ 3. -La responsabilité quasi contractuelle

Les situations quasi contractuelles, qui n'ont pas le tact d'apparaître dans le respect des branches du droit, peuvent être régies aussi bien en droit administratif qu'en droit civil (C. Civ. art. 1371 ss.). La jurisprudence tire de situations où des sommes ont été indûment reçues, des affaires gérées par des tiers ou des personnes enrichies sans cause une obligation de compensation fondée sur la notion de quasi-contrat, que l'on peut sans abuser, qualifier de responsabilité quasi contractuelle.

La répétition de l'indu est admise en droit administratif (CE ass., 1er décembre 1961, *Sté Jean Roques*, Rec.675), accompagné de l'exception de compte arrêté (art. 541 C. pr. civ.). Il est remarquable que le Conseil d'Etat applique directement le Code civil (art. 1376 et ss.), ce qui permet de faire jouer pour la plupart des sommes payées indûment une prescription trentenaire. Elle est invocable

tant par l'autorité administrative qui aurait versé par erreur des sommes à ses agents ou usagers, que par ceux-ci, s'ils ont réglé des sommes qu'ils ne devaient pas. La preuve de l'erreur n'est pas nécessaire. L'indu est une notion objective. Néanmoins les particuliers qui ont perçu des sommes de bonne foi sont fondés à réclamer des dommages et intérêts pour compenser le préjudice causé par le reversement.

L'enrichissement sans cause, ensuite, est reconnu par la jurisprudence administrative, implicitement depuis 1938, explicitement depuis 1961, où le juge administratif a expressément qualifié l'enrichissement sans cause de principe général du droit (CE Sect., 14 avril 1961, *Soc. Sud-Aviation*, Rec.236). Il est guidé par une préoccupation réaliste qui commande de constater une obligation lorsque, dans des cas limites où il n'existe pas de contrat, des prestations ont été fournies à une personne publique sans raison précise, et sans contrepartie. Dans ce cas, en effet, cette personne publique, bénéficie de biens ou de services dont la réalisation n'est apparemment fondée sur aucune cause juridique. Le cocontractant privé peut alors, s'il n'a commis aucune faute à l'origine de son appauvrissement, et si les travaux ont été utiles, demander à la personne publique une indemnité. Cette dernière sera d'ailleurs évaluée en fonction de l'utilité des prestations réalisées.

La jurisprudence de l'enrichissement sans cause apparut en droit administratif à l'occasion de prestations fournies alors que le contrat prévu n'avait pas été conclu ou qu'il avait été annulé. Elle s'est étendue successivement aux contrats qu'il n'était même pas envisagé de conclure, aux contrats à exécution successive qui ont été poursuivis au-delà de leur terme. Enfin, on ne peut que rattacher à l'idée d'enrichissement sans cause, la possibilité pour l'entrepreneur de travaux de se faire indemniser de la réalisation de travaux utiles (CE Sect., 17 octobre 1985, *Commune de Canari*, Rec.516). Dans ce cas, elle ne fait qu'obvier aux conséquences d'un ordre de service irrégulier. Si le cocontractant ne peut pas atteindre autrement ce résultat, il peut demander à la personne publique la répétition de l'indu, à condition qu'il n'ait pas commis

de faute causant son appauvrissement, et que les travaux aient été véritablement utiles.

La gestion d'affaires en revanche, n'est pas considérée comme une situation quasi contractuelle (CE, 12 avril 1957, *Sté du Sankaran*, Rec.263), mais elle est traduite par la théorie du collaborateur occasionnel et bénévole et par celle du fonctionnaire de fait. Ce dernier, s'il est de bonne foi peut prétendre au remboursement des dépenses exposées dans l'exercice de l'activité de service public qu'il a prise en charge. Le fonctionnaire de fait de mauvaise foi, mais bénéficiant d'une apparence de régularité fait au moins naître au profit des tiers lésés une obligation pour la personne publique de les indemniser.

§ 4. -La garantie décennale

Il faut citer un cas où l'engagement de la responsabilité s'exerce au profit de la personne publique, c'est-à-dire que la responsabilité recherchée est celle du cocontractant privé. Sans qu'il soit directement fait application des articles 1792 et 2270 du Code civil, mais seulement des principes qui les inspirent, la garantie assurée par les entrepreneurs et architectes des vices qui pourraient affecter les ouvrages faisant l'objet du contrat pendant un délai de dix ans peut être mise en cause dans le droit administratif.

Il convient de lui réserver une place à part, car, née des contrats, elle n'est pas une responsabilité contractuelle. Elle constitue un fondement juridique distinct de la responsabilité contractuelle. En conséquence, le maître de l'ouvrage possède une option pour exercer son action, mais une fois exercée, elle est irrévocable parce que les deux responsabilités ne se cumulent pas (CE, 28 mai 1982, *Soc. des Éts Pavailler*, *Dr. adm.* 1982.261). La responsabilité décennale est d'ailleurs une responsabilité sans faute, dans le sens où seule la force majeure et la faute de la personne publique maître de l'ouvrage sont exonératoires. Les entrepreneurs et architectes ne peuvent pas se libérer en prouvant l'absence de faute de leur part. Le régime de la responsabilité décennale est précisé par la jurisprudence. Quant aux conditions de fond, les vices dont la

personne publique demande l'indemnisation ne doivent pas avoir été apparents, et ils doivent présenter un caractère de gravité c'est-à-dire menacer la solidité de l'ouvrage ou la faculté de l'utiliser. Quant aux conditions de procédure et de forme, le délai de dix ans est applicable aux gros ouvrages. Pour les menus ouvrages, il est de deux ans, mais les éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage qui rendraient celui-ci impropre à sa destination sont également couverts, en application d'un principe général du droit, par la responsabilité décennale. Le délai court à dater de la réception des travaux. Il peut être l'objet d'une négociation mentionnée au contrat, pour modifier ce point de départ, à condition que cela aboutisse à étendre la garantie et non à la limiter. Ce délai peut être interrompu par une demande de mesures d'urgence en référé. Les désordres couverts par la garantie décennale peuvent également être étendus par négociation à des dommages moins graves ou à des ouvrages moins importants. En revanche, toute disposition qui limiterait cette garantie serait réputée non écrite (principe inspiré de l'art. 1792-5 C. Civ.).

Sommaire

Première Partie : L'action administrative	7
Chapitre 1 :Le service public, finalité de l'action	9
Section I : La notion fonctionnelle de service public	11
§ 1. -La prestation de service public	12
§ 2. -Éléments d'identification	13
A. Lien spécial avec une personne publique	13
B. But d'intérêt général	14
C. Limites particulières	15
Section II : Services publics à caractère administratif et services publics à caractère industriel et commercial	17
§ 1. -La qualification textuelle	18
§ 2. -La qualification jurisprudentielle	19
A. Objet du service	19
B. Sources de financement	20
C. Modalités de fonctionnement	21
Section III : Les « lois » du service public	23
Sous-Section I :L'égalité devant le service public	24
§ 1. -Affirmation solennelle mais application nuancée du principe	24
A. Les usagers des services publics	24
B. Les personnels des services publics	27
C. Les fournisseurs des services publics	28
§ 2. -Les corollaires du principe	28
A. La neutralité du service public	28
B. L'égalité par le service public	29
Sous-Section II :La continuité du service public	30
§ 1. -La nature du principe	31
A. Sources du principe de continuité	31
B. Contenu du principe de continuité	31
§ 2. -Les rapports avec d'autres principes de droit public	32
A. Principes régissant les contrats	32
B. Principes régissant la grève	33

Sous-Section III : L'adaptation du service public	34
§ 1. -Conditions d'application	34
§ 2. -Régime de l'adaptation	35
Section IV : La fondation et la suppression des services publics	37
§ 1. -Les autorités compétentes	37
A. Compétence de principe des personnes publiques	37
B. Exclusion du «service public virtuel»	39
C. Exception apparente des collaborateurs occasionnels et bénévoles	39
§ 2. -Un droit au service public ?	41
§ 3. -Les limites de la fondation et de la suppression	42
A. Limites générales	42
B. Limites propres aux services publics locaux	44
Chapitre 2 : Les actes administratifs	49
Section I : Les différentes catégories d'actes administratifs	51
§ 1. -Actes unilatéraux et contrats	51
A. Principe de distinction	51
B. Atténuations de la distinction	52
C. Modalités de la distinction	54
§ 2. -Décisions et actes unilatéraux non décisives	55
A. Position du problème	55
B. Les différents types de décisions	56
C. Les actes unilatéraux non décisives	61
§ 3. -Règlements et décisions non réglementaires	64
A. Position du problème	64
B. Les décisions nominatives	64
C. Les décisions réglementaires	65
D. Les décisions atypiques	66
Section II : Critères de la nature administrative d'un acte	67
§ 1. -La nature administrative d'une décision	67
A. Décisions émanant d'une personne publique	67
B. Décisions émanant d'une personne privée	69
§ 2. -La nature administrative d'un contrat	70
A. Contrats conclus entre personnes publiques	72
B. Contrats conclus entre personnes privées	72
C. Contrats conclus entre une personne publique et une personne privée	73

Chapitre 3 : Le pouvoir réglementaire	77
Section I : Le pouvoir réglementaire général	79
§ 1. -Le domaine du pouvoir réglementaire général	79
A. Cas général	79
B. Cas particulier des pouvoirs de police générale du Premier ministre	82
§ 2. -Les titulaires du pouvoir réglementaire général	83
A. Principe	83
B. Sanction	84
C. Exceptions notables	85
§ 3. -L'extension du pouvoir réglementaire général : les ordonnances	86
A. La loi d'autorisation	86
B. L'édiction	87
C. La validité	87
Section II : Le pouvoir réglementaire d'autres autorités administratives	91
§ 1. -Les ministres et chefs de service	91
A. Le pouvoir réglementaire de tout chef de service	91
B. Le pouvoir réglementaire du ministre hors de sa qualité de chef de service	92
§ 2. -Les autorités administratives indépendantes	93
A. Position de l'institution (rappel)	93
B. Nature réglementaire de certains de leurs actes	94
§ 3. -Les autorités des collectivités territoriales	95
Section III : L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire	97
§ 1. -Obligation générale de réglementer pour appliquer les textes	97
§ 2. -Obligation spéciale de réglementer pour abroger les règlements illégaux	99
Chapitre 4 : La police administrative	101
Section I : Service public ou ordre public ?	103
§ 1. -L'activité de police, activité de service public	103
§ 2. -L'ordre public, but de l'activité de police	104

Section II : Éléments distinctifs de la police administrative	109
§ 1. -Distinction interne : police générale et police spéciale	109
A. La police administrative générale	110
B. Les polices administratives spéciales	112
§ 2. -Distinction externe : police administrative et police judiciaire	115
A. Position du problème	115
B. Principe de distinction	116
C. Mise en œuvre du principe	116
Section III : Contrôle de légalité des mesures de police administrative	121
§ 1. -Conditions générales de légalité	121
A. Contraintes tirées de la nature des actes	121
B. Obligation au fond de prendre des mesures de police administrative	122
§ 2. -La subordination de la légalité des mesures de police administrative à leur nécessité	123
A. Principe	123
B. Interdictions générales et absolues	124
Deuxième Partie : La responsabilité publique	127
Chapitre 1 : Les règles générales de responsabilité publique	131
Section I : Les conditions d'engagement de toute responsabilité	133
§ 1. -Le dommage (ou préjudice)	133
A. La certitude du dommage	133
B. Le principe : la réparation de tout dommage	134
C. L'exception : les dommages non susceptibles de réparation	135
§ 2. -Le lien de causalité	136
A. Le diagnostic de causalité	137
B. L'identification des causes étrangères	138
C. L'influence des causes étrangères	140
§ 3. -Les exceptions à l'engagement de la responsabilité	141
A. L'exception d'illégitimité	141
B. L'exception de risque accepté	142

Section II : Le régime de réparation	143
§ 1. -Déterminer la personne responsable	144
A. Responsabilité publique non administrative	144
B. Responsabilité administrative	145
§ 2. -Déterminer la date d'évaluation du dommage	148
A. Les dommages aux biens	149
B. Les dommages aux personnes	149
§ 3. -Respecter la procédure	150
A. L'auteur de la demande en dommages et intérêts	150
B. Le contenu de la demande en dommages et intérêts	152
C. Les délais d'action	154
Chapitre 2 : La responsabilité publique fondée sur la faute	155
Section I : La notion de faute	157
§ 1. -Rapports entre faute, acte juridique et fait juridique	157
§ 2. -Consistance et mise en cause de la faute	159
Section II : Les cas d'exigence d'une faute qualifiée	161
§ 1. -Les domaines d'exigence de principe	161
A. Les activités de contrôle administratif	162
B. Les activités du service public pénitentiaire	164
§ 2. -Les cas particuliers d'exigence	164
A. La police administrative	165
B. L'établissement et le recouvrement des créances publiques	166
C. Le service public de la justice	167
Chapitre 3 : Les responsabilités publiques sans faute	171
Section I : Les responsabilités fondées sur l'idée de risque	173
§ 1. -Cas liés à la réalisation d'un risque matériel	173
A. Les risques nés des choses dangereuses	174
B. Les risques nés des méthodes dangereuses	176
C. Les risques nés des situations dangereuses	177
D. Le « risque exceptionnel » en matière médicale	178

§ 2. -Cas liés à l'intervention de collaborateurs occasionnels et bénévoles	179
A. Qualité de collaborateur occasionnel et bénévole	180
B. Conditions d'application de la responsabilité sans faute	180
§ 3. -Cas des tiers victimes d'accidents de travaux publics	181
§ 4. -Cas des attroupements et grands rassemblements de personnes	183
A. Conditions d'application de la responsabilité sans faute	183
B. Modalités particulières	184
Section II : Les responsabilités fondées sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques	185
§ 1. -Du fait des décisions administratives régulières	186
A. Décisions nominatives	186
B. Décisions réglementaires	188
§ 2. -Du fait de dommages non accidentels de travaux publics	188
§ 3. -Du fait des lois et des conventions internationales	189
Chapitre 4 : Responsabilité des agents publics et responsabilité administrative	193
Section I : Faute personnelle et faute de service	195
§ 1. -Principes généraux de la matière	196
A. Le fondement subjectif	196
B. Le cas par cas	196
§ 2. -Identification de la faute personnelle	197
A. La faute purement personnelle	197
B. La faute non dépourvue de tout lien avec les fonctions	197
C. La faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions	198
Section II : L'action de la victime	201
§ 1. -Le principe de cumul des responsabilités	201
§ 2. -Les régimes spéciaux de substitution de responsabilité	203

Section III : Les rapports entre les agents publics et la personne qui les emploie	205
§ 1. -L'action de la personne employeuse contre ses agents	205
§ 2. -L'action des agents publics contre la personne qui les emploie	207

Troisième Partie : Le régime des actes administratifs

Titre 1. -Le régime des actes administratifs unilatéraux	209
--	-----

Chapitre 1 : L'élaboration des actes administratifs unilatéraux

Section I : Les règles de compétence

§ 1. -Principes généraux	213
A. Le parallélisme des compétences	213
B. L'interdiction des questions préjudicielles	214
§ 2. -L'identification analytique de la compétence	215
A. Compétence matérielle (<i>ratione materiae</i>)	215
B. Compétence géographique (<i>ratione loci</i>)	217
C. La compétence temporelle (<i>ratione temporis</i>)	218

Section II : Les règles de procédure

§ 1. -L'examen particulier des circonstances	221
§ 2. -Le parallélisme des procédures	222
§ 3. -La contradiction	223
A. Le respect des droits de la défense	224
B. Les mesures prises en considération de la personne	225
C. Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations	225
§ 4. -Le régime de la consultation	226
A. Les organes de la consultation	227
B. Les procédures de la consultation	229
C. Portée des avis	232

Section III : Les règles de forme

§ 1. -L'absence d'obligation générale de motiver	236
§ 2. -Place de la loi du 11 juillet 1979	237
§ 3. -Cas spéciaux de motivation obligatoire	238
A. Existence de textes	238
B. Exigences de la jurisprudence	239

Chapitre 2 : L'entrée en vigueur et la sortie d'effets	241
Section I : L'entrée en vigueur	243
§ 1. -Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs	244
§ 2. -Actes réglementaires	245
A. Principe	245
B. Régimes spéciaux	246
§ 3. -Actes non-réglementaires	247
Section II : La sortie d'effets	249
§ 1. -La réalisation d'une condition extinctive	249
§ 2. -L'abrogation	250
§ 3. -Le retrait	252
A. Identification jurisprudentielle des actes créateurs de droits	252
B. Pratique du retrait	253
Chapitre 3 : Le respect des décisions administratives en vigueur	259
Section I : Régularité et caractère exécutoire	261
§ 1. -L'autorité de chose décidée	261
§ 2. -Exception	262
Section II : Moyens de l'exécution	265
§ 1. -Sanctions pénales	265
§ 2. -Sanctions administratives	266
§ 3. -Exécution forcée et exécution d'office	267
A. Principe	268
B. Exception	268
Titre 2. -Le régime des contrats	271
Chapitre 1 : La formation des contrats	273
Section I : Principes généraux	275
§ 1. -L'accord des volontés	275
§ 2. -Personnes publiques et liberté contractuelle	276
A. Capacité à contracter	277
B. Approbation	278

§ 3. -La distinction entre contrats et marchés	278
A. Principe	279
B. Conséquences	279
Section II : Le choix du cocontractant par l'autorité administrative	283
§ 1. -Dans les marchés publics	283
A. L'appel d'offres	284
B. La mise en concurrence simplifiée	285
C. Les marchés négociés	286
§ 2. -Dans contrats de délégation de service public	286
A. Choix du mode contractuel	286
B. Limites	287
C. Choix de la personne contractante	290
Section III : Le référé pré-contractuel (art. L. 551-1 et L. 551-2 , CJA)	293
§ 1. -Compétence et recevabilité	293
§ 2. -Pouvoirs du juge	294
Chapitre 2 : L'exécution des contrats	297
Section I : Les situations contractuelles normales	299
§ 1. -Les prérogatives de la personne publique	299
A. Pouvoirs de contrôle et de direction	299
B. Pouvoir de modification unilatérale	300
C. Pouvoir de sanction	301
D. Résiliation dans l'intérêt du service ou l'intérêt général	304
§ 2. -Les obligations du cocontractant	305
§ 3. -Les droits du cocontractant	306
A. Le droit à la rémunération	306
B. Le droit à indemnité	308
Section II : L'influence de faits nouveaux sur le contrat	309
§ 1. -La « force majeure administrative »	309
§ 2. -Le fait du Prince	310
A. Principe	310
B. Contenu du « fait du Prince »	311
§ 3. -L'imprévision	312
A. Conditions de l'état d'imprévision	313
B. Effets de l'état d'imprévision	314

Chapitre 3 : Le contentieux et les responsabilités nées des contrats	317
Section I : Le contentieux des contrats administratifs	319
§ 1. -Le « juge du contrat »	319
§ 2. -Le contentieux contractuel	320
A. Position de ce contentieux	320
B. Régime de ce contentieux	321
Section II : Les responsabilités nées des contrats	327
§ 1. -La responsabilité contractuelle générale	327
§ 2. -La responsabilité née de la nullité du contrat	328
§ 3. -La responsabilité quasi contractuelle	328
§ 4. -La garantie décennale	330
Sommaire	333

Dépôt légal : 1^{er} trimestre 2003
Imprimé en France