

manuel

Yves Gaudemet

DROIT ADMINISTRATIF

19^e édition

L.G.D.J

lextenso éditions

Yves Gaudemet

Professeur à l'Université de Paris II
(Panthéon-Assas)



DROIT ADMINISTRATIF



19^e édition

L.G.D.J

lextenso éditions

Retrouvez tous nos titres

Defrénois - Gualino - Joly

LGDJ - Montchrestien

sur notre site



www.lextenso-editions.fr



© 2010, LGDJ - Lextenso éditions,
33, rue du Mail, 75081 Paris Cedex 02
I.S.B.N. 978-2-275-03347-1
I.S.S.N. 0990-3909

Avertissement de la dix-neuvième édition

Ce manuel de droit administratif est désormais conçu dans un esprit sensiblement différent de celui qui l'avait inspiré à l'origine.

Lorsque fut rédigée, en 1946, par André de Laubadère la première édition, le manuel avait été destiné principalement aux étudiants de licence en droit. Les difficultés de l'époque (pénurie du papier) et la limitation aux seules grandes théories du programme de droit administratif alors en vigueur (un cours annuel en 2^e année de licence pour l'ensemble du droit administratif) expliquent le caractère très concis et les dimensions réduites de l'ouvrage. En même temps, du reste, celui-ci paraissait pouvoir servir d'instrument élémentaire d'initiation au droit administratif pour des utilisateurs autres que les étudiants.

Depuis, les changements intervenus dans les études de licence et de maîtrise en droit, la place beaucoup plus grande qui y est ménagée au droit administratif font que ce manuel n'est plus réellement adapté à la formation des étudiants qui souhaitent acquérir une connaissance approfondie du droit administratif.

Aussi a-t-on pensé, tout en lui conservant le caractère d'instrument d'initiation générale au droit administratif correspondant à son second objectif, qu'il convenait de substituer à son utilité universitaire primitive une autre utilité voisine mais différente et de l'y adapter par les changements que requiert cette substitution.

Cette nouvelle utilité a été recherchée dans la direction des divers et nombreux concours administratifs ou d'accès à des écoles spécialisées, préparés dans le cadre des instituts de préparation à l'administration générale (IPAG), des instituts d'études judiciaires, des écoles de formation des avocats ou en dehors de ces centres, ou encore d'autres concours ou sélections faisant une place à une connaissance générale et synthétique de l'essentiel du droit et des institutions administratifs.

Toutes ces formations, tous ces concours comportent des programmes dans lesquels figurent les institutions administratives et les principaux chapitres du droit administratif. Si ces programmes diffèrent, sur certains points, de l'un à l'autre, ils présentent une grande majorité de parties communes.

C'est en fonction d'eux que le contenu de ce manuel a été remanié, en vue de couvrir en totalité la partie administrative des programmes en question. Ce remaniement a conduit, sans modifier l'allure générale de l'ouvrage, à revoir chaque question attentivement dans l'esprit que l'on vient de définir et à procéder, à un certain nombre d'adjonctions.

Après le décès d'André de Laubadère, les rééditions successives du manuel ont été d'abord assurées avec le concours de Monsieur Jean-Claude Venezia, professeur à l'Université de Paris II. Elles ont comporté, par la force des choses et parce que la matière a considérablement évolué (en se compliquant), non seulement des ajouts, mais des réaménagements importants touchant souvent au fond des questions abordées.

On s'est attaché cependant à rester fidèle à la doctrine, à la méthode et aux exceptionnelles qualités de clarté de celui qui fut et demeure un des Maîtres du droit administratif français.

Par la suite, le professeur Jean-Claude Venezia a souhaité être libéré de la charge des rééditions successives. Mieux que quiconque, depuis que j'assume seul la responsabilité de cet ouvrage, je mesure la gratitude qui lui est due pour avoir mis un temps durant sa compétence et ses talents au service de la continuité d'un ouvrage qui était cher à André de Laubadère.

Yves GAUDEMET

Introduction

Le droit administratif. — Le droit administratif est le droit applicable à l'administration, au double sens de ce mot qui désigne à la fois une *organisation* et une *activité*.

Au premier sens, l'« *administration* » est l'ensemble des organismes et autorités qui, sous l'impulsion générale des pouvoirs politiques, assurent les multiples interventions de l'État moderne dans la vie sociale : pouvoir central autour des ministres et du Premier ministre, autorités locales, telles que préfets, maires, conseils généraux et municipaux, organismes publics spécialisés.

En un second sens, l'« *administration* » est une activité, l'activité même qu'assurent tous les organes que l'on vient de nommer et qui les met en rapports multiples et divers avec les administrés (fournisseurs, usagers, victimes des accidents qu'ils peuvent provoquer, contribuables, etc.). Le droit administratif est encore le droit applicable à cette activité et à ces rapports.

Plan du manuel. — Le manuel sera divisé en cinq parties :

Première partie, *Les bases du droit administratif français*.

Deuxième partie, *L'organisation administrative*.

Troisième partie, *L'action de l'administration*.

Quatrième partie, *La fonction publique*.

Cinquième partie, *Le droit des biens*.

Bibliographie. — A) *Traités et manuels*. — Les traités et manuels cités ci-dessous ont été conçus en fonction des programmes de droit administratif du diplôme d'études universitaires générales (DEUG) et de la licence en droit ; dans ces programmes, les questions correspondant aux cinq parties du présent manuel se trouvent réparties entre la seconde année de DEUG et l'année de licence. Le droit de la fonction publique et celui des interventions économiques de la puissance publique sont parfois enseignés en année de maîtrise.

J.-L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général* (correspond aux trois premières parties du manuel) (2004).

G. Braibant et B. Stirn, *Le droit administratif français* (2005).

R. Chapus, *Droit administratif général* (2 vol.) (2001).

Ch. Debbasch et F. Colin, *Droit administratif* (2004).

G. Dupuis, M. J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif* (correspond aux trois premières parties du manuel) (2007).

J.-M. de Forges, *Droit administratif* (correspond aux trois premières parties du manuel) (1998).

P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif* (correspond aux trois premières parties du manuel) (2006).

Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif* (les deux premiers volumes et le volume cinq correspondent à l'ensemble du manuel) (2002/2008).

G. Lebreton, *Droit administratif général* (2009).

M. Lombard et G. Drumont, *Droit administratif* (correspond aux trois premières parties du manuel) (2005).

J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif* (2 vol.) (2007).

J. Moreau, *Droit administratif* (1989).

M.-C. Rouault, *Droit administratif* (2 vol.) (correspond aux trois premières parties du manuel) (2008).

B. Seiller, *Droit administratif* (2 vol.) (correspond aux trois premières parties du manuel) (2005).

D. Truchet, *Droit administratif* (correspond aux trois premières parties du manuel) (2008).

G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif* (2 vol.) (correspond aux trois premières parties du manuel) (1992).

J. Waline, *Droit administratif* (correspond aux trois premières parties du manuel) (2008).

B) *Répertoires et thèses*. — *Jurisclasseur administratif* (mises à jour périodiques par feuilles intercalaires). — *Encyclopédies Dalloz ; répertoire de droit public et administratif ; contentieux administratif ; responsabilité administrative ; collectivités locales* — *La Bibliothèque de droit public (LGDJ) publie les principales thèses de droit public*.

C) *Recueils de textes et de jurisprudence*. — 1° Pour les textes : *code administratif Dalloz*. — 2° Pour la jurisprudence : J.-F. Lachaume et H. Pauliat, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence* (2007). — M. Long, P. Weil et G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (2009) — *Recueil des décisions du conseil d'État* (dit « *Recueil Lebon* »). — 3° Voir aussi, Y. Gaudemet, B. Stirn, T. dal Farra et F. Rolin, *Les grands avis du conseil d'État* (2008).

D) *Périodiques* : *Revue du droit public*. — *Actualité juridique — droit administratif*. — *Revue administrative*. — *Recueil Dalloz*. — *Sirey*. — *Jurisclassueur périodique (Semaine juridique)*. — *Revue française de droit administratif*. — *Revue juridique d'économie publique (auparavant : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz)*. — *Droit administratif*. — *Revue de droit immobilier*.

Principales abréviations. — AJDA : *Actualité juridique — droit administratif*. — C. cass. : *Cour de cassation*. — CAA : *Cour administrative d'appel*. — CE : *Conseil d'État*. — CJCE : *Cour de justice des communautés européennes*. — CEDH : *Cour européenne des droits de l'homme*. — D. : *Recueil Dalloz*. — D. adm. : *Droit administratif*. — JCA : *Jurisclassueur administratif*. — JCP : *Jurisclassueur périodique (Semaine juridique)*. — Rev. adm. : *Revue administrative*. — RDP : *Revue du droit public*. — Rec. : *Recueil officiel des décisions du conseil constitutionnel*. — Rec. Lebon ou Leb. : *Recueil des décisions du conseil d'État*. — RFDA : *Revue française de droit administratif*. — RJEP : *Revue juridique d'économie publique (auparavant, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz)*. — TA : *Tribunal administratif*. — TC : *Tribunal des conflits*.

Première partie

Les bases du droit administratif français ¹

Dans les États modernes, l'activité de l'administration est soumise au droit et au contrôle du juge. L'administration ne dispose pas d'un pouvoir arbitraire ; comme les particuliers, elle doit observer des règles de droit ; si elle les enfreint, les administrés peuvent s'adresser à des tribunaux pour faire sanctionner ces manquements. C'est le système dit de l'« État de droit » ou « État légal ».

Lorsque le droit auquel est soumise l'administration est lui-même d'essence libérale, il assure la garantie des administrés vis-à-vis de l'État et protège leur liberté ; il constitue la forme élémentaire du libéralisme appliqué à l'administration. Un système administratif sera d'autant plus libéral que le droit auquel l'administration doit se plier sera plus précis et développé et que sera plus large et facile l'accès des administrés aux tribunaux chargés de contrôler l'administration.

La France pratique le système de l'État de droit. Mais elle le pratique sous une forme originale.

1. L'originalité du système français

Si, dans l'État moderne, l'administration est soumise au droit et au juge, il reste à savoir de quel droit il s'agit et de quel juge.

Il existe en effet un choix entre deux solutions théoriquement possibles. On peut soumettre l'administration au même droit et aux mêmes juges que les particuliers, c'est-à-dire au droit privé et aux tribunaux judiciaires ; ou bien créer pour l'administration un droit spécial et des tribunaux spéciaux. À ces deux solutions correspondent les deux grands types de systèmes administratifs modernes.

1. G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, n° 8, p. 21 et s. - Ch. Eisenmann, *La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif »*, RDP, 1972, p. 1345 et s.

- Le type anglo-saxon

L'Angleterre, les États-Unis n'ont pas, dit-on (ou plutôt disait-on) couramment, de droit administratif. Cela veut-il dire que l'administration n'est pas soumise au droit ? Nullement. Bien au contraire, c'est au nom même du libéralisme que les anglo-saxons répugnent à accepter l'idée du droit administratif ; ils veulent que les personnes et agents publics soient soumis au droit dans les mêmes conditions que les autres citoyens.

Pas de droit administratif signifie pas de droit spécial pour l'État, ni surtout de juge spécial. L'administré, en litige avec l'État, s'adressera au juge de droit commun, aux tribunaux ordinaires. C'est le « règne de la loi », la même pour tous et également au-dessus de tous.

- Le type français

À l'opposé, le système français repose sur l'existence d'un droit spécial, applicable aux rapports dans lesquels l'administration est engagée, et de tribunaux spéciaux pour juger les litiges où elle est en cause. C'est là que réside l'originalité du système français ; elle tient à ce que la France possède un droit administratif (au sens technique de cette expression, c'est-à-dire droit autonome, différent de celui du droit civil) et à ce qu'elle a organisé en dehors des tribunaux judiciaires une juridiction administrative composée de tribunaux spéciaux dont le plus important est le conseil d'État.

La réunion de ces deux éléments (droit administratif — juridiction administrative), étroitement solidaires l'un de l'autre, constitue le régime administratif. Le régime administratif est la base et la marque propre du système français.

Le système français de droit administratif, dont les éléments essentiels sont présents dès Richelieu, est un produit de l'histoire nationale française. Cela explique que si, pour beaucoup de ses aspects, il a exercé une grande influence à l'étranger, il n'a été reproduit nulle part en son entier.

Il est juste d'ajouter ici que l'opposition de principe qui vient d'être faite entre le système anglais et le système français tend à s'atténuer : le premier admet aujourd'hui l'existence d'un droit administratif spécifique et le second fait une part à l'application du droit privé, sous le contrôle du juge judiciaire, à plusieurs aspects de l'action administrative, notamment dans le droit de la responsabilité.

2. Le libéralisme dans le système français

Une formule telle celle qu'on vient de décrire comme caractérisant le régime français de droit administratif reste-t-elle d'essence libérale ?

N'a-t-elle pas la signification d'un système de privilège en faveur de l'administration ? On peut en effet se demander si un droit spécial

et un juge spécial pour l'administration ne sont pas synonymes de droit d'exception et de privilège de juridiction à son profit.

Ce sont précisément ces craintes qui ont suscité chez les anglo-saxons une prévention à l'encontre du régime administratif, derrière lequel ils voient poindre la menace d'un système à base de prérogative.

Il est certain que la formule française aurait pu, à l'épreuve, s'orienter dans ce sens, prendre une direction antilibérale. Il aurait pu se faire notamment que le droit spécial de l'administration valorise et multiplie les solutions exorbitantes en faveur de l'administration ; il aurait pu se faire que les tribunaux administratifs se considèrent comme ayant avant tout pour mission de défendre les prérogatives de l'État.

S'il n'en a pas été ainsi, c'est que les tribunaux administratifs (et au premier plan le conseil d'État) ont largement développé leur rôle de protecteurs des droits des administrés. Ils l'ont fait de deux façons : en alimentant, par voie jurisprudentielle, une légalité de garanties à l'égard des administrés et en ouvrant largement à ceux-ci l'accès au juge ; et ils l'ont fait dans deux domaines, celui de la légalité et celui de la responsabilité.

1° La juridiction administrative française a considéré comme une de ses tâches essentielles d'obliger l'administration à respecter la loi. Elle s'est faite le gardien de la légalité.

2° La juridiction administrative a développé, à côté de la règle de la légalité, la règle complémentaire de la responsabilité de la puissance publique.

Les principes de la légalité et de la responsabilité administratives constituent ainsi deux facteurs de libéralisme dans le régime administratif français, *a priori* protecteur de la liberté d'action de l'État.

On va, dans la première partie de ce livre, analyser la notion de régime administratif, élément original du système français, et les principes de légalité et de responsabilité, qui maintiennent à ce système son sens libéral. Ce sont par là les bases du droit administratif français que l'on aura décrites.

Titre 1

Le régime administratif

L'existence d'un droit administratif et celle d'une juridiction administrative sont les éléments originaux du système français ; mais il convient aussi de s'interroger sur le critère d'application de ce droit administratif largement lié à la compétence de la juridiction administrative et déterminé par celle-ci.

On étudiera successivement : 1° Le droit administratif ; 2° Le critère du droit administratif ; 3° La juridiction administrative.

Chapitre 1

Le droit administratif

Le premier élément du régime administratif est l'existence d'un droit administratif différent du droit privé. Quels en sont les caractères essentiels ?

Section 1

Le droit administratif est un droit autonome

§ 1. Manifestation de l'autonomie du droit administratif

L'autonomie du droit administratif tient d'abord à ce que celui-ci constitue un ensemble complet, avec son système de sources — dans lequel la source jurisprudentielle occupe une place essentielle, au sens exact du terme —, avec une juridiction spécifique et avec des principes de droit qui lui sont propres.

C'est en effet là l'autre aspect de l'autonomie du droit administratif, celle-là matérielle, tenant à l'application de principes et règles de droit spécifiques. Dans tous les chapitres du droit administratif on aura l'occasion de voir s'appliquer des théories et règles originales, souvent différentes de celles du droit civil et partant de principes différents qui font leur place aux considérations d'intérêt général.

À cela s'ajoute encore le principe que les solutions du droit privé ne sont reprises par le droit administratif qu'au bénéfice d'une réception par celui-ci ; cette réception pouvant elle-même — lorsqu'elle a lieu — consister en la reprise littérale de la règle de droit privé ou en la référence aux seuls principes qui sont à l'origine de cette règle et qui la fondent.

La situation juridique du fonctionnaire public, la condition juridique du domaine public, le régime des contrats ou celui de la responsabilité de l'administration sont soumis à des règles différentes de celles qui, en droit civil, régissent les situations similaires dans lesquelles les particuliers peuvent se trouver entre eux.

Ainsi, l'inaliénabilité du domaine public, le pouvoir qu'a l'État de modifier sans leur consentement la situation de ses fonctionnaires, d'imposer unilatéralement une charge nouvelle à son co-contractant font différer plus ou moins sensiblement ces constructions du droit administratif des régimes correspondants du droit privé.

§ 2. Sens de l'autonomie du droit administratif

Il ne faut pas croire que cette autonomie du droit administratif soit toujours dans l'intérêt de l'administration ; les règles spéciales du droit administratif sont parfois moins favorables pour elle que ne le seraient les règles du droit civil : la théorie du risque en matière de responsabilité, celle de l'imprévision en matière de contrats sont des exemples de théories spéciales du droit administratif favorables aux administrés. D'autres principes encore sont fondamentalement protecteurs des administrés.

Cependant le caractère exorbitant du droit administratif se traduit par l'existence de prérogatives de droit public qui n'ont pas d'analogie dans le droit privé. Ces prérogatives sont à base de coercition et se manifestent par l'emploi de l'acte unilatéral. Elles permettent à l'administration de déterminer unilatéralement la situation et les droits des administrés dans le respect de la loi et, par là, contrastent avec les techniques du droit privé, dominées par le principe de l'égalité des volontés et la forme juridique du contrat.

C'est par exemple : le pouvoir d'imposer aux particuliers des prescriptions soit générales (pouvoir réglementaire) soit individuelles, voire de formuler des injonctions (ordres de faire sanctionnés) ; le pouvoir de contraindre les particuliers à fournir des biens ou des prestations en argent (pouvoir d'expropriation, de réquisition, de taxation) ; le pouvoir d'imposer au particulier le rôle de demandeur dans l'instance en justice (privilège du préalable).

Les prérogatives de droit public sont parmi les « procédés de droit public » ceux qui traduisent de la manière la plus spectaculaire la spécificité du droit administratif.

§ 3. Portée de l'autonomie du droit administratif

L'autonomie du droit administratif n'a pas une portée absolue. La règle de droit administratif n'est pas toujours et nécessairement *autre* que celle du droit privé. On doit à cet égard distinguer trois hypothèses.

1° Tantôt le droit administratif est, par son contenu, *différent du droit privé*, soit qu'il n'y ait pas de correspondant (cas des prérogatives de droit public), soit que les théories correspondantes y revêtent des formes originales avec des règles différentes (théories de la propriété, du contrat, de la faute, devenue la « propriété administrative », le « contrat administratif », la « faute administrative »).

2° Tantôt la règle de droit administratif est *la même* que la règle correspondante de droit privé, mais cela ne signifie pas pour autant que le droit administratif perde alors son autonomie ; il se trouve seulement que chaque droit applique une règle identique parce qu'en la matière les besoins sont les mêmes dans les deux disciplines. Tout au plus peut-on dire dans ces hypothèses que le droit administratif *s'inspire* du droit privé ou encore des principes qui sont eux-mêmes à l'origine de la règle de droit privé.

La spécialité du droit administratif se révèle alors extérieurement par le fait que le juge administratif *ne vise pas le texte de droit civil* énonçant la règle similaire.

3° Tantôt enfin — dans des cas que l'on rencontre surtout dans la matière des obligations — le juge administratif *applique* une règle de droit privé *en visant expressément le texte de la loi civile*. Il y a bien alors application directe au droit administratif de règles empruntées au droit civil et dans cette mesure le droit administratif cesse d'être matériellement autonome.

Section 2

Le droit administratif français est d'origine surtout jurisprudentielle

Comme tout droit, le droit administratif français est issu des sources habituelles qui sont la *loi* et la *jurisprudence*. Mais le débit respectif de ces sources est ici caractérisé par l'importance de la seconde. Quant à la *coutume*, elle ne joue dans la formation du droit administratif qu'un rôle relativement faible, voire inexistant.

§ 1. Le droit écrit

La source législative ou écrite (au sens large, c'est-à-dire lois et règlements) est naturellement présente. Il y a de grands textes en droit administratif : lois du 10 août 1871 organisant le département, du 5 avril 1884 organisant la commune française (actuellement code général des collectivités territoriales), statut général des fonctionnaires depuis 1946 (aujourd'hui, lois des 13 juillet 1983, 11 janvier 1984, 26 janvier 1984 et 9 janvier 1986), ordonnance du 23 octobre 1958 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, lois du 2 mars et du 22 juillet 2002 sur la décentralisation, code de justice administrative du 4 mai 2000, code général de la propriété des personnes publiques du 21 avril 2006, etc. Il y a aussi un fonds de textes législatifs et réglementaires régissant ce que l'on appelle les diverses « matières administratives », c'est-à-dire l'organisation de tel ou tel service public, le statut de telle ou telle institution.

Ce droit administratif écrit est même plus important, au moins en quantité, aujourd'hui qu'hier.

§ 2. La jurisprudence

Mais c'est avant tout la jurisprudence administrative qui historiquement a élaboré ce droit spécial qu'est le droit administratif. On parle en ce sens du caractère prétorien du droit administratif. Le travail jurisprudentiel porte naturellement sur les domaines mêmes où existent des textes ; sur eux vient se broder une interprétation jurisprudentielle abondante et parfois hardie : la théorie de l'expropriation est le résultat d'une jurisprudence qui, greffée sur la loi de 1841, l'a considérablement développée.

Mais le plus frappant est la construction complète de règles et théories dégagées uniquement par le juge. On peut citer à titre d'exemple : la théorie de la responsabilité administrative, la théorie du pouvoir de police, la théorie du recours pour excès de pouvoir.

L'importance créatrice de la jurisprudence administrative française contribue à lier l'une à l'autre les deux notions de droit administratif et de juridiction administrative : le caractère spécial du droit administratif postule un juge spécial pour l'appliquer ; en retour c'est ce juge qui élabore ce droit spécial. Entre les deux notions constitutives du régime administratif s'est créée historiquement ainsi une étroite solidarité.

La nature originellement jurisprudentielle de notre droit administratif le distingue encore du droit civil qui est surtout un droit écrit ; enfin elle est une des raisons de son aspect mouvant, sur lequel on reviendra dans le paragraphe suivant.

Cependant, aujourd'hui, le pouvoir créateur de la jurisprudence se manifeste davantage dans le détail ou encore sur des questions de procédure et de droit du contentieux : c'est le législateur ou l'autorité réglementaire — donc des sources écrites — qui déterminent les grandes évolutions du droit administratif actuel. S'y ajoute aussi la part toujours plus importante du droit communautaire et aussi du droit issu des traités internationaux en général.

§ 3. La codification

Il faut dire enfin un mot de la codification administrative. La préparation du travail de codification de l'ensemble des matières juridiques, et notamment des textes de droit administratif, a été confiée à une commission supérieure de codification, créée par un décret du 12 septembre 1989, pour succéder à l'ancienne commission de codification « chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires » qui avait été instituée par un décret du 10 mai 1948.

La commission fixe la programmation des codifications à établir, détermine les méthodes et coordonne les travaux. Une commission adjointe s'occupe de la codification des textes applicables dans les territoires d'outre-mer.

1. La codification à droit constant

Le décret précité du 12 septembre 1989 confie à la commission de codification une mission générale de détermination des méthodes et du calendrier de la codification, les différents projets de codes étant préparés par des groupes de travail constitués auprès d'elle et chargés de recenser et d'ordonner les textes en vigueur à codifier.

Selon la circulaire du 30 mai 1996 du ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État « les codes sont produits en retenant la présentation des textes dans la rédaction en vigueur au moment de la codification, sans mêler à cet effort une réforme du fond du droit ». Telle est la portée de ce que l'on nomme « la codification à droit constant ». La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration a consacré son article 3 à la codification à droit constant, parmi les dispositions relatives à « l'accès aux règles de droit » : « la codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette

codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ».

Cette dernière liberté donnée au codificateur, invitant, au nom de la « cohérence rédactionnelle » des textes, notamment à « assurer le respect de la hiérarchie des normes », peut poser de redoutables problèmes ; et notamment celui-ci, qui ne semble pas avoir été envisagé par les auteurs de la loi du 12 avril 2000 ni par la commission de codification : quel sort faire dans le code à des dispositions législatives dont l'abrogation a été refusée par le conseil constitutionnel (cas du code de l'éducation dans ses dispositions relatives à l'enseignement supérieur) ou encore de dispositions législatives ou réglementaires manifestement contraires au droit conventionnel, spécialement au droit communautaire ou européen, sachant que l'administration — comme le juge — est normalement tenue de laisser sans application de tels textes inconventionnels ?

Des erreurs ou imprécisions techniques peuvent d'autre part entacher le travail de codification.

2. La codification hors droit constant

Parallèlement à cette codification dite « à droit constant », le souci de « simplifier le bloc législatif » a conduit, afin de procéder à une « remise en ordre par un exercice général de codification et de simplification des textes », à l'élaboration de codes à droit non constant, sur la base de lois d'habilitation autorisant à adopter la partie législative de ces codes par voie d'ordonnances.

Le conseil constitutionnel a admis le principe d'une codification par voie d'ordonnance sur la base d'une loi d'habilitation générale laquelle « peut comprendre toute matière qui relève de la loi en application de l'article 34 de la Constitution », rappelant d'autre part que « le principe de la codification à droit constant... s'oppose à ce que soit réalisée une modification de fond des matières législatives codifiées » et dégageant à cette occasion un « objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », rattaché à la « garantie des droits » consacrée elle-même par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ¹.

1. C. const. 16 déc. 1999, RFDA, 2000, p. 500 ; D. adm., 2000, p. 16 ; AJDA, 2000, p. 31, chron. J.-E. Schoettl.

Section 3

Le droit administratif français est un droit évolutif

En tant que droit spécial, le droit administratif français est une création récente, même s'il a largement puisé dans les notions et les techniques du droit administratif de l'Ancien Régime. C'est dans le dernier tiers du XIX^e siècle qu'il a vraiment commencé de se dégager du droit privé comme système de droit autonome.

Longtemps le droit administratif est resté tributaire des conceptions civilistes et dominé par elles ; le droit civil faisait figure de droit commun qui n'était écarté que dans la mesure où des textes exprès créaient des règles spéciales. Il a fallu un gros effort pour dégager le droit public de ces traditions. Cet effort est dû à la fois à la juridiction administrative et à la doctrine des auteurs qui, en systématisant les règles jurisprudentielles, ont manifesté l'originalité du droit administratif et l'ont amené à prendre conscience de sa propre existence. Il faut signaler comme ayant le plus puissamment contribué à cet effort Laferrière qui fut le premier de ces grands auteurs (« Traité de la juridiction administrative », 1886), puis au début du XX^e siècle Hauriou, Duguit, Jèze.

Mais cette jeunesse du droit administratif ne l'empêche pas d'avoir profondément évolué. Beaucoup de ses règles et théories ont déjà subi des changements importants ; on peut dire, par exemple, que la théorie de la responsabilité de l'administration est presque aux antipodes de ce qu'elle était au XIX^e siècle.

C'est que le droit administratif est, par nature, très évolutif, très mouvant ; il l'est beaucoup plus que le droit civil. Cela tient d'abord à ce qu'il a été surtout jurisprudentiel ; la jurisprudence est un instrument très souple d'élaboration du droit ; elle adapte constamment le droit aux besoins nouveaux, généralement par retouches successives, procédant, a-t-on dit, comme la nature, rarement « par bonds ».

À côté de cette raison technique, il y a une raison profonde à l'évolution du droit administratif : c'est que les rapports sociaux dont ce droit exprime les besoins, c'est-à-dire les rapports entre l'État et l'individu ou les groupes privés, se transforment plus vite que les rapports entre particuliers : la conception de l'État, de son rôle, de ce qu'il doit assurer aux citoyens et exiger d'eux sont des données plus mouvantes que les exigences du commerce juridique entre individus. On aura fréquemment l'occasion de montrer cette influence de la vie administrative et de ses transformations (surtout intenses depuis le début du siècle) sur l'évolution des règles et théories du droit administratif.

Enfin aujourd'hui l'évolution du droit administratif est largement commandée par la nécessité d'intégrer dans notre droit public des règles

du droit communautaire dérivé et les orientations et principes dégagés par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme et par celle de la cour de justice des communautés. Cela concerne le droit du contentieux administratif, mais aussi celui de la fonction publique, les interventions économiques des collectivités publiques, le droit des marchés ou encore celui des sanctions administratives.

Dans l'ordre interne, la jurisprudence du conseil constitutionnel impose aussi d'importantes mutations ².

2. V. J. Chevallier *et al.*, *Le droit administratif en mutation*, CURAPP, collectif, 1993.

Chapitre 2

L'objet et le critère du droit administratif

Dans la mesure — et c'est la réponse aujourd'hui dominante — où est retenu un principe d'autonomie du droit administratif, corps de règles distinct du droit privé, quel est précisément le fondement de ce principe, la notion de base à partir de laquelle se construit et s'ordonne le droit administratif ? Quelle est la considération de fond qui justifie cette autonomie et en donne en même temps la mesure ?

Si en effet, on réduit le droit administratif à une juxtaposition de solutions particulières dérogatoires au droit commun, il suffit de prendre acte de ces dérogations. Au contraire dès lors que l'on admet une autonomie d'ensemble du droit administratif, non pas dérogation au droit privé mais système parallèle de droit ayant sa cohérence et son domaine naturel d'application, se pose la question du principe explicatif de ce système de droit.

Dans la pratique cette question s'est surtout posée en terme de compétence contentieuse. L'application du droit administratif, en cas de litiges, est en effet le lot presque exclusivement de juridictions administratives, distinctes des juridictions judiciaires. Pour déterminer leur compétence, les juridictions administratives ont donc à s'interroger sur les contours exacts de ce régime administratif ; tout naturellement se dégagent de leurs décisions, rapprochées et systématisées, des indications, d'ailleurs difficiles à saisir et non exemptes de contradictions, sur le ou les principes explicatifs du régime administratif ou, comme l'on dit souvent, sur les « notions » caractérisant l'autonomie du droit administratif.

Ainsi, la recherche d'un critère général du régime administratif a été menée historiquement de façon paradoxale. C'est la sphère de compétence du juge administratif qui, pour l'essentiel, détermine le champ du régime administratif. Alors que logiquement les compétences contentieuses ne sont qu'une conséquence, parmi d'autres, de l'application d'un régime juridique déterminé, la doctrine de droit public est au contraire partie des décisions de justice et a cherché à discerner, dans leur rapprochement

et leur systématisation, les éléments explicatifs du régime administratif qui en marquent d'autre part les frontières.

Section 1

Évolution historique

La recherche du critère du droit administratif a alimenté des réflexions abondantes et à peu près continues. Celles-ci ont pesé sur les solutions positives et notamment sur les principes de partage des compétences entre le juge administratif et judiciaire, rétablissant ainsi une ligne logique entre une définition d'ensemble du régime administratif et ses conséquences contentieuses.

Mais les critères proposés étaient eux-mêmes tributaires d'une évolution accélérée de la vie administrative, de ses modalités, de ses objectifs et de l'élargissement de son domaine. Ce qui explique la *succession de critères* qui, pour une part, sont les points d'aboutissement de réflexions différentes, mais surtout traduisent les états d'activités administratives très rapidement changeantes.

Aujourd'hui, la discussion semble un peu épuisée pour cette même raison de fond : à partir de prémices différentes, la plupart des auteurs s'accordent à considérer, soit que les critères du régime administratif sont plusieurs, soit qu'autour d'un critère principal, place doit être faite à des critères supplétifs ou correcteurs.

§ 1. Le critère de la puissance publique

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, c'est la référence à la notion de *puissance publique* qui fonde le régime administratif.

L'État, disait-on, est une personne morale dotée d'une qualité particulière : la souveraineté ou puissance publique ; ses rapports avec les particuliers sont des rapports entre personnes inégales ; le droit privé, fait pour des personnes égales entre elles, ne peut être valable pour les rapports de l'État et des individus ; c'est pourquoi il faut pour ces rapports un droit spécial ; telle est la justification du droit administratif.

Cette conception générale était complétée par une distinction fondamentale : la distinction entre les actes de puissance publique et les actes de gestion.

On admettait que l'État n'agit pas toujours en qualité de puissance publique. Il ne se présente avec cette qualité que lorsqu'il agit sous

forme d'ordres, interdictions, réglementations, bref, en manifestant une volonté commandante ; les actes qu'il accomplit ainsi sont des actes d'autorité ou de puissance publique. Mais il peut aussi se comporter comme un simple particulier, traiter d'égal à égal avec les administrés, par exemple conclure avec eux des contrats ; ce sont les actes de gestion.

C'est seulement lorsque l'État agit en qualité de puissance publique qu'il y a lieu d'appliquer le droit administratif et, par conséquent, de faire intervenir la compétence des tribunaux administratifs. Pour les activités de gestion réapparaissent le droit privé et la compétence des tribunaux judiciaires.

§ 2. Heurs et malheurs du critère du service public

La théorie que l'on vient d'exposer, et notamment la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, s'est révélée dans la pratique très incertaine ; la notion même de puissance publique ou de souveraineté a été vivement critiquée par les théoriciens modernes, notamment Duguit.

La notion de service public, une fois formée et précisée, s'est alors substituée à celle de puissance publique comme fondement et cadre d'application du régime administratif. On peut définir sommairement le service public comme une activité d'intérêt général gérée par une personne publique ou sous son contrôle, selon un régime exorbitant du droit commun (ce dernier élément restant discuté en doctrine) ; c'est lorsqu'il y a service public, et seulement dans ce cas, que s'applique le droit administratif et que la juridiction administrative devient compétente.

Ce principe essentiel a été dégagé par la doctrine à la fin du XIX^e siècle, en s'appuyant — assez artificiellement, il faut bien le dire — sur un arrêt du tribunal des conflits antérieur de plusieurs années, l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873¹ rendu à l'occasion d'un accident causé par le fonctionnement d'une manufacture de tabacs de l'État ; on y lit ceci : « la responsabilité qui peut incombler à l'État du fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être réglée par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier..., elle a ses règles spéciales... » (d'où compétence des tribunaux administratifs). L'arrêt *Blanco* lie ainsi à la notion de service public : 1^o l'application des règles spéciales du droit administratif ; 2^o la compétence de la juridiction administrative.

1. S. 1873.3.153, concl. David.

La relation entre le service public et le régime administratif a paru à une certaine époque tellement étroite que la doctrine a cru pouvoir les assimiler l'un à l'autre sans aucune réserve. C'est la théorie de l'école dite « école du service public » (Duguit, Jèze, Bonnard).

Mais cette présentation a dû être à son tour abandonnée à partir du moment où l'on a constaté l'existence de services publics industriels et commerciaux, toujours plus nombreux, organisés et gérés selon les procédés du droit privé et développant une activité qui ressortit à la compétence du juge judiciaire.

On a assisté alors à une pénétration du droit privé et de la compétence judiciaire et par suite à une concurrence du droit privé et du régime administratif dans la gestion même des services publics. La jurisprudence a consacré et développé cette évolution.

Au terme de l'évolution, certains auteurs estiment aujourd'hui que la notion de service public ne joue plus aucun rôle en droit administratif français. Cette opinion est excessive et la jurisprudence continue d'attacher à la présence du service public d'importantes conséquences.

Mais sa présence ne constitue plus une condition suffisante pour que s'appliquent le droit administratif et la compétence de la juridiction administrative.

À l'intérieur du cadre des services publics un autre critère intervient aujourd'hui pour limiter l'application du droit administratif. Ce critère complémentaire nouveau réside dans la distinction entre ce qu'on appelle aujourd'hui la *gestion publique* et la *gestion privée* : le régime administratif n'intervient que lorsque l'activité de service public s'exerce sous la forme de la gestion publique dans des conditions exorbitantes du droit commun manifestant ce que l'on a appelé un régime de puissance publique.

A Les services publics industriels et commerciaux

C'est à propos des services publics industriels et commerciaux qu'a été réalisée l'extension la plus remarquable du droit privé à certains services publics. L'idée générale que la jurisprudence a retenue est que de tels services fonctionnant dans des conditions analogues à celles des entreprises des particuliers doivent être en principe soumis au droit privé².

Deux questions fondamentales se sont alors posées : À quoi reconnaît-on qu'un service public est « industriel ou commercial » ? Quelles sont, dans son régime, les parts respectives du droit public et du droit privé ?

2. C'est à partir de 1921 que s'est développée cette jurisprudence. Elle a été inaugurée par l'arrêt du tribunal des conflits, du 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte-d'Ivoire*, S., 1924.3.34, concl. Matter (exploitation d'un bac dans une colo-

Critère du service public industriel ou commercial. — Sur la définition même du service public industriel et commercial, la jurisprudence est assez empirique. Elle incline à utiliser des critères de ressemblance extérieure ; selon elle, pour qu'il y ait service industriel et commercial, il faut sans doute d'abord que l'objet du service, son genre d'activité ait un caractère industriel ou commercial (opération de production ou d'échange), mais en outre il faut que l'organisation et le fonctionnement du service le fasse apparaître comme similaire d'une entreprise privée du même genre³. Ceci réserve le cas où les pouvoirs publics, par les règles selon lesquelles ils ont organisé le service, manifestent avoir voulu soustraire celui-ci, malgré son objet industriel ou commercial, au régime du service industriel pour le soumettre à celui des services administratifs.

Certains auteurs ont proposé — mais sans que leur point de vue ait été retenu par la jurisprudence — des critères plus rationnels, par exemple la référence aux définitions du droit commercial⁴.

Régime juridique. — Progressivement la jurisprudence a reconnu au droit privé et à la compétence judiciaire une place de plus en plus grande dans le régime du service industriel ou commercial. Il en a été ainsi notamment dans les domaines suivants.

1° Les rapports du service industriel et commercial avec les usagers⁵. Plus généralement, la jurisprudence, soucieuse de réaliser un bloc de compétence judiciaire, décide même depuis 1961 que les contrats conclus par les services publics industriels et commerciaux avec leurs usagers sont toujours et nécessairement des contrats de droit privé dont le contentieux relève du juge judiciaire⁶.

2° De même pour les rapports avec le personnel. Le conseil d'État voit dans ce personnel non des agents publics mais des employés soumis au droit privé⁷. Il a même limité en 1957 la catégorie du personnel de

nie), suivi de l'arrêt du conseil d'État, du 23 décembre 1921. *Soc. générale d'armements*, Rec. Lebon, p. 1109 (à propos d'un service public d'assurances).

3. TC, 22 janvier 1921 précité : « considérant qu'en effectuant, moyennant rémunération, des opérations de passage d'une rive à l'autre la Colonie exploite un service de transports dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire... » ; CE, 29 janvier 1932, *Kuhn*, S., 1923.3.101 : « considérant que la ville de Strasbourg ne gère pas ses grands établissements de bains dans des conditions différentes de celles où fonctionnent des entreprises privées similaires... ».

4. Chavanon, *Notion et régime juridique du service public industriel et commercial*, Th. Bordeaux, 1939 : le service public industriel ou commercial serait celui dont l'activité habituelle et principale consiste à accomplir des actes de commerce au sens du code de commerce.

5. CE, 23 décembre 1921, précité.

6. CE, 13 octobre 1961, *Établissements Campanon-Rey*, Rec. Lebon, p. 567 ; AJDA, 1962, p. 98, concl. Heumann, note de Laubadère ; TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, Rec. Lebon, p. 831, concl. Chardeau.

7. CE, 26 janvier 1923, *de Robert Lafrégeyre*, Rec. Lebon, p. 67 ; RDP, 1923, p. 237, concl. Rivet.

direction et de comptabilité auquel il reconnaissait jusque-là la qualité d'agent public, à deux personnes seulement : l'agent de direction le plus haut placé et le chef de la comptabilité lorsqu'il possède lui-même la qualité de comptable public ⁸.

3° De même encore pour les rapports avec les tiers victimes d'accidents (actions en responsabilité) ⁹.

Il résulte de tout cela que les services publics industriels ou commerciaux échappent au régime administratif dans de très larges proportions. Pour eux le droit privé et la compétence judiciaire constituent le principe. Pourtant, certaines règles du régime spécial de droit public leur sont applicables, qui régissent plus directement leur organisation.

C'est ainsi, on l'a vu, que leur directeur a la qualité d'agent public.

De même, le contentieux des mesures réglementaires concernant le statut du personnel relève du juge administratif lorsqu'il s'agit de mesures intéressant l'« organisation du service ». La règle d'abord admise lorsque le règlement émane d'une autorité administrative dirigeant le service ¹⁰, a été ensuite étendue au cas où le service industriel est géré par une personne privée et où le règlement émane de cette personne elle-même ¹¹. En revanche, le contentieux demeure judiciaire si le règlement ne touche pas aux éléments d'organisation du service public ¹². Récemment le tribunal des conflits a confirmé qu'un salarié de droit privé d'un établissement public industriel et commercial conserve cette qualité alors même qu'il a été mis à la disposition de l'État ¹³.

B Les services publics professionnels

Depuis la Seconde Guerre mondiale, la jurisprudence a trouvé une autre occasion de faire jouer de manière significative la concurrence du droit administratif et du droit privé à l'occasion d'une catégorie très

8. CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Rec. Lebon, p. 158 ; D., 1958, p. 378, concl. Mosset, note de Laubadère ; confirmé par CE, 28 mai 1979, *Chambre de commerce d'Angers*, D., 1980, p. 391, note R. Chapus.

9. CE, 29 janvier 1932, *Kuhn*, précité en note.

10. CE, 10 novembre 1961, *Missa et Association des résistants de la Radiodiffusion française*, Rec. Lebon, p. 636 ; AJDA, 1962, p. 40, concl. Ordonneau ; 13 janvier 1967, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF et a.*, *Droit social*, 1967, p. 363, concl. Galabert.

11. TC, 15 janvier 1968, *Époux Barbier*, RDP, 1969, p. 142, concl. Kahn ; 1968, p. 893, note Waline ; D., 1969, p. 202, note Auby ; *Droit social*, 1969, p. 51, note Savatier ; AJDA, 1968, p. 225.

12. TC, 12 juin 1961, *Rolland c/ SNCF*, Rec. Lebon, p. 886 ; AJDA, 1961, p. 606.

13. TC 15 décembre 2008, *préfet de la région Ile-de-France, M. Piedevache c/ Voies navigables de France*, RJEP juin 2009, p. 16, note H. Delesalle.

particulière de services publics caractérisés par une structure corporative (recrutement de leurs organes au sein de la profession) et chargés de tâches d'économie dirigée et de discipline interne de la profession.

Ces institutions s'étaient développées sous le régime de Vichy. Certaines ont disparu (tels les comités d'organisation de la loi du 16 août 1940) ; d'autres ont survécu transformées (ordre des médecins, ord. 24 septembre 1945 ; ordre des pharmaciens, ord. 5 mai 1945 ; etc.).

Le conseil d'État a admis que le contentieux et le régime de ces services ont un caractère mixte relevant pour certains de leurs aspects du droit administratif (décisions prises dans l'exécution du service public), pour d'autres du droit privé (fonctionnement intérieur, rapports avec le personnel) ¹⁴.

C Les services publics sociaux

S'inspirant du régime des services industriels ou commerciaux, la jurisprudence avait envisagé aussi d'appliquer le droit privé et la compétence judiciaire aux services publics sociaux, au moins à ceux d'entre eux qui « ressemblent » à des entreprises privées comparables ¹⁵ ou encore dans la mesure où leur fonctionnement met en cause des « rapports de droit privé » ¹⁶.

Mais cette construction est aujourd'hui abandonnée ¹⁷, sauf là où elle a été reprise par la loi.

D Les services publics gérés par des organismes privés

D'une façon générale, le service public peut être géré par un organisme privé au-delà même de la formule classique et ancienne de la concession de service public.

Le droit privé s'applique alors d'une manière générale au fonctionnement interne de l'organisme, à ses relations avec son personnel ; mais les décisions unilatérales prises par l'organisme dans le cadre de sa

14. CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt*, D. 1942, p. 140, concl. Ségalat ; 2 avril 1943, *Bouguen*, S. 1944.3.1, concl. Lagrange.

15. TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, D. 1965, p. 58, note Eisenmann, à propos d'une colonie de vacances.

16. CE, 5 février 1954, *El Hamidia*, JCP, 1954, p. 8136, concl. Mosset, à propos d'une caisse d'allocations familiales.

17. TC, 4 juillet 1983, *préfet de la Haute-Corse*, RDP, 1983, p. 1381, note J. M. Auby.

mission de service public constituent des actes administratifs¹⁸ ; le contentieux de sa responsabilité est administratif dans le cas seulement où l'organisme a reçu pour l'accomplissement de sa mission de service public des prérogatives de puissance publique et à la condition que ce soit l'exercice de ces prérogatives de puissance publique qui ait causé le dommage¹⁹.

Section 2

État actuel de la question

§ 1. Déclin de la notion de service public

Après avoir connu une remarquable fortune, la notion de service public, en tant que principe explicatif et notion-clef du droit administratif, a subi, dans la doctrine française, un déclin sensible, provoqué principalement par la constatation de divergences de plus en plus grandes entre la théorie abstraite du service public et le droit positif jurisprudentiel.

En résumé, la notion de service public a été présentée volontiers comme inopérante quant à ses conséquences juridiques et comme fuyante, sinon insaisissable, au regard de sa définition.

Ces critiques, de plus en plus développées après la dernière guerre, ont conduit la majorité des auteurs à des attitudes critiques allant de l'assignation d'un rôle diminué à la condamnation pure et simple et à l'accusation de « verbalisme » portée contre la survivance, dans le vocabulaire jurisprudentiel, de l'expression « service public ».

§ 2. Recherche de constructions nouvelles

On a présenté comme principe explicatif du droit administratif la notion d'utilité publique ou d'intérêt général. Mais, si cette notion anime effectivement tout le droit administratif, sa portée y est précisément trop générale pour qu'elle puisse servir de critère précis à l'application du droit administratif et à la compétence de la juridiction administrative.

18. CE, 13 janvier 1961, *Magnier*, Rec. Lebon, p. 33 ; RDP, 1961, p. 165 concl. Fournier.

19. CE, 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône*, AJDA, 1979, p. 22, chron. jur. ; D., 1979, p. 249, note P. Amselek et J. Waline.

En outre l'appréciation de l'« intérêt général » relève, comme d'ailleurs toute appréciation portée sur la finalité de l'action administrative, d'une démarche plus politique que juridique.

C'est surtout autour de notions dérivées de l'idée de puissance publique que la majorité de la doctrine cherche plutôt à construire aujourd'hui le droit administratif. Il s'agit d'une notion révisée de la puissance publique, non pas identifiée nécessairement à celle de « puissance commandante » et d'« activité d'autorité », mais synonyme d'action s'exerçant dans des conditions exorbitantes du droit commun, les éléments d'originalité qui caractérisent cette action pouvant consister aussi bien dans des sujétions et obligations exorbitantes à la charge de l'administration que dans des prérogatives et privilèges. Selon cette démarche, les éléments de détermination du régime administratif sont pris des caractéristiques juridiques des actes accomplis par l'administration, et non pas des objectifs, des fins poursuivis par l'édiction de ces actes. L'approche est matérielle (analyse du contenu de l'acte) et non plus téléologique (examen de ses finalités).

§ 3. Éléments de conclusion

L'évolution des idées, passablement complexe, et les controverses dont il vient d'être fait état ne doivent pas surprendre.

D'une part, en effet, les textes n'ont jamais donné de critère du champ d'application du régime administratif ; c'est donc de la jurisprudence relative aux problèmes de compétence juridictionnelle que les auteurs sont partis pour rechercher la notion de base du régime administratif.

D'autre part l'évolution des conceptions juridiques qui vient d'être rappelée n'est elle-même que le reflet d'une extension et d'une diversification ininterrompues des activités administratives. Parce qu'elles sont multiples et diverses par les moyens qu'elles mettent en œuvre, par leur objet, par les rapports qu'elles entretiennent avec les activités privées, les activités de l'administration répondent de plus en plus difficilement à un critère d'explication unique.

À l'extrême de cette évolution, on constate dans certains cas un renversement d'attitude à l'égard du régime administratif : considéré uniformément à l'origine comme protecteur des intérêts publics, comme spécialement adapté aux caractéristiques et aux besoins de l'administration, le régime administratif est parfois perçu aujourd'hui comme un handicap, une gêne, notamment dans l'administration économique et, pour cette raison, écarté au bénéfice du droit privé.

Ces considérations marquent les limites de toute tentative de rouvrir le débat sur des bases renouvelées en donnant une unité à l'explication par l'appel à une notion à la fois précise et vérifiée par le droit positif.

On peut en revanche dégager quelques éléments de clarification du débat, surtout sur le terrain de la méthode et du vocabulaire.

1° La distinction de base est entre une conception matérielle et une approche *finaliste* du régime administratif : selon la première démarche, l'application du droit administratif est déterminée par les *caractéristiques* de l'action administrative ; selon la seconde, elle résulte des *objectifs* poursuivis qui correspondraient à une mission, par essence celle de l'administration.

À ce titre il n'y a pas de différence de méthode entre la référence à la puissance publique dans sa conception initiale et la référence au service public. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de fournir un principe explicatif de l'application du régime administratif en prenant en considération la finalité de l'action administrative : exercice de la puissance publique ou mise en œuvre de services publics. On comprend de même comment la référence au service public est venue historiquement relayer l'appel à la puissance publique, cette évolution traduisant très fidèlement un changement de conception des buts de l'État et de ses interventions.

Mais on comprend aussi que ces notions finalistes sont de l'ordre du *politique*, qu'elles font appel à un jugement de valeur, qu'elles sont pour tout dire subjectives et donc impropres à servir de critère à l'application du régime administratif.

2° Il faut donc s'en tenir au critère matériel : l'application du régime administratif résulte des caractéristiques de l'activité en cause, sans référence à sa finalité autrement qu'en ce que celle-ci contribue souvent à en déterminer les caractéristiques.

Cette présentation, parfois obscurcie par des questions de vocabulaire, est très ancienne dans notre droit public et elle a traversé, en en corrigeant parfois les excès, la controverse de la puissance publique et du service public. Elle correspond à la position d'Hauriou (*La « gestion administrative »*, 1900) ou, dès auparavant, de Laferrière : « Le caractère administratif de l'acte résulte de la nature même de l'acte et non pas uniquement de la qualité de son auteur ou du but qu'il propose ». La confusion a pu venir de ce que ces auteurs (notamment Laferrière) font ici appel à la notion de puissance publique, mais pour caractériser la nature de l'acte et non plus la finalité de celui-ci.

D'une certaine façon, l'évolution même des doctrines finalistes, et tout spécialement de la doctrine du service public, a confirmé la justesse de cette analyse. La notion matérielle de service public (le service public comme activité) est venue se doubler d'une notion organique du service public (le service public en tant qu'organisme institué) qui constitue une

forme de ralliement au critère tiré des caractéristiques de l'activité en cause et non plus de son but.

3° En renonçant au critère finaliste pour un critère matériel on admet l'absence d'un principe explicatif de l'essence même de l'action administrative soumise au régime de droit public.

Ce qui détermine l'application du régime administratif, ce sont les caractères que l'administration donne à l'activité en cause, ce n'est pas la nature même de cette activité ni les fins qu'elle poursuit. Il n'y a pas de régime administratif par nature, mais seulement par adoption de techniques juridiques, de formes ou de solutions de fond étrangères aux activités ordinaires. Sans doute l'adoption de ces techniques révèle le plus souvent l'objectif de service public ou de puissance publique poursuivi ; mais cet objectif ne suffit pas à impliquer le régime administratif qui ne trouve le critère de son application que dans les caractéristiques de l'activité mise en œuvre.

On peut ainsi dans le court terme discerner les contours du régime administratif (l'ensemble des activités présentant des caractéristiques données) ; on doit renoncer à en donner le principe explicatif, du moins autrement qu'en termes politiques.

4° Reste à préciser quelles sont les caractéristiques dont la présence détermine l'application du droit administratif.

L'élément commun est ici la manifestation d'une volonté, celle de l'administration, dans des termes ou sur un objet qui sont étrangers aux activités privées.

Il en va ainsi lorsque l'activité est le lieu d'un pouvoir de *commandement* que l'administration se reconnaît unilatéralement. Il en va ainsi encore lorsque l'administration soustrait une activité aux lois ordinaires des activités privées et détermine les conditions de son organisation. Le régime administratif peut résulter ainsi des formes de l'acte, de la présence de dispositions exorbitantes, mais aussi de son *objet* lorsque celui-ci est lui-même inaccessible aux personnes privées²⁰.

On retrouve ainsi les deux éléments de puissance publique et de service public, mais révélés par le contenu de l'acte et ne conduisant à

20. L'objet de l'acte est révélé par celui-ci. Il en fait partie, en tant qu'élément constitutif. Il est ainsi à distinguer du but poursuivi par l'administration au titre de l'activité qui inclut cet acte. En cela le critère matériel, même pris de l'objet de l'acte se distingue du critère finaliste (*supra* 1°). Ainsi le contrat d'un agent de l'administration sera administratif ou de droit privé selon qu'il *associe* ou non le cocontractant à une activité organisée par l'administration selon des techniques différentes de celles du droit privé (un « service public administratif »), c'est-à-dire par référence à l'*objet du contrat* ; au contraire la considération de la seule activité en cause, des *fins poursuivies* par l'administration, conduirait à y voir dans tous les cas un contrat administratif, ce que la jurisprudence n'admet pas.

l'application du droit administratif que lorsqu'ils confèrent à l'acte des caractéristiques exorbitantes du régime de droit privé. La présence en particulier d'éléments révélant le service public n'opère pas de façon automatique. Il faut, pour que le régime administratif s'applique, que ces éléments soient exorbitants, différents de ceux qui caractérisent les activités privées. Ce sera le cas lorsque l'administration prend en charge une activité pour l'assurer selon les techniques qui lui sont propres, ou encore lorsqu'elle en impose les principes d'organisation générale et se réserve un droit de regard et d'intervention. En revanche lorsque l'activité — pour être « de service public » — est gérée de façon ordinaire, le régime administratif ne s'applique pas (fonctionnement des organismes gérants des services publics industriels et commerciaux).

5° Par là on reconnaît la part faite au juge ou, si l'on préfère, le caractère « existentiel » du droit administratif. Dans un système de sources du droit largement jurisprudentiel, il appartient au juge de déterminer, au fil des espèces, le champ du régime administratif, en appréciant le degré d'originalité de l'activité en cause, impliquant ce régime par rapport aux caractéristiques ordinaires des relations privées.

Cela est vrai tout spécialement de la présence dans l'acte d'éléments révélant le service public, naturellement difficile à distinguer. Il arrivera que le juge en affirme la présence parce qu'il estime opportun de placer l'acte en cause sous le régime administratif : c'est alors de la soumission au droit administratif que sera déduite la nature de l'acte, alors qu'en bonne logique la nature de l'acte commande le régime applicable.

Il paraît difficile qu'il en soit autrement, au moins dans certains cas, puisqu'il n'existe pas de détermination législative générale des éléments exorbitants justifiant le régime administratif. Le législateur est seulement intervenu par des textes particuliers qui, pour certaines activités administratives, ont prévu ou au contraire exclu, selon les cas, l'application du droit administratif.

Section 3

Aspects de droit communautaire²¹

Le champ du régime administratif, tel que formé historiquement et qu'on vient de tenter de le déterminer, est-il remis en cause par le développement du droit communautaire et son application directe en droit

21. Y. Gaudemet, *Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès*, Mélanges B. Jeanneau, p. 473.

français ? Pas directement ; appliquant ici les principes de subsidiarité et d'autonomie procédurale, le droit communautaire n'entreprend pas sur les choix nationaux d'un régime de droit commun ou d'un régime de droit administratif, pourvu que celui-ci serve dans tous les cas les principes et solutions du droit communautaire. Aucun lien de nécessité n'est établi entre le caractère essentiel (de service public) de l'activité en cause et le régime juridique et administratif applicable. Et le débat dont on veut dire un mot ici, celui de la reconnaissance ou du rejet, par le droit communautaire, d'une notion et d'un régime spécifiques du service public, est d'une autre nature²².

Les principes communautaires de libre concurrence et de libre circulation, de plus en plus nettement affirmés et mis en œuvre, condamnent l'opposition qui pouvait exister, dans la tradition française, entre le service public et le marché : le premier obéit à une réglementation de l'État qui vise à l'intérêt général ; tandis que le second a ses propres lois et sanctions qui sont de nature économique. Or on assiste aujourd'hui à une certaine forme de réconciliation du service public et du marché — qui n'avaient d'ailleurs jamais vraiment divorcé. Reste que, parce que le service public est d'abord une exigence politique, il justifie et appelle, pour une part, certains correctifs au seul jeu du marché ; et cela est admis sans difficulté de principe par le droit communautaire.

§ 1. Service public économique et marché

A La fin des monopoles

Le service public n'est plus nécessairement et dans tous les cas synonyme de monopole ; il entre sur le marché ; il est soumis largement au droit de la concurrence et tout ceci dans le cadre de mécanismes de régulation substitués à l'ancienne réglementation étatique unilatérale.

L'identification du service public au monopole a pu apparaître sans doute comme l'une des caractéristiques les plus affichées — et aujourd'hui les plus contestées — du service public « à la française ». Elle correspond de moins en moins à la réalité. C'est d'abord que, plus souvent que par le passé, les services publics sont « privatisés » ce qui ne signifie pas qu'ils ne sont plus services publics, mais simplement

22. Sur ce débat, voir récemment D. Truchet, *Renoncer à l'expression « service public »*, AJDA 2008, p. 5533), la réponse de G. Marcou, *Maintenir l'expression et la notion de « service public »*, AJDA 2008, p. 833) et le commentaire de M. Lombard, *Mots et valeurs du service public*, AJDA 2008, p. 1225).

que leur gestion est remise à l'initiative privée, par une délégation, contractuelle ou non selon les cas, de la puissance publique. Il y a dès lors séparation entre la collectivité organisatrice (État ou collectivité locale) et l'organe gestionnaire.

La dissociation est plus marquée encore lorsque la gestion du service public en cause est déléguée simultanément à plusieurs gestionnaires privés appelés à se concurrencer sur le marché délégué ; cette dernière formule a été adoptée pour certaines délégations de services publics locaux. Mais, au niveau de l'État également on peut en donner pour exemple les réorganisations successives du secteur des télécommunications qui font coexister une multiplicité d'organismes de toute nature, les uns plus ou moins directement contrôlés par l'État, et les autres de capitaux purement privés. Le mouvement a même gagné des services publics administratifs comme la santé publique ou l'éducation, où une part est faite à l'initiative concurrentielle privée, associée au service public.

Enfin, sous l'impulsion principalement du droit communautaire, certains grands services publics nationaux organisés en monopole dans les années 30 ou après la Seconde Guerre mondiale, retrouvent ou retrouveront la logique (et les exigences) de la concurrence, logique qui d'ailleurs était initialement la leur : production d'électricité par exemple ou transport ferroviaire ou aérien national. À quoi s'ajoute que cette concurrence se développe et s'organise dans un cadre qui n'est plus le cadre national mais celui de l'Europe.

B La soumission de principe au droit de la concurrence

Cette soumission de principe du service public au droit de la concurrence est au demeurant nettement affirmée par les textes nationaux eux-mêmes. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence, texte de valeur législative, dispose en son article 53 que ses dispositions « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public », cette ultime — et inutile — précision ayant été ajoutée par la loi du 8 février 1995.

Et la jurisprudence administrative admet aujourd'hui que, pour les actes d'organisation des services publics, les personnes publiques sont également soumises, non seulement au respect des règles communautaires de concurrence²³, mais aussi aux règles de concurrence posées par l'or-

23. CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurances*, RJEP, 1997, p. 1232, concl. J.-C. Bonichot.

donnance de 1986 et relatives à la prohibition des ententes et abus de position dominante ²⁴. De la sorte les autorités administratives ne sauraient organiser la gestion d'un service public dans des termes qui méconnaîtraient les exigences de la concurrence et seraient susceptibles — selon les formules du conseil de la concurrence — d'avoir « pour objet ou pour effet » de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché.

C'est la réconciliation, constatée par le droit, du service public et de la concurrence, réconciliation naturelle, dira-t-on, pour les services publics gérés par des opérateurs privés, mais qui ne vaut pas moins pour les interventions de service public économique des personnes publiques.

C Régulation des marchés

Parallèlement la régulation de ces marchés est confiée largement à des autorités administratives indépendantes, à compétences transversales, au premier rang desquelles l'autorité de concurrence, ou bien à des autorités à compétence sectorielle, dans les domaines des télécommunications, de l'audiovisuel, de l'électricité, etc. Sans doute ces autorités indépendantes, dépourvues généralement de personnalité morale propre, sont des organes de l'État et agissent au nom de l'État (dont elles engagent aussi la responsabilité).

Mais — comme on le verra ²⁵ elles sont fonctionnellement placées en dehors du pouvoir hiérarchique des autorités classiques de l'État (ministres, premier ministre) et puisent une part de leur légitimité dans une composition collégiale associant les opérateurs de marché.

Surtout elles tendent à développer des mécanismes de régulation qui se distinguent assez nettement de la réglementation administrative classique : travail de publicité et de persuasion, voire de négociation (les « arbitrages » de l'autorité de réglementation des communications électroniques et des postes), mise en place d'outils « pédagogiques », de normes de référence, de codes de déontologie, développement — parfois au-delà des textes — de fonctions consultatives qui visent à prévenir et à réguler le marché sans sanctionner. Bref c'est l'émergence d'un « droit en deçà du droit », d'un *soft-law* comme disent les anglo-saxons, du « droit informel » selon une autre expression, dont certes les autorités administratives indépendantes n'ont pas le monopole, mais qu'elles utilisent de façon privilégiée. La régulation remplace ou au moins relaie la

24. CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais, Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres*, RDP, 1998, p. 256, note Y. Gaudemet et nombreuse jurisprudence ultérieure.

25. V. *infra*, le chapitre sur le pouvoir réglementaire, à propos du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes.

réglementation dans le droit des services publics, même si — il faut bien le reconnaître — les catégories traditionnelles du droit administratif en sont un peu bousculées.

C'est dans ces conditions que le service public — au moins le service public économique — est rendu au marché et soumis au droit du marché ; ce qui n'avait d'ailleurs jamais vraiment cessé, la qualification de service public n'impliquant pas par elle-même ni nécessairement une soustraction aux règles ordinaires des activités commerciales (v. *supra*, chap. 2).

Reste que cette insertion dans le marché doit parfois composer avec certaines exigences dictées par le caractère d'intérêt général de l'activité en cause. Et, ceci n'est pas ignoré du droit communautaire.

§ 2. Service public et droit communautaire

A Reconnaissance du service public par le droit communautaire

Le droit communautaire admet, avec des termes qui ne sont pas ceux du service public, que les règles ordinaires des activités commerciales et notamment les règles de concurrence soient aménagées, voire écartées pour certains de leurs aspects, en présence d'activités dont le caractère vital pour la collectivité publique ne permet pas d'en abandonner le sort aux seules lois du marché.

En ce sens l'article 90 paragraphe 2 du traité de Rome, (aujourd'hui art. 86 du traité consolidé), a toujours réservé le cas des « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (ou présentant le caractère d'un monopole fiscal) » pour limiter leur soumission aux règles du Traité, « notamment aux règles de concurrence » afin de « ne pas faire échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été impartie », à la condition toutefois, il est vrai, que cela « n'affecte pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

On sait aussi que, depuis les arrêts *Corbeau*²⁶ et *Commune d'Almelo*²⁷, la cour de justice des Communautés, aujourd'hui cour de justice de l'Union européenne a fait prévaloir une approche qualifiée « d'objective » de l'identification des services d'intérêt économique général, approche qui, pour reprendre la formule d'un commentateur, se révèle « protectrice d'une certaine conception de l'intérêt général affranchie du

26. CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, Rec. p. 2563.

27. CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Rec. p. 1-508.

principe de libre concurrence ». La doctrine admet ainsi que la notion d'intérêt économique général renvoie à un intérêt public de l'État concerné, intérêt public reconnu comme tel par les autorités communautaires ; c'est donc une forme de conciliation entre le service public national et le service d'intérêt général communautaire.

Et l'on s'aperçoit alors, dans l'aménagement des règles de concurrence qui en résulte, qu'est pris en compte — parfois sous d'autres dénominations — ce que la conception continentale du service public avait depuis longtemps identifié comme une sorte de droit commun du service public, autour des principes présentés comme les « lois » de Roland : continuité du service, au moins pour ce qu'il a d'essentiel ; égalité dans l'accès au service ; et nécessité pour celui-ci de s'adapter en permanence aux exigences de l'intérêt général qu'il sert.

B Les services d'intérêt économique général

On ne force pas les choses en disant qu'au-delà des mots, le droit communautaire, d'une part, a dégagé une notion d'intérêt économique général communautaire, dans le cadre des politiques communautaires, qui le conduit à écarter le jeu des seules lois du marché dans les secteurs considérés, d'autre part, a reconnu l'existence d'activités d'intérêt économique général, dans chaque État membre²⁸ et admet que celles-ci soient soustraites aux seules règles de la concurrence, en ce qui est nécessaire à l'utilité générale ainsi poursuivie.

Il faut citer ici l'article 16 du traité d'Amsterdam (ex. art. 7 D) qui stipule : « sans préjudice des articles 73, 86 et 87 [anciens articles 77, 90 et 92 du Traité], et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

Le « service public » est identifié dans son principe, dans les systèmes nationaux comme dans les politiques communautaires ; et il conduit à

28. Ainsi, dans l'arrêt *Commune d'Almelo* précité, la cour de justice observe, pour y reconnaître les éléments d'une activité d'intérêt économique général, que « la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et dans des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients, est finalement reconnue comme telle dans de nombreux États

une combinaison de ses exigences propres avec le droit du marché. Cela évidemment ne signifie pas l'identification : la reconnaissance du service public par le droit communautaire ne portera pas nécessairement sur des activités, celles-là même que les systèmes nationaux ont érigées en services publics. On peut penser qu'au contraire le périmètre du service public sera plus étroit pour le droit communautaire que pour la plupart des systèmes continentaux. On se doute aussi que la réfection des règles du marché, notamment de concurrence, qu'autorise le service public sera plus limitée en droit communautaire que selon les systèmes nationaux.

Il reste que, dans son principe, le service public, autrement dénommé, n'est pas rejeté par l'ordre communautaire mais y trouve au contraire une place que les Traités lui ont assignée dès l'origine. On ne saurait mieux faire pour en convaincre que de renvoyer à l'effort de clarification fait, sur ces sujets, par la Commission européenne elle-même dans sa communication de 1996 sur les services d'intérêt général en Europe (v. aussi depuis le livre blanc sur les services d'intérêt général de juin 2004).

Les services d'intérêt général : « désignent les activités de service, marchand ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public ».

Les services d'intérêt économique général : « mentionnés dans le Traité à l'article 90, ils désignent les activités de service marchand replissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas en particulier des services en réseaux de transport, d'énergie, de communication ».

Le service public : « cette expression a un double sens : tantôt elle désigne l'organisme de production du service, tantôt elle vise la mission d'intérêt général confiée à celui-ci. C'est dans le but de favoriser ou de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général que des obligations de service public spécifiques peuvent être imposées par l'autorité publique à l'organisme de production du service, par exemple en matière de transport terrestre, aérien, ou ferroviaire, ou en matière d'énergie. Ces obligations peuvent s'exercer à l'échelon national ou régional. À noter que l'on confond souvent à tort service public avec secteur public (y compris fonction publique), c'est-à-dire mission et statut, destinataire et propriétaire ».

Chapitre 3

La juridiction administrative

L'existence d'une juridiction administrative, c'est-à-dire de tribunaux spéciaux, distinct de l'ordre des tribunaux judiciaires, pour juger l'ensemble des litiges soulevés par l'activité administrative (ou « contentieux administratif »), constitue un autre élément important et original du système français. C'est par l'existence de cette juridiction, née de l'administration active et ayant conservé, surtout le conseil d'État, de très importantes attributions administratives, que notre régime diffère aujourd'hui encore radicalement des régimes anglo-saxons et même de tout autre système — et ils sont nombreux — dotés d'une juridiction administrative.

Quelles sont l'origine et la raison d'être de cette juridiction ? Comment est-elle organisée ? À quel domaine s'étend sa compétence ? Suivant quel mécanisme est-elle saisie et juge-t-elle les litiges administratifs ?

Section 1

Origine et historique de la juridiction administrative

On pourrait penser, d'après les développements qui précèdent, que l'existence des tribunaux administratifs se relie tout naturellement, en France, au principe même du régime administratif et y trouve son origine, que l'existence de tribunaux administratifs procède de la nécessité d'appliquer un droit spécial.

Cette idée, si elle constitue en effet une des justifications actuelles de la juridiction administrative en France, est cependant totalement étrangère à sa formation originaire. Ce qui a provoqué cette formation, dès avant la Révolution de 1789, ce ne sont pas des considérations juridiques et techniques, mais des raisons politiques et constitutionnelles d'indépendance de l'administration à l'égard des juridictions ordinaires.

La référence ici à la séparation des pouvoirs n'est évidemment pas suffisante ni pertinente, puisque les pays anglo-saxons connaissent eux aussi le principe de la séparation des pouvoirs et n'en ont pas déduit la nécessité d'organiser une juridiction administrative qui leur paraît au contraire incompatible avec celui-ci. C'est donc que le principe de la séparation des pouvoirs est susceptible, en la matière, d'interprétations variables. En quoi en est-il ainsi et quelles raisons ont commandé l'interprétation française ?

§ 1. Les interprétations du principe de la séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs signifie, en ce qui concerne les rapports entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire : 1^o que chacun des deux pouvoirs doit rester cantonné, spécialisé dans sa fonction naturelle ; 2^o qu'ils doivent être indépendants l'un de l'autre, c'est-à-dire chacun à l'abri d'une domination quelconque exercée par l'autre.

La première de ces deux règles exige que le jugement des procès administratifs, étant un acte de juridiction, échappe à l'administration active pour être confiée à des juges. Quant à la seconde règle, elle a été interprétée par la tradition française comme s'opposant au jugement du contentieux administratif par le pouvoir judiciaire, parce que celui-ci aurait par là un certain moyen d'action sur l'administration.

Cette interprétation, qui a été retenue en France, n'est qu'une interprétation possible, qui ne s'impose pas évidemment, car on peut aussi bien soutenir que le rôle d'un juge étant seulement de dire le droit à l'occasion d'un procès, le simple fait pour l'administration d'être justiciable du juge judiciaire ne compromet pas réellement son indépendance et surtout que l'exercice d'une partie de la fonction juridictionnelle à l'intérieur même de l'administration est une méconnaissance directe de la séparation des pouvoirs ; cette dernière remarque est d'ailleurs celle qui fonde l'analyse adoptée par les anglo-saxons et la critique qu'ils ont pu faire traditionnellement du système français.

§ 2. Les raisons de l'interprétation française

Quelle est donc la raison de l'interprétation française ? Elle est essentiellement historique : c'est la méfiance des hommes de la Révolution et dès auparavant du pouvoir royal à l'égard du pouvoir judiciaire, méfiance inspirée elle-même par le souvenir des Parlements de l'Ancien

Régime et de l'obstruction qu'on leur reprochait à l'encontre des tentatives de réformes administratives entreprises par le pouvoir royal et les intendants.

C'est cet état d'esprit anti-judiciaire qui, dès avant la Révolution, fit interpréter le principe de la séparation des pouvoirs comme exigeant, au nom de l'indépendance de l'administration, l'interdiction pour les tribunaux judiciaires de juger les procès administratifs.

Cette idée de l'indépendance de l'administration vis-à-vis du pouvoir judiciaire apparut tellement essentielle que la première conséquence du principe de la séparation des pouvoirs proclamé par la Déclaration des droits de 1789 — celle qui pourtant n'est guère susceptible d'interprétation divergente : la spécialisation des pouvoirs — en fut masquée et parut négligeable. En somme, alors que dans la conception anglo-saxonne, c'est la soustraction du contentieux administratif à l'administration active (autrement dit la spécialisation) qui est considérée comme la règle essentielle et suffisante, dans la conception française, c'est la soustraction de ce contentieux aux tribunaux judiciaires (autrement dit l'indépendance) qui parut à l'origine être la règle essentielle et suffisante.

Cette conception française primitive s'est exprimée dans la loi célèbre des 16-24 août 1790 et surtout dans le décret du 16 fructidor an III : « Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». C'est le principe de la séparation des autorités administratives et des autorités judiciaires.

En conséquence de quoi, et fidèle à l'héritage de l'Ancien Régime, on se contenta de remettre le jugement du contentieux administratif aux administrateurs eux-mêmes : roi, ministres, administrateurs des départements. C'est le système dit de l'administration-juge (L. 7-16 octobre et 6-11 septembre 1790). On adopta ainsi cette solution qui semble aujourd'hui paradoxale (mais que connaissait déjà l'Ancien Régime) de confier une partie de la fonction juridictionnelle à l'administration active elle-même ; et ceci au nom d'une certaine conception de la séparation des pouvoirs.

Durant toute la période révolutionnaire, on vit donc l'administration juger ses propres procès ; ce qui, encore une fois, n'était pas en rupture avec les solutions de l'Ancien Régime. Un pareil système, qui nous paraît être la négation de la justice — le même organe étant à la fois juge et partie —, finit par choquer.

On s'avisa que l'administration devait être séparée de la juridiction, même si l'une et l'autre s'exerçaient à l'intérieur du même corps administratif et largement par les mêmes agents. À cette idée pratique il fallait donner un fondement théorique ; on le trouva encore dans le principe de la séparation des pouvoirs en faisant appel à son second élément :

l'idée de spécialisation. On eut ainsi une seconde interprétation de la séparation des pouvoirs, venant en quelque sorte la compléter en ajoutant à l'exigence de la séparation des autorités administratives et judiciaires une seconde exigence : celle de la séparation de l'administration active et de l'administration contentieuse, laquelle ne se réalisa que progressivement et partiellement, au rythme de l'apparition puis de l'affirmation, à l'intérieur de l'administration, de tribunaux propres qui restent séparés et distincts du pouvoir judiciaire. Telle est, inspirée de soucis politiques et étayée par des arguments de principe, l'origine historique de la juridiction administrative française.

Certainement, c'est la préoccupation initiale antijudiciaire qui est demeurée longtemps la plus intense. C'est pourquoi la solution complémentaire d'une juridiction administrative distincte de l'administration active ne fut acquise — comme on l'a dit — que progressivement et partiellement.

§ 3. Les étapes de formation de la juridiction administrative

A La création de tribunaux administratifs

La première étape consista dans la création, *en l'an VIII*, du conseil d'État (Constitution de l'an VIII, art. 52) et des conseils de préfecture (L. 28 Pluviôse an VIII), le premier étant exclusivement à l'époque un organisme consultatif et les seconds, présidés par le préfet, restant en réalité largement intégrés à l'administration active.

B Le passage de la justice retenue à la justice déléguée

Dès leur création, les conseils de préfecture furent des tribunaux prenant eux-mêmes les décisions, même si leur composition ne les distinguait guère de l'administration active.

Mais le conseil d'État ne fut d'abord qu'un conseil, aussi bien en matière contentieuse qu'en matière administrative. Il ne statuait pas lui-même sur les procès mais se bornait à proposer la solution au chef de l'État. Ainsi l'administration restait encore « juge » ; elle s'adjoignait seulement un donneur d'avis. C'est la justice retenue. Elle dura trois quarts de siècle.

En fait cependant le chef de l'État suivait toujours l'avis du conseil. La loi du 24 mai 1872 consacra en droit cette situation : dorénavant le conseil d'État, statuant au contentieux, tranche lui-même les litiges sans intervention du chef de l'État. C'est la justice déléguée (elle avait déjà fonctionné épisodiquement de 1849 à 1852).

À partir de 1872, la juridiction administrative française est ainsi constituée ; le système est achevé dans les institutions principales ; cependant, il restait encore obscurci par une théorie dont il convenait de le débarrasser pour lui donner toute sa netteté.

C La théorie du ministre juge et son abandon

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, on soutint que la législation de l'an VIII n'avait pas supprimé le système de l'administration-juge. Ce sont, disait-on, les ministres, chacun pour les affaires qui le concernent, qui sont restés les juges administratifs de droit commun. Les textes de l'an VIII n'auraient fait que *superposer* (et non substituer) à la juridiction des ministres la juridiction du conseil d'État comme juge d'appel. Par suite, sauf dans les cas où un texte formel a donné sur un point déterminé compétence à un tribunal administratif (ainsi pour les conseils de préfecture), c'est devant le ministre-juge que les administrés doivent d'abord porter leur requête, et le recours qu'ils forment ensuite devant le conseil d'État a le caractère d'un appel.

La théorie du ministre-juge était admise par la doctrine et la jurisprudence. Elle faisait des tribunaux nouvellement créés des juges d'appel ou d'attribution, le juge administratif de droit commun restant comme avant l'an VIII l'administration active.

Dans l'arrêt *Cadot*, 13 décembre 1889 (Rec. Lebon, p. 1148), le conseil d'État a formellement abandonné cette doctrine en accueillant un recours direct porté devant lui sans passer par la juridiction ministérielle. Par là, il se considérait comme le juge administratif de droit commun et, délaissant l'interprétation restrictive du texte de l'an VIII, donnait son autonomie à la juridiction administrative au sein de l'administration.

§ 4. La justification actuelle de la juridiction administrative

A Aspects techniques

La raison pratique et historique qui a conduit sous la Révolution à interpréter le principe de la séparation des pouvoirs comme obligeant à soustraire le contentieux administratif aux tribunaux judiciaires a aujourd'hui disparu ; la méfiance à l'égard du juge judiciaire n'existe plus.

On pourrait donc concevoir que l'interprétation de la séparation des pouvoirs fût sur ce point révisée et que l'on remît le contentieux administratif aux tribunaux judiciaires. L'unité de juridiction que ce système créerait en France aurait des avantages pratiques, notamment celui d'éviter les hésitations, l'éclatement ou les conflits de compétence que provoque fatalement la dualité de juridiction et qui, en retardant les procès, nuit gravement aux plaideurs.

Cependant pour justifier aujourd'hui la dualité de juridiction, une nouvelle raison pratique s'est substituée à la raison primitive. Cette raison invoque le particularisme du droit administratif ; celui-ci, nous l'avons dit, est et est devenu de plus en plus un droit spécial, différent du droit civil ; son application exige, dit-on, un juge spécialisé, différent du juge civil, lequel, éloigné de la vie administrative, habitué aux règles, concepts et méthodes du droit civil, serait peu apte techniquement à juger le contentieux administratif. On peut dire qu'en élaborant ce droit très spécial, non seulement par ses règles mais par son esprit, qu'est le droit administratif, la juridiction administrative s'est en quelque sorte rendue elle-même indispensable.

Cette substitution de raison d'être a une importance considérable, non seulement en elle-même, mais parce qu'elle explique et permet d'apprécier divers aspects du système français actuel, par exemple certains traits de l'organisation des tribunaux administratifs ou encore les principes et l'évolution du partage de compétence entre les juridictions administrative et judiciaire.

B Fondement juridique

Mais quels sont les fondements juridiques de la situation actuelle dont on a dit les origines historiques et les justifications successives ? Ils étaient à la vérité assez incertains et controversés jusqu'à une décision récente du conseil constitutionnel qui clarifie considérablement la question.

Le conseil constitutionnel a décidé il y a quelques années, à propos d'un texte de loi transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, autorité administrative, aux tribunaux de l'ordre judiciaire, qu'il existait un principe fondamental reconnu par les lois de la République, donc principe à valeur constitutionnelle, consacrant l'existence d'une juridiction administrative à côté de la juridiction judiciaire, et une compétence constitutionnellement réservée à la première ¹.

Le principe. — Selon le conseil constitutionnel, a valeur constitutionnelle « la compétence de la juridiction administrative (pour) l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

La formule est précise et permet de dégager les critères cumulatifs de la compétence constitutionnellement réservée de la juridiction administrative.

1° Cette compétence concerne seulement des « décisions » ce qui exclut tous les contrats et conventions de diverses formes conclus par les personnes publiques, ainsi que les actes matériels imputables aux personnes publiques, parce qu'il ne s'agit pas de « décisions ».

2° Seules sont constitutionnellement réservées au juge administratif, pour ce qui est de leur contentieux, les décisions émanant des collectivités ou organismes « publics ». Le contentieux des actes administratifs accomplis par des personnes privées, catégorie à laquelle l'évolution contemporaine de la jurisprudence donne une certaine consistance, pourrait donc, sans obstacle constitutionnel, être attribué au juge judiciaire.

3° Seules les décisions des personnes publiques manifestant l'exercice de prérogatives « de puissance publique » sont de la compétence constitutionnellement réservée du juge administratif.

4° Enfin la nature de l'intervention du juge est prise en compte : il doit s'agir du contentieux de « l'annulation » ou de la réformation.

Les exceptions. — Le principe ainsi dégagé, de rang constitutionnel, n'est pas absolu. Il s'accommode d'exceptions dont la décision du 23 janvier 1987 détermine déjà les domaines possibles.

Ainsi le contentieux des « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » fait exception au principe de la compétence administrative

1. C. const., 23 janvier 1987, RDP, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; RFDA, 1987, p. 287, comm. B. Genevois et p. 301, comm. L. Favoreu ; D. 1988, p. 117, note F. Luchaire ; JCP, 1987.II.20854, note J.F. Sestier ; solution confirmée par la suite, à plusieurs reprises, notamment c. const., 28 juillet 1989, RFDA, 1989, p. 691, comm. B. Genevois, à propos d'une loi sur la police des étrangers.

constitutionnellement imposée, même lorsqu'il s'agit d'actes prenant la forme de décisions de puissance publique.

La seconde exception apportée au principe est plus novatrice. Elle prend en compte les inconvénients de la dualité des compétences juridictionnelles, manifestés notamment par le mécanisme des questions préjudicielles. Et elle apporte une réponse par une sorte de nouvelle consécration de la technique des « blocs de compétence » : « lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »².

Les fondements. — Quels sont enfin les fondements des solutions ainsi consacrées ? Le conseil constitutionnel constate d'abord que « les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 Fructidor An III, qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ». En revanche il existe un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » selon lequel un certain type de contentieux — celui qui vient d'être analysé ci-dessus — relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative. C'est donc une nouvelle fois la technique des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui est utilisée en l'espèce : certains principes de la tradition républicaine ont une consistance et une importance telles qu'ils doivent être mis à l'abri d'interventions intempestives du législateur ; tel est le cas de l'existence et de la compétence essentielle d'une juridiction administrative à côté des juridictions ordinaires. En l'espèce, c'est d'une certaine façon la conception française de la séparation des pouvoirs (v. *supra*) qui se trouve érigée en principe constitutionnel, au moins pour le contentieux ainsi réservé au juge administratif.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, en désignant pour la première fois le conseil d'État en tant que juridiction dans le texte de la Constitution, confirme incidemment l'existence de bases constitutionnelles de la juridiction administrative.

2. On peut se demander si le conseil d'État n'a pas pris quelque liberté avec cette directive constitutionnelle, précisément à propos de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence, en admettant de faire application de celle-ci, comme un élément de la légalité, concurremment avec le conseil de la concurrence et les juridictions judiciaires compétentes pour connaître des décisions de ce dernier : en ce sens, note Y. Gaudemet, v. CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais et a.*, RDP, 1998, p. 256.

On observera enfin que la compétence propre ainsi constitutionnellement réservée aux juridictions administratives est nettement plus réduite que leur sphère de compétence actuelle. Le champ très large du plein contentieux lui est extérieur, et, à l'intérieur même du contentieux de l'excès de pouvoir, des transferts peuvent intervenir au bénéfice du juge judiciaire, sous les conditions qui ont été exposées ci-dessus. Le législateur conserve ainsi une grande liberté d'action, dont il a d'ailleurs déjà amplement usé par le passé, notamment en transférant au juge judiciaire une part considérable du contentieux de la responsabilité de l'administration.

Section 2

L'organisation de la juridiction administrative

La juridiction administrative est constituée par un certain nombre de tribunaux d'importance inégale.

Le conseil d'État et les tribunaux administratifs sont les éléments essentiels du système ; ils absorbent dans leur compétence la majeure partie du contentieux administratif ; ils ont été complétés, par la loi du 31 décembre 1987, par l'institution de cours administratives d'appel.

À côté d'eux on trouve des tribunaux à compétence spéciale : cour des comptes, conseils universitaires, conseils de l'aide sociale, tribunaux des pensions militaires, juridictions ordinales, etc.

Enfin l'arbitrage, s'il n'est pas complètement ignoré du contentieux administratif, ni y occupe qu'une faible place.

§ 1. Traits généraux de l'organisation de la juridiction administrative

Le caractère général de la juridiction administrative française est son autonomie, que nous l'avons vu conquérir progressivement, vis-à-vis de la juridiction judiciaire et de l'administration active. Mais le degré d'autonomie n'est pas le même sous ces deux aspects.

1° La juridiction administrative est séparée de la juridiction judiciaire. Ces deux juridictions forment deux ordres distincts et parallèles, ayant chacun son personnel englobé dans deux hiérarchies différentes, et cou-

onnés, pour le premier par le conseil d'État, pour le second par la cour de cassation ;

2° Au contraire, la juridiction administrative n'est pas complètement séparée de l'administration.

Pour qu'une juridiction administrative soit complètement séparée de l'administration, il faut : 1° qu'elle ait vis-à-vis de l'administration une indépendance suffisante, c'est-à-dire un personnel qui lui soit propre, qu'elle n'emprunte pas à l'administration active et dont le statut offre des garanties suffisantes d'indépendance ; 2° qu'elle soit cantonnée dans son rôle juridictionnel, sans avoir en même temps ou accessoirement à remplir des fonctions administratives.

Dans quelle mesure la juridiction administrative française réalise-t-elle ces conditions ? Les juridictions administratives, au moins les principales (conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs) ont un personnel qui leur est propre, composé de fonctionnaires spécialisés ; s'il n'a pas la qualité du magistrat, ce personnel possède des garanties d'indépendance au moins en fait ; pour les tribunaux administratifs, ce sont là d'ailleurs des acquisitions récentes.

Mais ces organismes ne sont pas cantonnés dans la juridiction. Ils sont, suivant un système qui leur est commun mais qui a une importance particulière pour le conseil d'État, à la fois juge administratif et conseil administratif, associés à ce dernier titre à la vie administrative en ce qu'ils fournissent des avis, le conseil d'État au gouvernement, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel aux préfets.

Cette dualité d'attributions crée un contact entre les principales juridictions administratives et l'administration elle-même ; la séparation n'est pas complète ; la juridiction administrative n'est pas étrangère à l'activité administrative ³.

§ 2. Le conseil d'État

Le conseil d'État constitue la plus importante de nos juridictions administratives ; il est en même temps le conseil du gouvernement. S'il est dans une certaine mesure l'héritier du conseil du Roi de l'Ancien Régime, sa réorganisation en l'an VIII en fait aussi une création napoléonienne.

3. Pour la plupart des *tribunaux administratifs spéciaux*, la séparation est, à des degrés divers, encore moins nette : divers conseils ayant des compétences juridictionnelles sont composés en totalité ou en partie d'administrateurs actifs. Par ailleurs certains exercent, en même temps que leurs fonctions juridictionnelles, des attributions purement administratives.

Le texte fondamental qui le régit depuis la dernière Guerre est l'ordonnance du 31 juillet 1945 (RAP, même jour) ; d'importantes réformes ont été apportées à son organisation et à son fonctionnement, notamment par deux décrets du 30 juillet 1963.

La matière a été codifiée, en principe à droit constant, dans le Code de justice administrative, résultant de l'ordonnance du 4 mai 2000 (pour la partie législative) et des décrets du 4 mai 2000 (pour la partie réglementaire), qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Les dispositions intéressant spécialement le conseil d'État sont aux articles L. 111-1 et s. et R. 112-1 et s. de ce Code.

De nouvelles réformes sont à l'ordre du jour, sous l'impulsion du vice-président du conseil d'État, qui ne touchent pas à l'essentiel mais visent, revenant sur de précédentes réformes (notamment celle de 1963), à mieux affirmer l'indépendance du conseil d'État statuant un contentieux vis-à-vis de l'administration ; elles sont consacrées, principalement par un décret du 6 mars 2008.

A Composition

1. Catégories

Le conseil d'État comprend :

- un vice-président et sept présidents de section ;
- des conseillers d'État en service ordinaire ;
- des maîtres des requêtes ;
- des auditeurs de 1^{re} et 2^e classes ;
- un secrétaire général et des secrétaires généraux adjoints.

À ce personnel de carrière sont, en outre, adjoints des conseillers d'État en service extraordinaire, choisis parmi les personnalités qualifiées dans les différents domaines de l'activité nationale et nommés pour une durée de quatre ans ; ils ne participent qu'aux formations administratives, non aux formations contentieuses.

La présidence du conseil d'État appartient en droit au premier ministre et, en son absence, au ministre de la Justice ; mais ils ne peuvent présider que l'assemblée générale et la commission permanente (v. *infra*), pas les formations contentieuses. En fait d'ailleurs, en dehors des séances solennelles, la pratique est que la présidence de l'assemblée générale est assurée par le vice-président du conseil d'État (v. la rédaction de l'article L. 121-1 du Code de justice administrative).

2. Rôles respectifs

Les auditeurs et les maîtres des requêtes sont chargés de préparer le travail de discussion. C'est parmi les maîtres des requêtes (et éventuelle-

ment les auditeurs) que sont choisis les commissaires du gouvernements, aujourd'hui rapporteurs publics, dont le rôle est considérable : ils sont chargés, dans les affaires contentieuses, non point, comme leur appellation pourrait le laisser croire, de se faire les défenseurs ou les porte-parole du gouvernement, mais de présenter des conclusions dans lesquelles ils soutiennent le point de vue du droit en toute objectivité.

Les conseillers délibèrent et décident.

Le secrétaire général dirige le travail administratif interne dit conseil d'État et fait fonction de greffier.

3. Statut

Les auditeurs sont recrutés par concours⁴. Les maîtres des requêtes proviennent des auditeurs de 1^{re} classe et les conseillers des maîtres des requêtes au moyen de l'avancement qui se fait au choix. Cependant le gouvernement peut nommer directement de l'extérieur des maîtres des requêtes et des conseillers dans une proportion limitée au quart du chiffre total pour les premiers et au tiers pour les seconds.

Les membres du conseil d'État ne bénéficient pas de l'institution qui constitue en général la garantie fondamentale des magistrats : ils ne sont pas inamovibles ; les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées contre eux le sont après avis d'une commission consultative présidée par le vice-président du conseil d'État.

Le statut des membres du conseil d'État a fait l'objet de l'un des décrets du 30 juillet 1963 ; il est repris au Code de justice administrative.

4. Caractère général

Les règles qu'on vient d'exposer sommairement révèlent les caractères généraux de l'organisation du conseil d'État.

D'un côté il puise dans la tradition et dans son prestige les éléments d'une réelle indépendance, même si celle-ci n'est pas spécialement garantie par les textes.

Mais d'un autre côté, le conseil d'État ne forme pas un corps séparé, éloigné de l'administration ; il y a entre eux un courant que l'on a volontairement établi : recrutement extérieur, conseillers en service extraordinaire, possibilité pour les membres du conseil d'être détachés périodiquement auprès des administrations ou de faire partie de missions constituées auprès des ministres. Ces éléments sont destinés à créer entre le conseil et la vie administrative un contact étroit et permanent, à faire, comme on l'a dit, du conseil d'État une sorte de « synthèse de l'administration et de la juridiction administrative ».

4. Depuis l'ordonnance du 9 octobre 1945 instituant l'école nationale d'administration, les auditeurs au conseil d'État sont recrutés par cette filière.

La question se pose cependant de savoir si l'équilibre actuel ne doit pas se déplacer, pour que soit mieux assurée la distinction de l'administration et de son juge ; ce que pourrait imposer notamment la Convention européenne des droits de l'homme.

B Attributions

Le conseil d'État a un double rôle : juge et conseil.

1. Compétence consultative

Le conseil d'État est l'organe consultatif du gouvernement. À ce titre, il lui fournit des « avis ».

Dans le domaine législatif, si le conseil n'est plus chargé, comme sous le Consulat et l'Empire, de la préparation de tous les textes de lois, il est obligatoirement consulté par le gouvernement sur tous ses projets de lois ; et c'est la Constitution qui le prévoit. Il peut l'être désormais sur les propositions de loi selon le nouvel alinéa ajouté à l'article 39 de la Constitution par la loi du 23 juillet 2008.

Dans le domaine administratif, le rôle du conseil d'État est également important, notamment :

— dans l'exercice du pouvoir réglementaire : le conseil d'État est appelé obligatoirement à fournir son avis sur les projets d'ordonnances, les projets de décrets pris en vertu de l'article 37 de la Constitution, les projets de décrets destinés à modifier des textes législatifs antérieurs à 1958 portant sur le domaine réglementaire ;

— dans les décisions individuelles du gouvernement (décrets en conseil d'État) pour lesquelles l'avis du conseil est parfois obligatoire (reconnaissance d'utilité publique d'associations, d'expropriations, de travaux, etc.) ; ces dernières consultations sont cependant aujourd'hui moins nombreuses que par le passé.

Enfin le conseil d'État peut être consulté par les ministres sur toutes les difficultés pouvant s'élever en matière administrative. Ses avis sont secrets, mais le gouvernement peut en permettre la publicité ; ce qu'il fait le plus souvent ⁵.

2. Compétence juridictionnelle

En matière juridictionnelle, les attributions du conseil d'État sont à la fois celles d'une cour régulatrice et celles d'une cour suprême.

5. V. Y. Gaudemet, B. Stirn, T. dal Farra et F. Rolin, *Les grands arrêts du conseil d'État*, 3^e éd., 2009.

D'une part il juge en premier et dernier ressort certaines catégories de litiges administratifs que l'on indiquera plus loin.

D'autre part, il constitue pour toutes les autres juridictions administratives soit le juge d'appel, soit le juge de cassation.

C Fonctionnement

Pour son fonctionnement, le conseil d'État est divisé en un certain nombre de *formations* internes. Ce sont notamment des formations différentes qui exercent d'une part les attributions consultatives et d'autre les attributions juridictionnelles.

Cette répartition n'a pas toujours existé. Sans doute le conseil d'État a toujours été divisé en sections, mais à l'origine ce fractionnement ne correspondait pas à une répartition entre les tâches de consultation et de juridiction, mais entre celles d'instruction et de décision : chacune des cinq sections spécialisées (finances, législation, marine, guerre, intérieur) instruisait l'affaire et l'assemblée générale du conseil d'État rendait soit l'avis consultatif soit l'arrêt de jugement.

C'est progressivement, à la suite d'étapes au cours desquelles les formations intérieures du conseil ont été à plusieurs reprises remaniées, que l'on est parvenu à un fractionnement selon la nature des compétences qui est actuellement le suivant.

Le conseil d'État est divisé en sept sections : finances, travaux publics, intérieur, section sociale, administration générale, contentieux, section du rapport et des études. Les cinq premières sont des sections administratives, la sixième est, comme son nom l'indique, spécialisée dans la juridiction. Mais, le fonctionnement du conseil est plus complexe que ne l'indique ce premier fractionnement général.

1. Formations administratives

En matière administrative, le conseil d'État délibère soit en *section*, soit en sections réunies, soit en commission où les différentes sections sont représentées, soit en assemblée générale.

Une commission permanente est chargée de l'examen des projets de textes dans les cas exceptionnels d'urgence.

Des commissaires du gouvernement peuvent être désignés par chaque ministère pour assister, dans les affaires qui l'intéressent, aux séances des formations administratives ; il ne faut naturellement pas les confondre avec les commissaires du gouvernement au contentieux mentionnés plus haut et désormais dénommés rapporteurs publics.

2. Formations contentieuses

La section du contentieux est divisée en dix sous-sections. En principe, les affaires sont instruites par une sous-section et jugées soit par cette

sous-section soit par deux sous-sections réunies ; mais les affaires considérées comme étant d'une importance particulière ou comme posant des questions de principe délicates peuvent être renvoyées soit à la « section du contentieux en formation de jugement » soit à l'assemblée du contentieux et donner ainsi lieu à des « arrêts de section » ou à des « arrêts d'assemblée ».

La « section du contentieux en formation de jugement » ne doit pas être confondue avec la section du contentieux qui constitue l'une des six sections formant le conseil d'État. Sa composition a été modifiée par le décret du 6 mars 2008 en sorte qu'elle ne comprend plus de membres appartenant aux sections administratives (sauf éventuellement le rapporteur). Elle est l'un des organes de jugement institués au sein de la section du contentieux.

L'assemblée du contentieux comprend, sous la présidence du vice-président du conseil d'État, le président de la section du contentieux, les présidents adjoints de la section du contentieux, les présidents des sections administratives, le président de la sous-section d'instruction et quatre autres présidents de sous-section, ce qui donne une majorité aux membres de la section du contentieux.

§ 3. Les cours administratives d'appel

Parfois souhaitée en doctrine, l'institution de cours administratives d'appel par la loi du 31 décembre 1987 apparaît comme la pièce maîtresse d'une réforme d'ensemble du contentieux administratif dont les termes ont été difficiles à dégager, plusieurs projets antérieurs n'ayant pas abouti.

La loi crée des cours administratives d'appel dont le nombre, d'abord fixé à cinq, a été régulièrement augmenté depuis. Les cours administratives d'appel ont été mises en place au 1^{er} janvier 1989.

Bien que la réforme n'ait pas donné d'emblée aux cours administratives d'appel une compétence générale d'appel des jugements des tribunaux administratifs, la réforme est importante et s'approche du schéma juridictionnel traditionnel en France et dans bien des pays européens. D'ailleurs le décret du 17 mars 1992, puis la loi du 8 février 1995 ont élargi la compétence des cours administratives d'appel à tout le contentieux de l'excès de pouvoir jugé en première instance par les tribunaux administratifs (v. *infra*, B).

A Organisation

La loi du 31 décembre 1987 transforme le corps des tribunaux administratifs en « corps des tribunaux administratifs et des cours administrati-

ves d'appel ». Par là est consacré le principe de l'unité des tribunaux administratifs et des nouvelles cours quant au recrutement, à la carrière et, d'une manière générale, au statut de leurs membres. Les membres de ce corps commun peuvent être affectés dans une cour d'appel après six ans de service et lorsqu'ils ont atteint le grade de conseiller de 1^{re} classe. Chaque cour d'appel est présidée par un conseiller d'État. Lorsqu'il s'agit d'un membre du corps des tribunaux et cours d'appel, il est nommé conseiller d'État, hors tour, mais conserve alors cette affectation pendant au moins cinq ans.

Pour permettre la constitution des nouvelles cours, une augmentation rapide et importante des effectifs du corps des conseillers des tribunaux et cours était nécessaire. La loi du 7 juillet 1980 a prévu un recrutement « exceptionnel » en vue de pourvoir directement à des emplois dans les cours d'appel ; ce recrutement complémentaire « exceptionnel » a été prorogé depuis par voie d'organisation de concours annuels « spéciaux » de recrutement qui présentent un caractère permanent.

L'ensemble des textes statutaires et régissant la fonction des conseillers des cours d'appel sont ceux applicables aux conseillers de tribunaux administratifs, en raison de l'unicité du corps créé par la loi de 1987. Cela vaut notamment pour la loi du 6 janvier 1986 garantissant leur indépendance de fonction. Il convient donc de se reporter à ce qu'il en est dit au paragraphe suivant (§ 4).

B Attributions

Les cours d'appel statuent en appel des jugements des tribunaux administratifs. Mais il ne s'agit pas à l'origine d'une compétence générale ; et l'économie exacte des compétences d'appel transférées du conseil d'État aux nouvelles cours a été très discutée lors des débats d'adoption de la loi de 1987.

1° Le transfert est le principe et concerne, dès l'origine, l'ensemble du plein contentieux, bien que la loi ne le dise pas : litiges contractuels et en matière de responsabilité délictuelle, installations classées, édifices menaçant ruine...

2° Étaient exclus du transfert pour continuer à relever de la compétence d'appel du conseil d'État : les recours en appréciation de légalité, le contentieux des élections locales et les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires. Par la suite, la loi du 8 février 1995 a donné compétence aux cours administratives d'appel pour les appels formés contre les jugements statuant sur des recours pour excès de pouvoir contre des actes réglementaires.

3° Pour les recours pour excès de pouvoir dirigés contre des actes non réglementaires ou individuels, de même que pour les demandes d'indemnité annexes à ces recours, la compétence des cours d'appel est reconnue en principe dès la loi de 1987, mais il est renvoyé à des décrets en conseil d'État pour en fixer les modalités. C'est sur cette base qu'est intervenu le décret du 17 mars 1992 qui a prévu, sur un calendrier allant du 1^{er} septembre 1992 au 1^{er} octobre 1995, la dévolution progressive aux cours administratives d'appel de l'ensemble de la compétence pour se prononcer sur les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs rendus sur les recours pour excès de pouvoir dirigés contre des décisions non-réglementaires.

Ce partage des compétences d'appel entre le conseil d'État et les nouvelles cours répond au souci évident de décharger le premier. Mais parce qu'il était partiel — et pouvait-il en être autrement — et mobile, il a été, jusqu'à la généralisation du transfert par la loi du 8 février 1995, générateur de difficultés, soit qu'une incertitude existe sur l'identité de la juridiction d'appel, soit aussi qu'un même litige soit « éclaté » en fonction de ses caractéristiques propres entre deux procédures d'appel différentes.

On observera enfin que, même si la compétence d'appel des cours est aujourd'hui une compétence très générale, elle reste une compétence d'attribution, le conseil d'État étant juge d'appel des tribunaux administratifs en l'absence de tout texte attribuant compétence à une autre juridiction d'appel.

§ 4. Les tribunaux administratifs

Les tribunaux administratifs sont issus de la transformation, réalisée par le décret du 30 septembre 1953 (portant réforme du contentieux administratif) des anciens *conseils de préfecture*, créés eux-mêmes par la loi du 28 Pluviôse an VIII.

A Organisation

Jusqu'en 1926 l'organisation des conseils de préfecture était caractérisée par leur peu d'indépendance à l'égard de l'administration d'autorité. Créés à raison d'un par département, les conseils de préfecture se trouvaient dans une dépendance étroite vis-à-vis de l'administration préfectorale dont ils constituaient en somme un rouage : les fonctions de président appartenaient au préfet, celles de commissaire du gouvernement étaient exercées par le secrétaire général de la préfecture ; quant aux conseillers,

ne bénéficiant d'aucune garantie de statut, ils ne formaient pas un corps spécial ; leur poste constituait en fait une sorte de stage de l'administration active.

Des décrets de septembre 1926 s'étaient efforcés de détacher les conseils de préfecture de l'administration départementale et d'en faire une véritable juridiction autonome. D'abord les conseils de préfecture avaient cessé d'être départementaux pour devenir inter-départementaux ; il y avait désormais vingt-six conseils de préfecture dont chacun groupait plusieurs départements. En second lieu le préfet et le secrétaire général avaient cessé d'occuper les postes de président et de commissaire du gouvernement ; ces fonctions étaient désormais attribuées à des membres du conseil nommés par décret. Enfin on s'était efforcé de constituer le personnel en un corps spécial divisé en classes, recruté en principe au concours avec un avancement organisé.

Le décret du 30 septembre 1953 a transformé les conseils de préfecture (ainsi que l'ancien tribunal administratif d'Alsace-Lorraine) en « tribunaux administratifs ». Le décret a eu surtout pour objet de leur reconnaître la compétence contentieuse administrative de droit commun jusqu'alors attribuée au conseil d'État. Les nouveaux tribunaux administratifs conservent l'organisation générale de leurs prédécesseurs ; cependant la réforme touche aussi à la composition de ces tribunaux, dont on s'est efforcé d'accroître les garanties d'indépendance et de qualité technique pour leur permettre d'être mieux adaptés à l'importance accrue de leur tâche.

Ainsi, faisant suite à la contestation politique de jugements relatifs au contentieux électoral, la loi du 6 janvier 1986, déjà annoncée par la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique, a entrepris de donner aux juges des tribunaux administratifs des garanties de fonction analogues à celles des magistrats de l'ordre judiciaire.

La loi de 1986, complétée et modifiée par les lois des 25 juin 1990 et 25 mars 1997, s'applique aux conseillers des tribunaux administratifs et aujourd'hui des cours administratives d'appel, mais pas aux membres du conseil d'État. La loi affirme l'inamovibilité des magistrats administratifs en cela qu'exerçant leurs fonctions dans une juridiction administrative, ils ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement. La loi institue d'autre part un conseil supérieur des tribunaux administratifs présidé par le vice-président du conseil d'État et comprenant des représentants élus du corps, des représentants de l'administration et des personnalités nommées respectivement par le président de la République, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ; le conseil connaît des questions relatives à la carrière des magistrats administratifs, à la discipline ainsi qu'au fonctionnement de la juridiction administrative.

B Attributions

Comme le conseil d'État les tribunaux administratifs sont, comme l'étaient déjà les conseils de préfecture, à la fois juges et conseils administratifs ; mais leurs fonctions consultatives sont aujourd'hui réduites.

1. Attributions consultatives

Les conseils de préfecture étaient conçus comme des organes consultatifs auprès des préfets. Les décrets de 1926 ont supprimé l'essentiel de ces consultations et la fonction consultative des tribunaux administratifs est aujourd'hui peu importante.

2. Attributions contentieuses

À trois points de vue la compétence contentieuse des tribunaux administratifs diffère de celle du conseil d'État.

a) Elle est toujours une compétence de premier ressort : tous les jugements des tribunaux administratifs sont susceptibles d'appel devant les cours administratives d'appel ou devant le conseil d'État.

b) Elle est territoriale, limitée au ressort de chaque tribunal.

c) Elle est une compétence de droit commun alors que la compétence du conseil d'État est une compétence d'attribution ; c'est-à-dire que les tribunaux administratifs sont compétents pour tous les procès que la loi n'a pas attribués à un autre tribunal. C'est le décret du 30 septembre 1953 qui a posé ce principe dont on étudiera la portée plus loin.

§ 5. Les juridictions spécialisées

A Présentation générale

À côté des juridictions administratives ordinaires, conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs, dont on vient de traiter, il existe un grand — trop grand ? — nombre de juridictions administratives qui ont en commun d'exercer une compétence d'attribution, spéciale, propre à une catégorie déterminée de litiges et sur la base d'un texte qui, en même temps, les crée et détermine leurs compétences d'attribution.

Ces juridictions spéciales qui — puisque juridictions administratives — relèvent toutes du contrôle de cassation, ou parfois d'appel, du conseil d'État, ont une importance effective très variable. Certaines sont composées de magistrats (les juridictions des comptes) ; la plupart font appel au

concours occasionnel de fonctionnaires ou de praticiens, sans expérience véritable de la juridiction ; la composition de plusieurs d'entre elles se fait sur un schéma corporatif.

B Régime procédural

Étant des juridictions, les juridictions administratives spécialisées, si elles ne sont pas soumises au Code de justice administrative, doivent, sauf texte législatif spécial, respecter les règles et principes de procédure caractéristiques de la catégorie.

Les décisions des commissions du contentieux de l'indemnisation des Français dépossédés outre-mer sont portées en appel devant les cours administratives d'appel. Les autres juridictions administratives spéciales (avec parfois deux degrés de juridiction) relèvent du contrôle de cassation du conseil d'État ; c'est le cas notamment de la cour des comptes, de la cour de discipline budgétaire et financière, des conseils des ordres professionnels, de la commission bancaire, des juridictions universitaires, de la commission de recours des réfugiés et apatrides, du conseil supérieur de la magistrature et de nombreuses juridictions sectorielles de moindre importance.

§ 6. L'arbitrage dans le contentieux administratif ⁶

La tradition a dégagé une doctrine classique hostile à l'arbitrage dans les litiges de droit administratif, au moins pour l'arbitrage interne. Cette prohibition de l'arbitrage est d'abord de caractère organique : c'est la qualité de personne morale de droit public qui interdit de recourir à l'arbitrage. La jurisprudence y avait ajouté un moment l'interdiction de la clause compromissoire dans les contrats administratifs même entre personnes privées.

Volontiers tenue pour naturelle dans le contentieux de l'excès de pouvoir et, plus largement, celui de la légalité des actes administratifs unilatéraux, la prohibition radicale de l'arbitrage pour le règlement de litiges contractuels est généralement critiquée par la doctrine ; et cela depuis longtemps. Ces critiques sont sans doute pour une part dans une évolution actuelle qui ouvre de nouvelles perspectives à l'arbitrage en

6. V. note Y. Gaudemet, *Arbitrage et droit public*, Droit et patrimoine, 2002, n. 105.

droit administratif, surtout pour les activités industrielles et commerciales des personnes publiques. Mais, à ce jour, on n'est pas revenu sur le principe négatif qui gouverne la matière ; et c'est de là qu'il faut partir.

A Le principe de prohibition de l'arbitrage

Le principe est l'interdiction, pour les personnes publiques, de recourir à l'arbitrage. Saisi pour avis en 1986 de la possibilité d'introduire une clause compromissoire dans le contrat passé par différentes personnes publiques françaises avec la société Eurodisneyland, pour la création d'un parc d'attractions près de Paris, le conseil d'État a choisi de rappeler la règle de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques, présentée par lui comme « résultant des principes généraux du droit public français ».

Ces principes généraux veulent que, sous réserve de dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou encore de stipulations de conventions internationales intégrées dans l'ordre interne (on y reviendra), « les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ». Et l'avis précise que « tout compromis ou clause compromissoire conclu en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public »⁷.

Cette solution, comme le rappelle l'avis, prend le relais, par la référence aux principes généraux du droit qu'elle comporte, d'une tradition doctrinale ancienne, parfois appuyée sur les dispositions d'origine du Code de procédure civile. Déjà Laferrière fondait la prohibition de l'arbitrage dans le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires : « comment admettre que l'État puisse accepter des arbitres dans des affaires où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils ? Plus encore que la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est d'ordre public pour l'État »⁸.

Ainsi posé, le principe de prohibition de l'arbitrage vaut certainement pour l'État et les collectivités territoriales et leurs établissements publics à caractère administratif. Il ne vaut pas moins pour les établissements publics industriels et commerciaux⁹ ; ce qui n'est peut-être pas très

7. CE, Avis 6 mars 1986.

8. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, tome 2, p. 152.

9. CE, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, JCP, 1958-II-800, note critique M. Motulsky).

cohérent à partir du moment où la jurisprudence soumet en principe au droit privé et au contentieux judiciaire les activités de cette catégorie d'établissements publics. Enfin la prohibition organique de l'arbitrage paraît valoir aussi pour les personnes publiques spéciales autres que les établissements publics¹⁰.

B Dérogations législatives

L'inarbitrabilité de principe des litiges auxquels les personnes publiques sont parties s'entend sous réserve de dérogations qui peuvent résulter de dispositions législatives spécifiques ou de stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne. Certaines de ces dérogations sont traditionnelles ; d'autres sont plus récentes et on observera qu'elles sont de plus en plus fréquentes, spécialement pour les établissements publics industriels et commerciaux. La codification du Code de justice administrative en donne une énumération d'ailleurs non limitative (art. L. 311-6 du code).

1° La loi du 17 avril 1906, article 69, intervenue notamment pour régler des difficultés auxquelles se heurtait le règlement financier des marchés de travaux et de fournitures conclus pour l'Exposition universelle de 1900, permet à l'État, aux départements et aux communes de recourir à l'arbitrage « tel qu'il est prévu par le livre III du code de procédure civile ». Cette disposition a été reprise au premier code des marchés publics des années 50 (art. 247 et 361), puis aux codes des marchés publics successifs du décret du 7 mars 2001, du décret du 7 janvier 2004 (art. 132), du décret du 1^{er} août 2006 (art. 128) et aussi par l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat public-privé. Elle est remarquable en ce qu'elle prend parti sur le régime de l'arbitrage, qui doit être mené conformément aux dispositions correspondantes du code de procédure civile. On observera que cette procédure n'est toujours pas ouverte aux établissements publics nationaux ; elle l'est en revanche aujourd'hui pour les établissements publics locaux, alors qu'elle ne l'était pas dans la rédaction initiale de la loi de 1906.

2° Une deuxième dérogation possible au principe de la prohibition de l'arbitrage découle de la loi du 9 juillet 1975 reprise aujourd'hui à l'alinéa 2 de l'article 2060 du code civil. L'alinéa premier du texte interdit l'arbitrage sur « les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » ; ce à quoi l'alinéa 2 ajoute que « toutefois

10. Sur cette catégorie de personnes publiques, v. notamment Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1, n. 669 et s.).

des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret compromettre ». Mais le seul décret intervenu à ce titre à ce jour est le décret du janvier 2002 qui autorise à compromettre « les établissements publics à caractère industriel et commercial mentionnés, d'une part, à l'article 146 du code minier (c'est-à-dire Charbonnages de France et les Houillères de bassin), d'autre part, aux articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946 modifiée (c'est-à-dire EDF et GDF) » ... lesquels ne sont plus aujourd'hui des établissements publics.

3° On mentionnera ensuite la loi du 19 avril 1986, article 9, qui fait suite à l'avis du conseil d'État du 6 mars 1986 déjà cité (*supra* A). Il y est indiqué que « l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires ». Le dispositif même de ce texte, conçu spécialement pour permettre de stipuler une clause compromissoire dans le contrat « Eurodisneyland » interdit d'imaginer qu'il puisse recevoir de nombreuses applications.

4° On citera encore des lois spéciales qui, relativement à certains établissements publics ou à certaines catégories d'établissements publics, ont permis l'arbitrage.

Ainsi l'article 25 de la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, qui fait de la SNCF un établissement public industriel et commercial, autorise celle-ci à recourir à l'arbitrage. L'article 3 de la loi du 13 février 1997 créant Réseau ferré de France (RFF) reprend cette solution pour le nouvel établissement public. L'arbitrabilité des litiges contractuels est également consacrée par la loi du 2 juillet 1990 relative au service public des postes et télécommunications pour la Poste (toujours établissement public) et pour France Télécom (qui a eu le statut d'établissement public de 1990 à 1996). La loi du 3 août 1995 transposant une directive communautaire et relative à la restitution des biens culturels comporte un article 3 qui admet l'arbitrage pour les litiges de cet ordre. Plus anciennement l'article L. 431-2 *in fine* du code des assurances reconnaît l'arbitrabilité des litiges intéressant la Caisse centrale de réassurance. La loi du 12 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour le développement de la recherche et le développement technologique, article 19, permet de la même façon aux établissements de recherche couverts par cette loi de « recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers ». Un décret du 1^{er} août 2000 a encore permis aux établissements publics d'enseignement supérieur de recourir à l'arbitrage « en vue du règlement de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers dans le cadre de leurs missions ».

C L'arbitrage international

Tout ceci concerne principalement l'arbitrage de droit interne. La situation est beaucoup plus ouverte, bien qu'un peu confuse, concernant l'arbitrage international. On rappellera que celui-ci est défini par l'article 1492 du code de procédure civile comme « celui qui met en cause les intérêts du commerce international ».

Des conventions internationales auxquelles la France est partie peuvent ainsi écarter la prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques selon le droit français. On citera notamment la convention européenne sur l'arbitrage international du 21 avril 1961 ou convention de Genève, publiée en France par un décret du 26 janvier 1968, dont l'article 2 reconnaît aux « personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de "personnes morales de droit public" la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage ». Il peut s'agir aussi de traités bilatéraux ou trilatéraux, comme le traité de Cantorbery, pour la construction du tunnel sous la Manche, qui prévoit l'arbitrage pour les différends s'élevant entre les États parties et les concessionnaires de l'ouvrage et dans la mise en œuvre du traité de concession.

Plus largement, la cour de cassation juge depuis longtemps que, pour les contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international, l'inarbitrabilité des personnes publiques n'est pas opposable dans les litiges intéressant celles-ci. C'est le sens de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la cour de cassation du 2 mai 1966 *Trésor public c/ Galakis*¹¹ : considérant la règle de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques, la cour de cassation juge que celle-ci, « édictée pour les contrats de droit interne..., n'est pas applicable à un contrat passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime (international) ».

Reste que le conseil d'État a une vision des « contrats passés pour les besoins du commerce international » et comme tels susceptibles d'arbitrage beaucoup plus restrictive que celle de la cour de cassation¹².

D L'arbitrabilité des contrats de droit public entre personnes privées

La question de l'arbitrabilité des contrats administratifs entre personnes privées ne se pose plus aujourd'hui.

11. D, 1966, p. 575, note J. Robert ; et auparavant CA, Paris, 10 avril 1957. *Société Myrton Steamship*, JCP 1957-11-10078, note H. Motulsky et TC, 19 mai 1958, *Société Myrton Steamship*, Rec. Lebon, p. 793.

12. V. à ce sujet note Y. Gaudemet sous CA, Paris, 24 février 1994, *Ministère tunisien de l'Équipement c/ Société Bec frères*, Rev. arbitrage, 1995, p. 275.

Par un arrêt — critiqué sur ce point — du 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes AREA* ¹³, le conseil d'État avait étendu la prohibition organique de l'arbitrage à des contrats conclus entre personnes privées mais que leur objet fait considérer comme des contrats administratifs, soumis à la juridiction du juge administratif ; il s'agit de marchés de travaux passés par les sociétés privées concessionnaires d'autoroute. Le conseil d'État déduisait de l'article 2061 du code civil déclarant nulle la clause compromissoire « s'il n'est disposé autrement par la loi », l'impossibilité d'une telle clause dans ces contrats, commerciaux par leur contenu mais administratifs par qualification de la jurisprudence. Était ainsi écarté en l'espèce l'article 631 du code de commerce qui permet l'arbitrabilité en matière commerciale. Le compromis spécial d'arbitrage restait en revanche en principe possible, mais admis strictement par la jurisprudence.

La réforme de l'article 2061 du code civil par la loi du 15 mai 2001 fait disparaître la difficulté, met un terme à la jurisprudence AREA et permet la clause compromissoire dans les contrats entre personnes privées, même qualifiés d'administratifs. Désormais en effet l'article 2061 du code civil est ainsi rédigé : « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

E Vers une réforme de l'arbitrage en matière administrative

Le régime de l'arbitrage en matière administrative n'est pas aujourd'hui clairement déterminé. Si l'arbitrabilité gagne du terrain et devrait être de plus en plus largement admise, spécialement pour les établissements publics industriels et commerciaux, la question du régime applicable à l'arbitrage de droit administratif est loin d'être réglée et se posera avec d'autant plus d'acuité que l'arbitrage sera plus largement admis.

Le seul texte qui aborde la question est la vieille loi de 1906 (v. *supra* B) dont les dispositions, toujours conservées depuis, renvoient au régime de l'arbitrage de l'actuel livre IV du code de procédure civile. Mais cela ne concerne en toute hypothèse que les arbitrages conduits au titre de la loi de 1906 (actuel art. 128 du code des marchés publics).

Faut-il y voir, au-delà du texte, une indication plus générale ? De la sorte — et au moins sur le terrain de la procédure — l'arbitrage administratif s'inscrirait, pour la généralité des cas, dans le droit commun de l'arbitrage. Ce serait à certains égards une solution sage, en ce que ce

13. Rec. Lebon, p. 69, concl. E. Guillaume.

droit moderne de l'arbitrage, unanimement considéré comme performant, *a priori* vocation à accueillir les procédures d'arbitrage administratif comme les arbitrages commerciaux.

Mais cela ne peut se faire sans quelques adaptations, même si l'on veut garder la trame du code de procédure civile. De ce point de vue de procédure, un équilibre est sans doute à trouver entre l'office propre du juge administratif comme juge d'appoint ou de contrôle et les principes qu'exprime le livre IV du code de procédure civile. Mais comment opérer cette conciliation ? Faut-il légiférer ? Faut-il s'en remettre à la jurisprudence presque inexistante à ce jour en raison de l'inarbitrabilité de principe des litiges administratifs ?

D'autres difficultés encore viennent de la coexistence presque inévitable de contentieux portant sur les actes détachables du contrat et de l'arbitrage proprement dit, sur la base de la clause compromissoire contenue dans celui-ci ou d'un compromis spécial d'arbitrage. Le contentieux de l'acte détachable du contrat administratif, et notamment de la décision de conclure celui-ci qui est toujours considérée comme détachable, est un contentieux de l'excès de pouvoir, ouvert à tout intéressé, et qui peut aujourd'hui conduire indirectement à une remise en cause du contrat qui contient la clause compromissoire. Que devient alors l'arbitrage mené entre temps ? Et la sentence qui a pu être rendue ? À quoi s'ajoute encore que, dans le cas des contrats des collectivités locales et de leurs établissements publics, le préfet a la faculté de déférer le contrat lui-même au juge administratif aux fins d'annulation. L'arbitrage apparaît ainsi dans la dépendance d'un contentieux de la légalité qui ne peut évidemment pas être maîtrisé par les parties.

Un groupe de travail, institué en 2007 par le ministre de la justice a envisagé un avant-projet de loi sur l'arbitrage des personnes publiques, qui reste controversé et qui, en l'état, n'a pas abouti. Au moins est-il clair pour tous aujourd'hui que le problème n'est pas l'inarbitrabilité mais la détermination du régime de l'arbitrage.

Section 3

La compétence de la juridiction administrative

Le problème de la compétence de la juridiction administrative est doublé : 1° il s'agit d'abord de savoir quels sont les litiges qui relèvent de cette juridiction et échappent ainsi aux tribunaux judiciaires : c'est la question de la répartition des compétences entre les deux ordres de

juridictions ; 2° une fois déterminée la compétence de la juridiction administrative, comment est-elle distribuée entre les divers tribunaux qui la constituent ? C'est le problème de la répartition des compétences à l'intérieur de la juridiction administrative.

Pour ce qui est de la répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction judiciaire, il convient d'examiner : 1° comment, par quel mécanisme technique est opérée cette répartition ; 2° quel est son contenu, c'est-à-dire quelles sont les matières finalement dévolues à l'une et à l'autre des deux juridictions.

On traitera d'abord de ces deux questions avant d'envisager celle de la répartition de la compétence à l'intérieur de la juridiction administrative.

§ 1. Le mécanisme de la répartition des compétences

A Les divers procédés de répartition

Le partage des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif relève de la loi ¹⁴.

Lorsque la loi énumère les matières attribuées à chacune des deux juridictions ou au moins à l'une des deux il y a compétence par détermination de la loi. Ce procédé est pratiqué partiellement en France ; il est pratiqué à l'égard des juridictions administratives autres que les tribunaux administratifs, du fait qu'elles sont des juridictions d'attribution.

Mais lorsque le législateur n'a pas indiqué lui-même les domaines de compétences respectives ou bien lorsqu'il ne les a indiqués que sous la forme d'un principe tout à fait général (système dit de la « clause générale »), c'est le juge qui, en développant et interprétant ce principe général, à l'occasion des litiges qu'on lui soumet, devient pratiquement le véritable déterminateur des compétences.

C'est largement ce qui se passe en France pour l'ensemble de la compétence administrative, car le législateur — en dehors des hypothèses d'énumération législative — s'est borné à poser un principe tout à fait général, à savoir celui qui est énoncé dans la loi de 1790 : « Les juges (judiciaires) ne pourront... troubler de quelque manière les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » On conçoit qu'une formule aussi générale laisse au juge un immense champ d'interprétation : quelles sont en effet

14. CE, 30 mai 1962, *Association nationale de la meunerie*, Rec. Lebon, p. 233.

les matières dont la dévolution aux tribunaux judiciaires « troublerait les opérations des corps administratifs » ?

Ce sont donc les tribunaux eux-mêmes, administratifs et judiciaires, qui par leur jurisprudence vont procéder pour les principes — et en l'absence de textes spéciaux — au partage des compétences.

Mais on devine l'inconvénient que présente le système de détermination par les juges : outre qu'il est obscur et difficile à saisir, la juridiction judiciaire et la juridiction administrative peuvent interpréter différemment la clause générale de compétence, se trouver en désaccord sur la dévolution de tel litige particulier ou de l'ensemble d'une matière ; ces désaccords portent le nom de conflits de compétences.

B Les conflits

Le désaccord entre les deux ordres de juridiction peut revêtir plusieurs formes.

1° La juridiction judiciaire étant saisie d'un litige, la compétence, pour le juger, est revendiquée par l'administration au profit, le plus souvent, du juge administratif : c'est le conflit positif.

2° Les deux juridictions successivement saisies d'un même litige se déclarent toutes deux incompétentes : c'est le conflit négatif.

3° Les deux types précédents de conflits ont ceci de commun qu'ils sont l'un et l'autre des conflits d'attribution c'est-à-dire qu'ils portent sur la compétence des deux ordres de juridiction ; mais la coexistence des deux juridictions peut provoquer une autre forme de conflit, le conflit de décisions ; il consiste en ce qu'un tribunal judiciaire et un tribunal administratif ont rendu dans une même affaire des décisions contradictoires.

Voici un exemple : collision entre une automobile de l'administration et une automobile d'un particulier ; un tiers transporté, blessé dans l'accident, poursuit en dommages-intérêts l'automobiliste civil devant la juridiction civile ; celle-ci le déboute, estimant que dans les circonstances de la cause la responsabilité incombe à l'automobile de l'administration ; la juridiction administrative, saisie à son tour d'un recours contre l'État, déboute elle aussi, estimant que la faute incombait à l'automobiliste civil. Il n'y a pas là conflit négatif, puisqu'il n'y a pas eu double déclaration d'incompétence, deux jugements sur le fond ayant été rendus, mais ces jugements sont évidemment contradictoires et le requérant subit pratiquement, ici aussi, un véritable déni de justice du fait de la contrariété des jugements ¹⁵.

15. On verra que, depuis la loi du 31 décembre 1957, la responsabilité de l'État en matière d'accident d'automobile ne relève plus de la juridiction administrative

La contrariété de jugements provoque donc un conflit, mais un conflit d'une nature différente des conflits d'attributions : il y a conflit de décisions, non de compétences.

C Le tribunal des conflits

Qui va trancher ces conflits ? Les deux ordres de juridiction étant indépendants, seul un organisme tiers, de caractère arbitral, peut être qualifié pour les départager. Cet organisme est, en France, le tribunal des conflits.

1. Organisation du tribunal des conflits

Caractère général. — Le tribunal des conflits est organisé sur un type arbitral. Cette formule logique ne date d'ailleurs que de la loi du 24 mai 1872 qui a organisé le tribunal des conflits ; auparavant, c'était le conseil d'État lui-même qui réglait les conflits.

Le caractère arbitral des conflits se traduit par la composition *paritaire* du tribunal des conflits, c'est-à-dire qu'il est composé par moitié de membres des deux juridictions.

Composition. — Le tribunal des conflits comprend : 1^o le ministre de la justice, président ; 2^o trois conseillers à la cour de cassation et trois conseillers d'État élus par leurs collègues ; 3^o deux membres et deux suppléants élus par les sept autres membres ; 4^o deux commissaires du gouvernement et deux commissaires adjoints nommés par décret.

En fait, le ministre de la justice n'intervient que lorsqu'il y a partage de voix et pour départager ; il est ainsi, en quelque sorte, un surarbitre : pratiquement, il est relativement rare qu'il ait à intervenir ; cependant cette particularité de la composition du tribunal des conflits est périodiquement critiquée.

2. Attributions et fonctionnement du tribunal des conflits

Le tribunal des conflits a pour mission de trancher certains conflits d'attribution et les conflits de décisions entraînant un déni de justice ; dans ce dernier domaine sa compétence n'existe que depuis la loi du 20 avril 1932, (v. *supra*, la note 15).

La mission du tribunal des conflits est une mission juridictionnelle. Elle est de dire si tel litige, telle matière rassortissent en droit à la

mais de la juridiction judiciaire. L'exemple donné au texte, qui n'est donc plus valable aujourd'hui, n'est présenté qu'en raison de son caractère topique et du fait que la compétence du tribunal des conflits en la matière a été provoquée par un fait de ce genre (affaire *Rosay*, TC, 8 mai 1933, S. 1933.3.117).

compétence de l'un ou de l'autre ordre de tribunaux ; le tribunal des conflits dit le droit en matière de compétence ; sa fonction est celle d'un juge. On devine d'autre part aisément que sa jurisprudence a une signification et une portée considérables : à l'occasion des conflits jugés, elle délimite la compétence générale de la juridiction administrative et par là tout le domaine du droit public.

a) Le conflit positif

Caractère. — Dans le conflit positif l'intervention du tribunal des conflits revêt un caractère très spécial. Son but essentiel n'est pas de protéger l'intérêt du particulier en litige avec l'administration ; il est de faire respecter l'ordre des compétences, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, et non la protection d'intérêts privés. Il s'ensuit, pour l'aménagement du système, deux traits remarquables.

a) Le premier est que dans le conflit positif le particulier en litige ne peut jamais provoquer l'intervention du tribunal des conflits, c'est-à-dire « élever » devant lui le conflit ; celui-ci ne peut être élevé que par l'autorité publique, plus précisément le préfet.

b) Le deuxième trait est lié aux circonstances historiques dans lesquelles est né le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. On a vu qu'il était né dans une atmosphère de méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire, en vue de protéger l'administration contre le judiciaire ; il s'ensuit que, contrairement à ce que la logique paraîtrait impliquer, le conflit ne peut être élevé que par l'administration pour soustraire un litige à un tribunal judiciaire ; il ne peut pas être élevé par l'ordre judiciaire ou en son nom pour dessaisir un tribunal administratif ; on exprime cette règle en disant que l'élévation du conflit est unilatérale ; elle a en définitive uniquement pour objet de protéger l'administration et, à travers elle, la compétence de la juridiction administrative. De ces idées découle la procédure.

Procédure. — L'élévation du conflit est toujours possible devant les tribunaux civils et les cours d'appel à tout moment de la procédure, mais non devant les cours d'assises ni la cour de cassation.

L'autorité compétente pour élever le conflit est le *préfet* dans son département ; cette intervention d'un administrateur actif indique bien le sens originaire de l'institution : c'est moins la juridiction administrative que l'administration elle-même qui se défend.

Le préfet adresse au tribunal judiciaire saisi du litige un « déclinatoire de compétence » dans lequel il lui demande de se dessaisir. Si le tribunal rejette le déclinatoire le préfet prend dans le délai de quinze jours un arrêté de conflit qui a pour effet de dessaisir le tribunal et d'élever le conflit.

Le tribunal des conflits, saisi de l'affaire, juge le conflit ; sa décision consiste uniquement : s'il estime la juridiction administrative compétente, à confirmer l'arrêt de conflit, ce qui a pour effet de dessaisir définitivement le tribunal judiciaire ; s'il estime la juridiction judiciaire compétente, à annuler l'arrêté de conflit, ce qui ressaisit automatiquement le juge civil.

b) Le conflit négatif

Caractère. — Dans le conflit négatif l'intervention du tribunal des conflits a un tout autre caractère. On voit bien en effet qu'ici l'administration n'est en rien menacée puisque les deux juridictions se sont déclarées incompétentes. Ce qui apparaît alors au premier plan, c'est le déni de justice au préjudice d'un plaideur qui cherche son juge et ne le trouve pas. C'est la protection des intérêts privés qui anime l'institution.

Procédure. — La conséquence est que c'est le particulier, qui s'est heurté à une double déclaration d'incompétence, qui saisit lui-même le tribunal des conflits. Celui-ci annule le jugement du tribunal qui s'est déclaré à tort incompétent.

En principe, aujourd'hui, le conflit négatif doit être évité, prévenu par les mécanismes de renvoi prévus par le décret du 25 juillet 1960 (*infra*, d).

c) Le conflit de décisions

Caractère. — Le conflit de décisions se rapproche du conflit négatif en ce qu'il a lui aussi pour objet de protéger l'intérêt du particulier lésé. Mais il se distingue radicalement des conflits d'attribution en ce qu'il porte sur des jugements au fond.

Procédure. — Il en résulte :

— que le tribunal des conflits est saisi, comme dans le conflit négatif, par le particulier victime du conflit ;

— mais que, à la différence des conflits positif et négatif, le tribunal des conflits ne se contente pas de prononcer une annulation : il juge lui-même et définitivement le litige au fond en substituant sa décision aux décisions antérieures.

d) Les procédures de renvoi

Aux modalités d'intervention du tribunal des conflits que l'on vient de voir un décret du 25 juillet 1960 a ajouté deux procédures nouvelles, dites *de renvoi*.

En premier lieu, lorsqu'un tribunal judiciaire ou administratif a, par une décision devenue définitive, déclaré incompétent l'ordre juridictionnel dont il relève, toute juridiction de l'autre ordre, saisie à son tour,

doit, si elle estime incompétent l'ordre dont elle relève, renvoyer la question de compétence au tribunal des conflits. Cette procédure est destinée à accélérer le règlement du conflit et prévient normalement la constitution de conflits négatifs.

En second lieu, le conseil d'État et la cour de cassation (mais ces deux juridictions seulement) peuvent, lorsqu'ils sont saisis d'un litige qui leur paraît présenter une « difficulté sérieuse » de compétence, renvoyer immédiatement au tribunal des conflits le soin de trancher cette question de compétence. À la différence du cas précédent, le renvoi est ici facultatif.

§ 2. Le contenu de la répartition des compétences ¹⁶

A L'évolution des principes de répartition

La répartition des compétences entre les juridictions administrative et judiciaire a subi depuis l'origine des changements considérables.

À l'origine, jusque vers le milieu du XIX^e siècle, les tribunaux administratifs ont été considérés comme compétents pour tous les procès dans lesquels l'administration était en cause.

Puis la compétence de la juridiction administrative s'est trouvée restreinte parce qu'elle a été liée et limitée aux activités de puissance publique par opposition aux activités de gestion considérées comme relevant du juge judiciaire.

À la suite de l'abandon de la distinction puissance publique-gestion, le critère nouveau qui fut adopté par le tribunal des conflits dans l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873 fut celui du service public. Relèvent des tribunaux administratifs tous les procès qui mettent en cause l'organisation ou le fonctionnement des services publics ; tel fut le principe qui, appliqué d'abord aux services publics de l'État, fut par la suite confirmé et étendu aux services publics des collectivités locales, départements et communes, dans une série d'arrêts célèbres ¹⁷.

Mais ultérieurement la jurisprudence administrative devait de nouveau restreindre la sphère de compétence de la juridiction administrative en abandonnant aux tribunaux judiciaires de très vastes secteurs du conten-

16. Sur les liens de cette question avec celle de l'objet et du critère du droit administratif, v. *supra*, chap. 2.

17. CE, 6 février 1903, *Terrier*, S. 1903.3.25, concl. Romieu ; TC, 28 février 1908, *Feutry*, S. 1908.3.97.

tieux des services publics ; le juge judiciaire a regagné un terrain considérable à mesure que s'est développée la gestion privée des services publics. Ainsi, au stade actuel de l'évolution, la notion de service public, si elle joue un rôle important dans la répartition des compétences, ne suffit plus à elle seule à régler cette répartition car il ne suffit pas qu'il y ait service public pour qu'apparaisse la compétence des tribunaux administratifs, une grande partie du contentieux des services publics relevant aujourd'hui des tribunaux judiciaires.

B Les principes généraux actuels

1. Premier principe

La juridiction administrative n'est, en règle générale (mais avec quelques exceptions qu'on n'abordera pas ici), compétente qu'à l'égard de litiges auxquels l'administration est partie, c'est-à-dire de litiges opposant soit un particulier à une collectivité publique, soit deux collectivités publiques l'une à l'autre. C'est le critère dit organique.

2. Deuxième principe

Parmi les litiges auxquels l'administration est partie, seuls relèvent de la juridiction administrative ceux qui mettent en cause des prérogatives de puissance publique et généralement concernent une activité de service public ; relèvent au contraire du juge judiciaire les procès nés des activités privées de l'administration, en particulier de la gestion de son domaine privé^{18 19}.

18. P. ex. CE, 28 novembre 1975, *Office national des forêts c/ Abamonte*, Rec. Lebon, 602 ; D., 1976, 355, note Auby ; RDP, 1976, p. 1051, note Waline : à propos d'un accident survenu dans une carrière d'une forêt domaniale ouverte au public.

19. Toutefois, la jurisprudence considère comme relevant du juge administratif les litiges relatifs aux *actes réglementaires* concernant le domaine privé (CE, 9 juillet 1948, *Bourgade*, Rec. Lebon, p. 314). Par ailleurs, elle applique à la *gestion* de ce domaine la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun et admet en conséquence que relèvent du juge administratif les litiges relatifs aux contrats administratifs conclus pour la gestion du domaine privé (TC, 22 novembre 1965, *Calmelte*). V. sur tous ces points, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, n. 681 et s.

3. Troisième principe

La juridiction administrative n'est compétente qu'à l'égard des services publics de l'administration. Cette précision limite la compétence de la juridiction administrative dans deux directions.

1° *Du côté du pouvoir législatif*. La juridiction administrative se déclare incompétente pour connaître de tout contentieux intéressant l'activité des organes législatifs. Ce principe est absolu en ce qui concerne l'activité des assemblées elles-mêmes.

En va-t-il de même en ce qui concerne les actes des organes administratifs de ces assemblées (présidence, secrétariat, questures) ? Avant 1958, la jurisprudence assimilait ces actes, dits « actes parlementaires », à des actes législatifs et étendait l'incompétence de la juridiction administrative aux activités des organes d'administration interne des assemblées ainsi qu'aux mesures prises par le gouvernement et concernant les élections parlementaires.

L'ordonnance portant loi organique du 17 novembre 1958 réduit sensiblement cette immunité juridictionnelle des « actes parlementaires ». Désormais des actions en responsabilité peuvent être intentées devant la juridiction compétente pour en connaître en raison des dommages causés par les services des assemblées parlementaires et, par ailleurs, la juridiction administrative est compétente, parce que la loi en dispose ainsi, pour connaître des litiges d'ordre individuel concernant les agents des services des assemblées parlementaires (loi, 13 juillet 1983, art. 31) ²⁰.

En outre, le conseil d'État a accepté de connaître du contentieux de marchés passés par les assemblées parlementaires ²¹. On peut se demander s'il acceptera demain — il faut en tous les cas le souhaiter — de connaître des décisions de construction ou démolitions que prendraient « les autorités compétentes » du Sénat ou de l'Assemblée nationale au titre du — surprenant — article 76 de la loi du 2 juillet 2003 qui, pris sur proposition des questeurs du Sénat, dispose : « en application du principe de la séparation des pouvoirs et de l'autonomie des assemblées parlementaires qui en découle, les règles applicables à la gestion du patrimoine constitué par le jardin du Luxembourg, dont l'affectation au Sénat résulte de l'article 2 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, ainsi que les règles relatives aux constructions, démolitions, travaux, aménagements et installations dans le périmètre et sur les grilles du jardin, sont fixées par les autorités compétentes du Sénat ».

20. CE, 4 nov. 1987, *Assemblée nationale c/ Mme Cazès*, AJDA, 1988, p. 298, observ. S.S.

21. CE, 5 mars 1999, *président de l'Assemblée nationale*, RJEP, 1999, p. 181, concl. C. Bergeal.

2° *Du côté du pouvoir judiciaire.* Le contentieux du service public de la justice judiciaire échappe aux tribunaux administratifs.

Toutefois l'incompétence de la juridiction administrative est moins étendue et moins rigoureuse vis-à-vis du pouvoir judiciaire que vis-à-vis du pouvoir législatif.

D'une part en effet le principe est que la juridiction administrative est incompétente pour connaître des litiges qui mettent en cause le fonctionnement de la justice judiciaire (décisions judiciaires, mise en mouvement de l'action en justice, mesures d'exécution des jugements), mais qu'elle est au contraire compétente pour connaître des mesures concernant l'organisation de la justice judiciaire (création et organisation des tribunaux²² : statut et discipline des magistrats).

D'autre part la juridiction administrative a de plus en plus largement admis sa compétence concernant le statut et la discipline des magistrats.

4. Quatrième principe

En ce qui concerne le contentieux des services publics de l'administration eux-mêmes, la juridiction administrative n'est plus aujourd'hui toujours compétente. Une vaste partie de ce contentieux relève du juge judiciaire. On ne peut en faire l'inventaire qu'en examinant successivement, comme on va le faire ci-dessous, les divers titres de compétence judiciaire en matière d'activité de service public.

C Les titres de compétence judiciaire en matière d'activités administratives de service public

1. Compétence judiciaire par détermination de la loi

De nombreux contentieux, très divers, ont été attribués par des textes législatifs aux tribunaux judiciaires bien que concernant des services publics administratifs ; c'est par exemple le cas du contentieux des impôts indirects (L. 5 Ventôse An XII) ou de la sécurité sociale, ce dernier étant attribué à des commissions spéciales relevant du contrôle de la cour de cassation (L. 24 octobre 1946).

Un autre exemple, très remarquable, de compétence judiciaire par détermination de la loi est fourni par le contentieux des dommages causés par les véhicules : pour unifier la compétence en cette matière et éviter que des litiges analogues relèvent de juridictions différentes selon que le véhicule qui est à l'origine du dommage est un véhicule administratif ou un véhicule privé, la loi du 31 décembre 1957 soumet au juge judiciaire

22. TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, JCP, 1953.II.7598, note G. Vedel.

les actions en réparation de dommages causés « par un véhicule quelconque », même si l'accident s'est produit à l'occasion du fonctionnement d'un service public auquel le véhicule pouvait être affecté.

2. La gestion privée à l'occasion des services publics

Ce titre de compétence judiciaire au sein des activités de service public s'est développé progressivement et est aujourd'hui d'une grande importance.

La gestion privée dans les services publics apparaît dans le cas des contrats de droit privé (ou de droit commun) conclus par l'administration. Le contentieux de ces contrats relève de la juridiction judiciaire, nonobstant le fait qu'ils sont conclus à l'occasion du fonctionnement d'un service public, la juridiction administrative n'étant compétente que pour connaître des contrats administratifs proprement dits.

Quant aux services publics à gestion privée ou à régime mixte, ils sont constitués en premier lieu et au premier chef par les services publics industriels et commerciaux, dont l'activité relève presque intégralement de la compétence judiciaire, tandis que les services publics professionnels, et les services publics gérés par des organismes privés relèvent de régimes mixtes dans lesquels, à tout le moins, une place est faite à la compétence de la juridiction judiciaire.

3. La compétence judiciaire en matière de propriété privée et de libertés publiques

L'action administrative peut entraîner des atteintes diverses à la propriété ou aux libertés des citoyens. Selon une idée traditionnelle consacrée par le conseil constitutionnel²³, en France, le pouvoir judiciaire est le gardien de ces droits fondamentaux, et notamment de la liberté individuelle (art. 66, Constitution). Sur cette base reposent des titres de compétence judiciaire.

Cette compétence est quelquefois prévue par la loi (exemples : expropriation ; indemnisation des propriétés traversées par des réseaux de distribution électrique ; violation de la liberté individuelle).

Mais, par analogie, la jurisprudence a étendu la compétence judiciaire au-delà des textes. Le principe est en réalité plus exactement coutumier ; il se rattache au fondement individualiste et libéral de notre droit public et à la vieille idée selon laquelle le pouvoir judiciaire protégerait ces « droits sacrés » mieux que le juge administratif.

La jurisprudence a tendance à donner à ce principe une portée très générale et par la suite à développer ses applications (TC, 18 décembre 1947, *Hilaire*, JCP, 1948.4087 : « Considérant que la sauvegarde de

23. Déc. 23 janvier 1987, RDP, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet.

la liberté individuelle et la protection de la propriété privée rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire... »). Néanmoins le principe n'entraîne pas une compétence judiciaire générale et absolue chaque fois qu'une liberté ou une propriété est en cause ; la compétence judiciaire n'apparaît que dans le cadre de théories particulières, celles de l'emprise et de la voie de fait.

L'institution de procédures de référés efficaces, et notamment du « référé-liberté », par la loi du 30 juin 2000 (actuel art. L. 521-2 du Code de justice administrative), redonne de l'importance à l'intervention du juge administratif en ces matières ; celui-ci peut, en référé « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » à laquelle l'administration « aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

a) *Théorie de l'emprise*

Il y a emprise lorsque l'administration porte atteinte à une propriété privée immobilière sous la forme d'une main-mise momentanée ou définitive.

L'emprise est ainsi une notion exclusivement limitée à la propriété immobilière. Elle constitue une atteinte à cette propriété mais une atteinte d'un genre particulier consistant dans une occupation c'est-à-dire une dépossession ; elle diffère ainsi du simple dommage qui pourrait être causé à un immeuble par une action extérieure.

En raison de ce caractère de dépossession, les tribunaux judiciaires, gardiens du droit de propriété, sont compétents pour évaluer le préjudice résultant de l'emprise pour le propriétaire. Inspirée par l'analogie avec des hypothèses où elle était prévue par la loi, cette compétence judiciaire a été admise comme un principe et étendue par la jurisprudence en dehors même des textes.

Toutefois le contentieux de l'emprise ne relève du juge judiciaire que si l'emprise est irrégulière ; si au contraire l'emprise résulte d'une opération régulière, la juridiction administrative demeure compétente ²⁴.

Le juge judiciaire est compétent pour apprécier « l'ensemble des préjudices » qui résultent de l'emprise. Toutefois il ne peut pas apprécier lui-même la régularité de l'acte administratif sur lequel se fonde l'occupation (v. *infra* questions préjudicielles).

b) *Théorie de la voie de fait*

La théorie de la voie de fait a une portée beaucoup plus étendue que la théorie de l'emprise à la fois dans sa définition et ses conséquences.

24. CE, 65, février 1961, *Werquin*, RDP, 1961, 321, concl. Braibant.

Il y a voie de fait lorsque, dans l'accomplissement d'un acte matériel, l'administration commet une irrégularité grossière portant atteinte à une liberté ou à une propriété privée.

La voie de fait est ainsi une irrégularité administrative d'un genre particulier.

1° Elle concerne les *actes matériels d'exécution*. Dans l'intérêt pratique des justiciables la jurisprudence a même admis, à propos des réquisitions, que la « menace précise d'exécution » pouvait suffire pour constituer une voie de fait ²⁵.

2° Elle suppose une *irrégularité grave, grossière*. Du reste cette irrégularité peut concerner : soit la *mesure d'exécution elle-même* parce qu'elle aura été entachée de vices ou encore parce que l'exécution forcée ne pouvait pas être employée ; soit la *décision juridique* dont la mesure matérielle est l'exécution, lorsque cette décision est gravement illégale.

Ces principes ont été illustrés par une jurisprudence abondante et abondamment commentée relative aux réquisitions. Cette jurisprudence a admis que : *a)* lorsqu'une réquisition est suivie d'exécution forcée (occupation par la contrainte), l'emploi d'une telle procédure, dans les cas où elle n'est pas légale constitue par elle seule une voie de fait ; *b)* lorsqu'il n'y a pas exécution forcée mais que la décision juridique elle-même est irrégulière, il y a voie de fait lorsque cette décision est grossièrement irrégulière : « manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire et ne constituant ainsi de toute évidence qu'une simple voie de fait... ».

3° La voie de fait suppose enfin une atteinte portée soit au *droit de propriété* soit à une *liberté publique*. Lorsqu'il y a atteinte à une propriété immobilière, la voie de fait pourrait être ramenée à l'emprise (hypothèse par exemple du concessionnaire d'électricité installant des pylônes sur une propriété sans remplir les conditions légales), mais la voie de fait peut consister dans une atteinte à la propriété mobilière ²⁶ et aussi à une liberté publique, par exemple : saisie irrégulière ordonnée par un préfet d'un journal ²⁷, ou de photographies ²⁸, ordre donné par un maire d'enlever la grille d'une église ²⁹.

La voie de fait entraîne la compétence du juge judiciaire pour le contentieux des réclamations du particulier lésé par l'action administrative. Par ailleurs la compétence du juge judiciaire est ici particulièrement étendue ; elle dépasse celle qui résulte de l'emprise. En effet, lorsqu'il

25. TC, 18 décembre 1947, *Hilaire*, JCP, 1948.4087, note Vedel.

26. CE, 10 octobre 1969, *Consorts Muzelier*, Rev. adm., p. 1970, concl. Braibant.

27. TC, 8 avril 1935, *L'Action française*, D. 1953, p. 73, note Waline.

28. CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, S. 1950.3.49.

29. TC, 4 juillet 1934, *curé de Réalmont*, S. 1935, p. 97, note Laroque.

y a voie de fait, le juge judiciaire est compétent non seulement pour prononcer contre l'administration des condamnations pécuniaires, mais aussi pour condamner l'administration à des obligations de faire (restitutions, expulsions, destructions) contrairement aux principes généraux et pour apprécier lui-même l'irrégularité de l'acte administratif et constater ainsi l'existence de la voie de fait.

Toutefois, lorsque la voie de fait résulte du caractère gravement irrégulier de la décision administrative exécutée, sa constatation peut être faite par le juge administratif aussi bien que par le juge judiciaire, une telle décision étant « nulle et non avenue »³⁰, mais le juge judiciaire est seul compétent pour faire cesser la voie de fait et condamner l'administration à des réparations pécuniaires.

L'avènement du référé-liberté par la loi du 30 juin 2000 n'a pas mis fin à la procédure de la voie de fait, devant le juge judiciaire, même si elle en rend les hypothèses moins nombreuses³¹.

4. La compétence judiciaire : questions préalables et questions préjudicielles³²

Ce dernier titre de compétence judiciaire a un caractère particulier. Il ne s'agit plus du cas où une question contentieuse relative à une activité ou acte administratif constitue l'objet principal d'un procès mais de celui où cette question est soulevée au cours d'un procès, par voie d'exception, au titre de question accessoire.

Par exemple au cours d'un procès entre deux, particuliers, soumis correctement à un tribunal judiciaire, l'un des plaideurs soutient qu'un acte administratif, invoqué par son adversaire, est illégal. Cette question n'est qu'accessoire mais le sort du procès principal en dépend. Or elle ressortit par sa nature au contentieux administratif. Le tribunal judiciaire peut-il néanmoins la trancher lui-même ou doit-il la renvoyer au juge administratif et, en attendant la réponse de celui-ci, surseoir à statuer ? Si l'on adopte la première solution on dit que la question est préalable ; avec la seconde, la question est dite préjudicielle.

Pratiquement, la seconde solution, retardant le procès, est fâcheuse pour le plaideur. D'autre part c'est un principe général de procédure que le juge de l'action est juge de l'exception.

30. TC, 27 juin 1966, *Guigon*, D. 1966, p. 7, note Douence.

31. TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, AJDA, 2001, p. 143.

32. V. Y. Gaudemet, *Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction*, RFDA, 1990, p. 704.

Mais ce dernier principe — applicable lorsque, le procès étant porté devant un tribunal judiciaire, la question accessoire relève d'un autre tribunal également judiciaire — ne doit-il pas céder ici du fait qu'est en cause le partage de compétence entre deux ordres différents de juridictions ? Il s'agit, on le voit, de la portée même du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Aussi la formule de la question préjudicielle s'applique-t-elle assez largement devant le juge civil³³. Cependant dans certains cas la question est simplement préalable ; c'est dans cette mesure que l'on rencontre ici un nouveau titre possible de compétence judiciaire en matière d'activité administrative.

La question se pose essentiellement sous la forme de l'interprétation d'un acte administratif ou de l'appréciation de sa légalité. Un tribunal judiciaire, saisi d'un procès au cours duquel il y a lieu d'interpréter le sens d'un acte administratif ou d'apprécier s'il a été légalement accompli, peut-il y procéder lui-même ?

Il faut distinguer selon que la question est posée devant le juge judiciaire répressif ou devant le juge civil.

1° *Le juge répressif* a toujours affirmé sa compétence de principe sur les actes administratifs, et ne reconnaissait de question préjudicielle imposant le renvoi au juge administratif que pour, d'une part l'interprétation d'un acte administratif individuel³⁴, et d'autre part l'appréciation de la légalité d'actes administratifs individuels qui ne sont pas le fondement de la poursuite³⁵.

Ce système était différent de celui adopté par le tribunal des conflits dans l'arrêt *Avranches et Desmarets*³⁶, selon lequel « l'appréciation de la légalité des actes administratifs non réglementaires est, sauf prescription législative contraire, réservée à la juridiction administrative en vertu de la séparation des pouvoirs ».

L'article 111-5 du code pénal issu de la loi du 22 juillet 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1994, consacre le caractère absolu de la plénitude de juridiction du juge pénal et interdit les renvois au juge administratif au titre de la question préjudicielle : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. »

33. Le mécanisme de la question préjudicielle est également celui qui est appliqué dans l'hypothèse inverse c'est-à-dire lorsque, devant un tribunal administratif est soulevée par voie accessoire une question rentrant dans la compétence judiciaire (questions d'état civil, domicile, propriété,...). Le juge administratif doit en pareil cas surseoir à statuer et renvoyer les parties devant le juge judiciaire.

34. Cass. crim., 1^{er} juin 1967, *Gaz. Pal.*, 1967.II.41.

35. Cass. crim., 5 décembre 1989, *Dr. adm.*, 1990, p. 335.

36. 5 juillet 1951, *Rec. Lebon*, p. 638.

2° *Devant le juge civil*, les principes ont été fixés par l'arrêt *Septfonds* du 16 juin 1923³⁷ qui donne un plein effet au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et n'écarter la question préjudicielle que pour l'interprétation des actes réglementaires.

Enfin le juge civil peut apprécier lui-même la validité du règlement lorsque celui-ci a pour objet d'apporter des limitations à une liberté publique ou au droit de propriété. Il s'agit là encore d'une nouvelle application de la notion du pouvoir judiciaire gardien des libertés et de la propriété³⁸.

§ 3. La répartition des compétences à l'intérieur de la juridiction administrative

Une fois déterminé le domaine de compétence qui échappe aux tribunaux judiciaires pour relever de la juridiction administrative, il reste à savoir comment cette compétence est distribuée à l'intérieur de cette juridiction entre les diverses catégories de tribunaux qui la constituent.

La distinction qui permet de régler cette distribution interne est la distinction entre juge administratif de droit commun et juges administratifs d'attribution. Au juge de droit commun, reviennent toutes les catégories de litiges relevant de la juridiction administrative qui n'ont pas fait l'objet d'une attribution particulière à un autre tribunal. Les autres tribunaux administratifs sont juges d'attribution, c'est-à-dire qu'ils ne sont compétents qu'à l'égard des matières relevant du contentieux administratif qui leur ont été limitativement et expressément attribuées par la loi.

Comment cette distinction est-elle utilisée dans le contentieux administratif français ?

A Historique du système actuel

Le système actuel est le résultat d'une transformation complète réalisée par le décret du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif.

Jusqu'à cette date le principe fondamental était celui de la compétence du conseil d'État comme juge administratif de droit commun en premier

37. Rec. Lebon, p. 498.

38. TC, 30 octobre 1947, *Barinstein*, D. 1947, p. 477 — v. G. Vedel. De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein*. JCP, 1948-I-682.

et dernier ressorts ³⁹. Les autres tribunaux administratifs étaient des juges d'attribution.

Les conseils de préfecture étaient ainsi des juges d'attribution. Mais leur compétence avait été progressivement élargie. Dès leur création par la loi du 28 Pluviôse an VIII les conseils de préfecture s'étaient vu attribuer des domaines importants de compétence dont les principaux étaient le contentieux des travaux publics et celui des impôts directs ; puis, à la suite de réformes successives dont la plus importante avait été réalisée par le décret-loi du 5 mai 1934, les conseils de préfecture étaient devenus en outre juges du contentieux des élections locales (élections des conseillers généraux et municipaux, des maires) et finalement juges de tout le contentieux des collectivités locales (responsabilité, contrats, etc., des départements et communes).

Cependant cette extension de la compétence des conseils de préfecture est apparue elle-même insuffisante pour décongestionner le conseil d'État dont l'encombrement avait fini par entraîner une crise grave de la justice administrative française, le conseil ne pouvant parvenir à combler ni même à freiner son retard dans la liquidation du contentieux.

Ce fut là l'origine et la raison de la réforme de 1953 qui, en même temps qu'elle a transformé les conseils de préfecture en « tribunaux administratifs », comme on l'a déjà signalé, a transféré du conseil d'État à ces tribunaux administratifs la qualité de juges administratifs de droit commun.

B Compétence des tribunaux administratifs, juge de droit commun

Aux termes du décret du 30 septembre 1953 les tribunaux administratifs sont désormais juges administratifs de droit commun ; leur échappent seulement les matières du contentieux administratif que la loi attribue à d'autres tribunaux ; le décret du 30 septembre laisse d'ailleurs à ce titre entre les mains du conseil d'État une importante compétence d'attribution.

La compétence des tribunaux administratifs est évidemment une compétence territoriale, limitée au ressort de chaque tribunal, dont les règles sont organisées autour du principe que le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a son siège l'autorité qui a pris la décision attaquée ou signé le contrat litigieux. À ce principe

39. Ce principe du conseil d'État juge de droit commun datait de l'arrêt *Cadot* du 13 déc. 1889 ; mais rappelons qu'avant cette date ce n'était pas un autre tribunal administratif qui était juge de droit commun mais le *ministre* (théorie du ministre-juge).

sont apportées de nombreuses exceptions particulières destinées surtout à éviter un trop grand encombrement du tribunal administratif de Paris ⁴⁰.

Par ailleurs, il est précisé que les règles de compétence territoriale sont d'ordre public ; les parties ne peuvent y déroger conventionnellement, sauf toutefois en matière de contrats.

C Compétence du conseil d'État

Les juridictions administratives autres que les tribunaux administratifs sont juges d'attribution.

Le conseil d'État ainsi, en dehors bien entendu de sa compétence comme juge d'appel ou de cassation, n'est, en premier et dernier ressort, qu'un juge administratif d'attribution.

Mais le décret du 30 septembre 1953 lui laisse une importante compétence, élargie par quelques textes postérieurs et par l'interprétation jurisprudentielle. Il est remarquable qu'elle concerne les actes ou les procès administratifs les plus importants.

Le conseil d'État demeure ainsi juge de premier et dernier ressort en ce qui concerne notamment : 1^o les recours pour excès de pouvoir formés contre les décrets réglementaires et individuels ; 2^o les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République ; 3^o les recours dirigés contre les actes administratifs dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ; 4^o les litiges d'ordre administratif nés hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs ; 5^o les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes réglementaires des ministres ainsi que contre les actes des ministres qui sont pris obligatoirement après avis du conseil d'État (D., 13 juin 1966) ; 6^o les recours en annulation dirigés contre les *décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale* (D., 26 août 1975) ; etc.

40. En particulier, pour les litiges relatifs aux biens (déclarations d'utilité publique, domaine public), le tribunal compétent est celui de la situation du bien ; pour les litiges relatifs aux contrats le tribunal du lieu où est exécuté le contrat et, à défaut, celui du lieu où l'autorité administrative a signé le contrat ; en matière de contentieux individuel des fonctionnaires celui du lieu d'affectation du fonctionnaire ; en matière de responsabilité, selon les cas, celui du lieu où s'est produit le fait dommageable, celui du lieu où siège l'autorité qui a pris la décision dommageable ou celui de la résidence du requérant.

D Procédure instituée pour le règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative

Le mécanisme général de répartition des compétences au sein de la juridiction administrative, tel qu'il résulte de la réforme de 1953, n'a pas été modifié depuis lors. Mais un décret du 22 février 1972 complété par un décret du 29 août 1984 a modifié le mode de règlement des difficultés de compétence susceptibles de se produire, en vue d'accélérer et de simplifier ce règlement, au moyen des règles suivantes.

1° Le conseil d'État et les tribunaux administratifs (mais non les autres juridictions administratives) peuvent désormais, lorsqu'ils sont saisis de conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste, rejeter ces conclusions, nonobstant le fait que le juge qui a été saisi n'est pas celui des deux qui était compétent sur le fond (alors que jusque-là ils ne pouvaient que se déclarer incompétents). Le conseil d'État peut prononcer lui-même le non-lieu, lorsqu'il est incomplètement saisi. Il dispose de ces mêmes possibilités dans les cas où la compétence normale serait celle d'une juridiction administrative spécialisée.

2° Lorsque le conseil d'État est saisi de conclusions relevant non de sa compétence mais de celle d'une juridiction administrative spécialisée, il renvoie à la juridiction compétente, laquelle — c'est l'innovation — ne peut dès lors décliner sa compétence ; ce renvoi peut être décidé par ordonnance non motivée du président de la section du contentieux du conseil d'État.

3° Lorsque le conseil d'État est saisi de conclusions relevant d'un tribunal administratif, le président de la section du contentieux rend une ordonnance non motivée, insusceptible de recours, qui attribue l'affaire au tribunal administratif qu'il déclare compétent ; ce tribunal ne peut décliner sa compétence que pour soulever l'incompétence de la juridiction administrative elle-même.

4° Lorsqu'un tribunal administratif est saisi de conclusions qu'il estime relever d'un autre tribunal appartenant à la juridiction administrative, des procédures de renvoi au conseil d'État ou au président de la section du contentieux du conseil d'État (selon les cas) permettent d'accélérer le règlement de la question de compétence.

Section 4

Le mécanisme de la justice administrative

Les recours contentieux

Le mécanisme de la justice administrative est mis en mouvement au moyen de recours portés par les administrés devant les divers tribunaux administratifs.

Avant d'analyser ces recours, il convient de décrire la situation particulière dans laquelle se trouve l'administration vis-à-vis de la justice. En effet, cette situation est différente de celle dans laquelle se trouve un plaideur ordinaire devant son juge ; l'originalité consiste dans certains privilèges dont bénéficie l'administration.

§ 1. Les privilèges de l'administration dans ses rapports avec la justice

Lorsqu'un litige s'élève entre particuliers, son règlement est soumis aux règles suivantes.

1° Le particulier qui se prétend titulaire d'un droit et dont la prétention est contestée par son adversaire ne peut exercer ce droit qu'après l'avoir fait constater par un juge et obtenu de lui le titre exécutoire résultant du jugement ; il ne peut, dit-on couramment, « se faire justice à lui-même ».

2° Du même coup, il apparaît que c'est le titulaire du droit contesté qui doit prendre l'initiative de l'action en justice ; il est *demandeur* et doit ainsi supporter la charge de la preuve, son adversaire étant défendeur.

3° Dans un procès civil, le particulier qui succombe peut être condamné par le juge, selon l'objet du litige, aux obligations les plus diverses, non seulement à des obligations pécuniaires (débiteur condamné à payer), mais aussi à des obligations de faire ou de ne pas faire.

4° Lorsque le jugement a été prononcé, la partie qui a triomphé peut faire exécuter le jugement par la contrainte, au moyen des voies d'exécution et requérir à cet effet le concours de la force publique, en application de la formule exécutoire incluse dans le jugement.

Les privilèges de l'administration dans ses rapports avec la justice consistent précisément en ce que, lorsque c'est elle qui veut réaliser ses droits à l'encontre des particuliers, elle est plus ou moins dispensée des règles précédentes ; les privilèges dits du préalable et de l'exécution d'office lui permettent d'éluder les deux premières règles ou d'y trouver

des tempéraments ; le *principe de l'indépendance de l'administration vis-à-vis du juge* la protège des conséquences des deux dernières, dans certaines limites.

A Le privilège du préalable et l'exécution d'office

1. Définitions

Lorsque l'administration veut réaliser une situation de droit à l'encontre d'un administré et qu'elle se heurte à la résistance de celui-ci, elle peut vaincre directement cette résistance en prenant une décision exécutoire. Elle n'a pas besoin d'avoir recours préalablement à un juge ; cette dispense de s'adresser d'abord à la justice est désignée comme le privilège du préalable.

La décision prise, étant exécutoire, permet-elle à l'administration de passer immédiatement à l'exécution par la contrainte ? Lorsque cela est possible — ce qui n'est pas toujours le cas —, il y a exécution « par voie administrative » (par opposition à l'exécution « par voie judiciaire ») ; on est en présence d'une exécution d'office.

Ces deux formules évitent donc à l'administration le recours au juge et la dispensent de la règle à laquelle sont soumis les particuliers.

Par ailleurs, la procédure de la décision exécutoire entraîne comme autre résultat que, si le particulier entend persister dans son attitude d'opposition, il n'a que la ressource de s'adresser lui-même au juge : l'administration peut ainsi contraindre l'administré à prendre dans le procès la position défavorable de demandeur.

La situation de l'administré est d'autant plus défavorisée que les recours qu'il peut tenter devant les juridictions administratives ne sont pas en principe suspensifs, c'est-à-dire que l'administration peut poursuivre l'exécution entreprise malgré le recours formé contre celle-ci et tant que le juge n'a pas statué. L'existence de mesures d'urgence efficaces aujourd'hui est de nature à limiter ces inconvénients.

Si le privilège du préalable est de droit pour l'administration et est même considéré comme « un principe fondamental du droit public », il n'existe pas de privilège général d'exécution d'office : l'exécution d'office, sans recours préalable au juge, n'est possible que là où elle a été prévue par la loi ou bien encore là où elle est autorisée par la jurisprudence.

2. Limitation à l'exécution d'office

L'exécution d'office, sans recours préalable au juge, n'est possible que sous les conditions suivantes.

1^o D'abord, si l'administration décide l'exécution d'office, elle le fait à ses risques et périls, c'est-à-dire qu'elle engage sa responsabilité et s'expose à des dommages-intérêts si sa décision est ensuite annulée ⁴¹.

2^o Mais surtout l'exécution d'office est limitée par un principe très important : lorsqu'elle entraîne une atteinte à une liberté ou au droit de propriété elle n'est légitime que dans l'un des cas suivants :

a) lorsque la loi elle-même la prévoit ;

b) dans le cas d'urgence ;

c) lorsque l'administration ne dispose pas d'autre moyen juridique pour assurer l'exécution de la loi, en particulier lorsque le législateur n'a pas prévu de sanctions pénales à l'encontre des citoyens récalcitrants ⁴².

Si aucune de ces conditions n'est réalisée, l'administration ne peut pas exécuter d'office ; en le faisant, elle commettrait une voie de fait ; seule est licite l'exécution par voie judiciaire.

B L'indépendance de l'administration à l'égard du juge

L'administration, favorisée comme on vient de le voir lorsqu'elle entend agir contre un administré, bénéficie encore de privilèges spéciaux lorsqu'un administré agit en justice contre elle. Ces privilèges concernent soit les *condamnations* que le juge peut prononcer contre l'administration, soit la manière dont ces condamnations peuvent être exécutées.

Il y a des condamnations que le juge ne peut pas prononcer contre l'administration. En dehors du pouvoir d'annuler les actes administratifs illégaux (v. ci-dessous recours pour excès de pouvoir), on considèrerait traditionnellement que le juge ne peut en règle générale prononcer à l'encontre de l'administration que des condamnations pécuniaires, non des condamnations à faire ou à ne pas faire.

Telle a été, pendant longtemps, la conception traditionnelle française, en opposition avec la conception anglo-saxonne laquelle admet que le juge puisse décerner à l'administration les mêmes writs ou injonctions qu'aux particuliers. Il est vrai que le conseil d'État utilisait des procédés indirects, par exemple en « invitant » l'administration à prendre telle mesure positive ou en ayant recours à des « dommages-intérêts moratoires ». Par ailleurs, au cas de voie de fait commise par l'administration,

41. CE, 27.2.1903, *Zimmerman*, S. 1905.3.17.

42. TC, 2 décembre 1902, *Soc. immob. de Saint-Just*, S. 1094.3.17, à propos de la fermeture des établissements congréganistes en application de la loi du 1^{er} juillet 1901.

le juge judiciaire recouvre le droit de prononcer contre elle des condamnations à des obligations de faire (expulsion, remise en état, etc.) et d'assortir ces condamnations d'astreintes ⁴³.

1. La loi de 1980 et l'inexécution des décisions de justice par l'administration

Mais ces correctifs ne paraissaient pas suffisants. Réclamée de plus en plus, la possibilité pour le juge administratif de prononcer des astreintes a fait l'objet d'une loi du 16 juillet 1980, complétée par une loi du 30 juillet 1987 (art. 90) ; mais il s'est agi d'une consécration limitée.

En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le conseil d'État peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou privé pour assurer l'exécution de cette décision. L'astreinte est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que le conseil d'État n'ait précisé son caractère définitif. En cas d'inexécution totale ou partielle ou d'exécution tardive, le conseil d'État procède à la liquidation de l'astreinte. Sauf s'il est établi que l'inexécution de la décision provient d'un cas fortuit ou de force majeure, le taux de l'astreinte définitive ne peut être modifié par le conseil d'État lors de sa liquidation. En revanche, le conseil d'État peut modérer ou supprimer l'astreinte provisoire même en cas d'inexécution constatée. Il peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant. Cette part profite alors au Fonds d'équipement des collectivités locales.

Les demandes tendant à ce que le conseil d'État prononce une astreinte pour assurer l'exécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, demandes qui peuvent être formulées sans le ministère d'un avocat, ne peuvent être présentées avant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de notification de cette décision. Cependant en ce qui concerne les décisions ordonnant une mesure d'urgence et notamment un sursis à exécution, les demandes peuvent être présentées sans délai.

Sous réserve des dispositions prévoyant que les pouvoirs attribués au conseil d'État peuvent être exercés par le président de la section du contentieux, les affaires sont présentées, instruites et jugées conformément aux dispositions régissant la procédure devant le conseil d'État statuant au contentieux. Sauf dans les cas où il peut être statué sans instruction sur les demandes, la sous-section du contentieux communique le dossier à la section du rapport qui accomplit les diligences qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à l'exécution des décisions des juridictions

43. TC, 17 juin 1948, *Manufacture de velours et peluches*, Rec. Lebon, p. 513 ; S., 1950.3.1, note Mathiot ; RDP, 1948, p. 581, note Waline.

administratives. Les mêmes règles d'instruction et de jugement sont applicables lorsque le conseil d'État prononce d'office une astreinte.

L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. Enfin, l'agent public dont le comportement aura entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public à une astreinte, est passible d'une amende.

Si la possibilité de prononcer des astreintes correspond à une extension des pouvoirs du juge administratif du point de vue des condamnations que le juge peut prononcer, elle a par ailleurs pour objet de faciliter l'exécution des jugements rendus contre l'administration.

Mais le conseil d'État n'a pendant longtemps que fort peu fait usage des possibilités ouvertes par ce texte.

2. Le prononcé d'injonctions contre l'administration

Quant au principe selon lequel le juge administratif ne peut pas adresser d'injonction à l'administration — principe qui n'a d'ailleurs jamais eu qu'une portée relative —, il a été écarté par la loi du 8 février 1995, dont le dispositif est aujourd'hui aux articles L. 911-1 et suivants du code de justice administrative.

La loi nouvelle permet au juge, lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens et sous certaines conditions, de prolonger sa décision d'annulation par l'injonction donnée à l'administration de prendre une mesure d'exécution de celle-ci dans un délai déterminé ou de prendre une nouvelle décision, après une nouvelle instruction, également dans un délai déterminé ; ces injonctions peuvent être assorties d'astreinte.

3. L'absence de voies d'exécution contre les personnes publiques

En revanche — et en dehors de la procédure de la loi du 16 juillet 1980 modifiée, exposée ci-avant A —, il n'existe pas de voie d'exécution forcée contre l'administration. Le juge peut seulement, si l'administration refuse d'exécuter, annuler ce refus d'exécution qui est illégal comme ayant méconnu l'autorité de la chose jugée et encore condamner l'administration à des dommages-intérêts.

Cette indisponibilité des voies d'exécution du droit commun à l'encontre des personnes publiques a été affirmée, dans un arrêt de principe, par la cour de cassation en 1987⁴⁴. La rédaction de l'arrêt est péremptoire mais en même temps surprenante. La cour de cassation vise en effet un principe général du droit, celui « suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables », et la cour suprême déduit de « ce texte » que « s'agissant de biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisis-

44 Cass. 1^{re} civ., 21 décembre 1987, Bull. 1 n. 348.

sabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution du droit privé ».

La cour de cassation affirme ainsi plus qu'elle ne démontre, en posant un principe général du droit, curieusement présenté comme un « texte », dont l'existence et la portée sont au moins controversées. Il reste que, sous réserve de nouvelles décisions que provoquerait la jurisprudence des cours d'appel, la cour de cassation a consacré aujourd'hui la règle d'insaisissabilité, de façon beaucoup plus générale qu'elle ne l'avait fait par le passé.

On notera encore que le principe d'insaisissabilité ne s'étend pas aux fonds d'un organisme privé chargé d'une mission de service public, comme l'est une caisse régionale d'assurance maladie⁴⁵. D'autre part, dans ses formations administratives, le conseil d'État a admis la saisie de créances devenues liquides et exigibles auprès d'un établissement public (en l'espèce la Caisse centrale de coopération économique), qu'il s'agisse de créances de personne privées ou publiques, et pourvu que cela n'affecte pas la continuité du service public en cause^{46 47}.

4. Inscription d'office au budget

S'agissant des condamnations pécuniaires un remède administratif à l'inexécution consistait, mais à l'égard seulement des collectivités sous tutelle, dans l'inscription d'office par l'autorité de tutelle au budget de la collectivité débitrice des sommes nécessaires au paiement des dettes liquides et exigibles et dans l'ordonnement d'office sur les crédits ouverts⁴⁸. Mais ici encore c'est un remède beaucoup plus radical qui a été introduit par la loi du 16 juillet 1980 (v. *supra*, 1^o).

Cette loi pose en principe que lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une personne publique au paiement d'une somme d'argent, cette somme doit être ordonnancée ou mandatée dans un délai de deux mois. À défaut, s'il s'agit de l'État, le comptable assignataire doit à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice procéder au paiement. S'il s'agit d'une collectivité locale ou d'un établissement public, l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office. Ces dispositions sont applicables aux décisions du juge des référés accordant une provision.

45. Cass. civ. 2^e, 15 novembre 1995, *Cusset c/ CRAVAM*, Dr. adm., 1996, chron. 11 (août-septembre), H. Moysan.

46. Avis 30 janvier 1992, EDCE 1992, p. 401.

47. V. Y. Gaudemet, *Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques*, RJEP août 2007, p. 285.

48. CE, 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Rennes*, S., 1910.3.12, note Hauriou.

§ 2. Les recours devant les juridictions administratives

Le mécanisme de la justice administrative est mis en mouvement par des recours contentieux que les administrés portent devant les divers tribunaux administratifs. Ces recours se classent en un certain nombre de catégories, dont les deux plus importantes sont, selon une présentation classique, le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction.

A La distinction du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction

La distinction n'est pas seulement d'un intérêt scientifique ; elle a une portée pratique, car les deux recours sont soumis à des procédures différentes : pour les raisons que l'on verra, le recours pour excès de pouvoir bénéficie d'un régime de faveur, plus facile et moins coûteux, consistant notamment en ce que le requérant est dispensé du ministère d'avocat (dès le décret du 2 novembre 1864). Surtout le requérant ne peut pas employer indifféremment l'un ou l'autre recours ; il ne peut former de recours pour excès de pouvoir que lorsque la nature de sa réclamation correspond à ce genre de recours. Il est en revanche possible de présenter dans un seul et même recours des conclusions d'excès de pouvoir et de plein contentieux, à condition de respecter les formes et conditions de l'un et l'autre recours ⁴⁹.

À quoi donc reconnaît-on que l'on est en présence de l'un ou de l'autre recours ? Tout acte juridictionnel se décomposant en trois éléments : la prétention (c'est-à-dire la question posée au juge par le requérant), la constatation faite par le juge, la décision prise par lui, la nature de chacun de ces trois éléments est différente dans les deux recours.

1. La prétention

1° Dans le recours pour excès de pouvoir, la question posée au juge est celle de la légalité d'un acte administratif ; le requérant prétend qu'un acte administratif (un décret, une décision d'un préfet, un arrêté municipal...) est illégal et demande au juge de l'annuler ; on exprime parfois cette idée en disant que le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès entre parties, mais un procès fait à un acte.

49. CE, 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bezie*, Rec. Lebon, p. 407 ; S. 1912, p. 129, note M. Hauriou.

Le nom même du recours procède du caractère de la prétention : le requérant prétend qu'en accomplissant un certain acte un agent administratif a excédé ses pouvoirs.

Le recours pour excès de pouvoir se rattache ainsi au contentieux dit de la légalité. Il fait encore partie de ce que l'on appelle le contentieux « objectif » en ce sens qu'il soulève une question de pur droit objectif, celle de la violation d'une règle du droit objectif.

2° Dans le recours de pleine juridiction la question posée par le requérant porte sur une situation juridique individuelle à laquelle le requérant prétend et que l'administration lui conteste ; le requérant prétend avoir droit à quelque chose de la part de l'administration, prestation, dette d'argent. Le contentieux de pleine juridiction est ainsi un contentieux subjectif, c'est-à-dire relatif à une situation juridique subjective.

Les deux applications typiques du contentieux de pleine juridiction sont : *a*) le contentieux des contrats ; le requérant prétend avoir droit, à la suite d'un contrat qu'il a passé avec l'administration, à une situation individuelle telle qu'une créance d'argent dont l'administration conteste le montant ou l'existence même ; *b*) le contentieux de la responsabilité ; le requérant, victime d'un dommage dont il attribue la responsabilité à l'administration, réclame une indemnité dont l'administration conteste le bien-fondé ou le montant.

2. La constatation et la décision

1° Dans le recours pour excès de pouvoir, la *constatation* du juge consiste à dire si l'acte administratif critiqué a ou n'a pas violé le droit, si, par la suite, il est ou non illégal.

Quant à la décision, elle consiste uniquement pour le juge à déclarer l'acte nul s'il constate son illégalité — ou à débouter le requérant, au cas contraire ; sous la réserve cependant, depuis la loi du 8 février 1995, de la possibilité de prescrire une mesure « impliquée nécessairement » par le jugement rendu.

Par là, le recours pour excès de pouvoir constitue une modalité du contentieux de l'annulation ; le rôle du juge y apparaît sous un aspect de simplicité qui contraste précisément avec celui qu'il offre dans le contentieux de pleine juridiction ; sous cette réserve cependant que le juge de l'excès de pouvoir se réserve aujourd'hui la possibilité de moduler dans le temps les effets de l'annulation qu'il prononce (et qui est en principe rétroactive : l'acte est censé « n'avoir jamais existé »)⁵⁰.

2° Dans le recours de pleine juridiction, le rôle du juge est plus complexe à cause du caractère que présente la prétention du requérant.

50. CE, 11 mai 2004, *Assoc. AC ! et autres*, RFDA, 2004, p. 454, concl. Ch. Devys.

Il consiste à constater la situation juridique de l'administré, son étendue exacte, c'est-à-dire l'existence et la consistance des droits qu'il prétend avoir contre l'administration. Il apprécie, par exemple, si la créance que fait valoir le contractant, si l'indemnité à laquelle prétend la victime du dommage provoqué par le service public, sont fondées et correspondent aux sommes réclamées.

De cette nature de la constatation il résulte que la *décision* du juge a une portée particulière ; elle consiste à fixer les droits du requérant et à condamner, le cas échéant, l'administration à rétablir et réaliser ces droits, par exemple, à payer les sommes dues ; il n'y a plus simple annulation d'un acte, mais condamnation d'une partie.

Cependant, pour saisir complètement le caractère de la décision du juge dans le recours de pleine juridiction, il faut décomposer son mécanisme assez particulier ; il est commandé par le système dit de la « décision préalable ».

3. Règle de la décision préalable dans le contentieux de pleine juridiction

Lorsqu'un administré veut intenter un recours de pleine juridiction, il ne peut pas saisir immédiatement le juge administratif. Il doit, au préalable, s'adresser à l'administration et provoquer de sa part une décision refusant de lui faire droit (sauf si l'administration a déjà prononcé spontanément cette décision de refus). Par exemple, lorsque le particulier prétend avoir subi un dommage engageant la responsabilité de l'administration, il doit réclamer d'abord à celle-ci réparation et c'est seulement sur un rejet ou une proposition d'indemnité jugée insuffisante que l'instance pourra être engagée. Si l'administration ne répond pas à la demande, son silence est, au bout de deux mois, assimilé à une décision de rejet.

Délai. — Le recours doit être formé dans les deux mois qui suivent la décision préalable explicite ; au cas de décision implicite (silence de l'administration), le délai ne court pas.

Domaine. — Cette règle de la décision préalable, qui n'a pas d'équivalent dans les procès entre particuliers et qui se rattache à l'histoire du contentieux administratif (théorie du ministre-juge), est aujourd'hui applicable devant toutes les juridictions administratives ; après avoir été d'abord limitée à la procédure devant le conseil d'État, elle a été étendue à la procédure devant les tribunaux administratifs, pour des raisons d'intérêt pratique, sauf toutefois en matière de travaux publics, par le décret du 30 septembre 1953, art. 3.

4. Conséquence de la règle de la décision préalable

De la règle de la décision administrative préalable, il résulte que la décision du juge dans le recours de pleine juridiction a finalement un double objet.

Si le tribunal fait droit à la requête, il commence nécessairement par annuler la décision préalable ; la décision du juge se présente donc d'abord — comme dans le recours pour excès de pouvoir — sous la forme d'une annulation (qui fait l'objet d'un article 1^{er} dans le dispositif de l'arrêt).

Seulement — et en ceci apparaît la différence avec le recours pour excès de pouvoir — la décision du juge ne se limite pas à cette annulation : après avoir annulé la décision préalable, le juge lui substitue une autre décision qui consiste à dire quelle est la véritable dette de l'administration à l'égard du requérant et à condamner l'administration à la payer ; c'est en raison de ce pouvoir de réformation ou substitution, plus étendu que la simple annulation, que le recours est dit de « pleine juridiction » ou encore de « plein contentieux ».

B Les autres recours devant les juridictions administratives

À côté des deux recours pour excès de pouvoir et de pleine juridiction, on doit en signaler de moindre importance pratique.

1° D'abord le recours pour excès de pouvoir n'épuise pas tout le contentieux de la légalité ni même tout le contentieux de l'annulation ; en dehors de lui existent aussi :

a) *le recours en appréciation de la légalité* (cas typique, déjà indiqué, où une question de légalité d'un acte administratif est renvoyée à un tribunal administratif au cours d'un procès pendant devant une autre juridiction) ; ce recours a seulement pour objet de dire si l'acte en cause est illégal, sans pour cela l'annuler ; il fait donc partie du contentieux de la légalité, non de l'annulation ;

b) *certaines recours en annulation* qui ne sont pas cependant des recours pour excès de pouvoir parce que la loi les situe dans le domaine du plein contentieux : par exemple contentieux des établissements classés pour la protection de l'environnement ou contentieux électoral visant à l'annulation d'une élection.

2° D'autre part, en dehors des deux grandes catégories de la pleine juridiction et de la légalité existent les contentieux spéciaux : de *l'interprétation* (recours par lequel il est demandé à un tribunal administratif de dire le sens d'un acte administratif) ; de la *répression pénale*, que

l'on rencontre spécialement sous la forme du contentieux des contraventions de voirie et du contentieux disciplinaire.

§ 3. La procédure devant la juridiction administrative

A Caractères généraux de la procédure contentieuse

La procédure devant la juridiction administrative présente un aspect d'ensemble original ; elle diffère nettement de la procédure pratiquée devant les tribunaux civils, notamment par deux caractères.

1^o *Procédure inquisitoire*. Elle est une procédure traditionnellement et encore largement *inquisitoire*, c'est-à-dire dirigée par le juge, alors que la procédure civile est d'abord *accusatoire*, c'est-à-dire dirigée au moins initialement par les parties.

Pendant certains contentieux (décisions individuelles d'urbanisme) accueillent aujourd'hui des éléments de procédure accusatoire, ainsi encore que les procédures d'urgence.

2^o *Procédure principalement écrite*. Elle est dans le cas général *écrite*, alors que la procédure civile est davantage *orale*. La procédure administrative est traditionnellement une procédure écrite en ce sens qu'elle ne tient compte que des éléments écrits qui figurent dans le dossier : l'instruction, le rapport du rapporteur, les conclusions du commissaire du gouvernement ne portent que sur ces pièces écrites ; les plaidoiries des avocats ne peuvent que commenter les mémoires écrits ; l'arrêt ne peut statuer que sur ce qui figure dans la requête.

Le rôle de l'avocat se confondant ainsi pratiquement avec celui de l'avoué, ces deux fonctions sont cumulées devant le conseil d'État par les avocats aux conseils, officiers ministériels, qui sont en même temps avocats à la cour de cassation. Devant les tribunaux administratifs peuvent plaider les avocats au conseil d'État et les avocats aux barreaux. Le ministère d'avocat est en principe obligatoire devant les juridictions administratives mais certains recours en sont dispensés, en particulier, comme on l'a déjà signalé, le recours pour excès de pouvoir.

La loi du 30 juin 2000 relative aux procédures d'urgence permet pour l'instruction de celles-ci une procédure écrite ou orale ; la seconde a pris une grande importance.

3^o *Procédure contradictoire*. Enfin, comme toute procédure juridictionnelle, la procédure administrative contentieuse doit respecter le principe du contradictoire.

B Caractère non suspensif des recours et procédures de référé administratif

Les recours intentés devant les juridictions administratives n'ont pas d'effet suspensif. Cette règle a souvent des conséquences sévères pour les administrés ; aussi existait-il avant l'intervention de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives deux institutions destinées à en atténuer les inconvénients.

1° Le juge administratif pouvait ordonner le sursis à l'exécution des décisions administratives attaquées devant lui lorsque les griefs articulés par le requérant avaient un caractère sérieux et que l'exécution de l'acte administratif attaqué aurait des conséquences très difficilement réparables, étant cependant précisé que le juge administratif ne pouvait ordonner le sursis à l'exécution d'une décision négative « sauf dans les cas où le maintien de cette décision entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement »⁵¹.

Certains textes avaient assoupli les conditions du sursis pour plusieurs types de contentieux. Mais le juge vérifiait dans tous les cas que le prononcé de celui-ci ne préjudiciât pas à une considération d'intérêt général⁵².

La loi du 8 février 1995 avait ajouté à la procédure de sursis à exécution la possibilité pour le juge de prononcer immédiatement la *suspension*, pour trois mois au plus, de l'exécution de la décision attaquée ; les conditions étaient les mêmes que celles du sursis.

2° Une loi du 28 novembre 1955 avait institué devant les tribunaux administratifs une procédure de référé administratif dont la portée et l'efficacité étaient sensiblement plus limitées que celles du référé judiciaire mais qui permettait néanmoins au président du tribunal administratif d'« ordonner toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ». L'institution rejoignait ainsi la procédure plus ancienne du constat d'urgence permettant de désigner un expert pour constater des faits susceptibles de donner lieu à un litige administratif.

La procédure de référé avait été améliorée par des décrets du 2 septembre 1988 qui ont introduit dans le contentieux administratif la formule du référé-provision pratiqué de longue date par le juge civil.

3° Le système a été profondément modifié par la loi du 30 juin 2000⁵³. Les dispositions de ce texte n'affectent pas les procédures de

51. CE, Ass., 23 janvier 1970, *Ministre d'État chargé des Affaires sociales c/ Amoros et a.*, Rec. Lebon, p. 51 ; AJDA, 1970, p. 174, note X. Delcros.

52. CE, 13 fév. 1976, *Ass. de sauvegarde du quartier Notre-Dame de Versailles*, Rec. Lebon, p. 100).

53. Complétée par le décret du 22 novembre 2000 (*JO*, 23 novembre, p. 18611).

référé qui ne sont pas liées à l'urgence : référé-provision, référé en matière de passation de marchés et contrats, référé en matière fiscale, suspension sur déferé préfectoral, suspension en matière d'urbanisme et de protection de la nature et de l'environnement.

Cependant, pour le cas général, la loi donne une définition du juge des référés : le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais.

Sont juges des référés les présidents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que les magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller.

Pour les litiges relevant de la compétence du conseil d'État sont juges des référés le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'État qu'il désigne à cet effet.

Le texte organise trois procédures de référé en urgence.

1) Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés saisi d'une demande en ce sens peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer en l'état de l'instruction un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision.

2) Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté dans l'exercice d'un de ses pouvoirs une atteinte grave et manifestement illégale ; c'est le référé « référé-liberté ». Le juge des référés se prononce dans un délai de 48 heures.

3) En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ; et notamment ordonner à l'administration de procéder à certaines communications.

Un mécanisme de tri est aussi institué pour permettre au juge au seul vu de la requête sans procédure contradictoire, ni audience publique de rejeter les requêtes qui ne relèvent pas de la compétence du juge

administratif ainsi que celles qui sont irrecevables, dépourvues de caractère d'urgence ou manifestement mal fondées.

Enfin, le texte abroge les procédures spéciales de sursis à exécution et de référé devenues inutiles.

Titre 2

Le principe de la légalité¹

Les autorités administratives sont tenues dans leur activité de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, qui est une notion plus large que celle de la loi. Le principe de la légalité constitue une limitation du pouvoir administratif, un principe libéral ; on parle volontiers à ce sujet aujourd'hui d'État de droit.

Ce principe est appliqué en France ; il y forme une base du droit administratif et la juridiction administrative qui en est le gardien, a progressivement perfectionné sa *sanction*, c'est-à-dire les moyens mis à la disposition des administrés pour contrôler l'observation de la loi par l'administration. En cela apparaît dans notre régime administratif un facteur essentiel de libéralisme.

Politiquement, on devine que la théorie de la légalité est le siège d'un conflit entre deux grands intérêts : l'exigence de garanties au profit des administrés pousse à développer la légalité à l'extrême ; à l'inverse, le pouvoir administratif a besoin d'une certaine liberté d'action ; il faut éviter à la fois le despotisme de l'administration et son automatisme ; plus spécialement, il existe des domaines et des circonstances où l'administration doit avoir particulièrement les coudées franches. En définitive, la légalité comporte un dosage à faire. Ce dosage est réalisé, on va le voir, en ce qui concerne la part des exigences de l'action administrative, normalement et couramment par la notion du pouvoir discrétionnaire, exceptionnellement par certains fléchissements ou correctifs du principe de la légalité.

1. V. les études classiques de Ch. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de légalité*, EDCE, n° 11, p. 25. — J. Rivero, *Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?* Mélanges Waline, tome II, p. 701 ; *État de droit et état du droit*, Mélanges Braibant, Dalloz, p. 609. — G. Peiser, *Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du conseil d'État*, Mélanges Chapus, 1992. — G. Vedel, P. Delvolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, 1991.

Il convient d'analyser le principe de la légalité administrative (Chapitre 1), puis ses correctifs exceptionnels (Chapitre 2) et enfin les procédés par lesquels il est sanctionné (Chapitre 3).

Chapitre 1

Analyse du principe de la légalité administrative

La légalité étant un rapport entre des règles limitatives et les activités administratives qu'elles viennent limiter, il y a lieu de se demander quelles sont ces règles limitatives (*sources de la légalité*) et de quelles manières diverses les actes de l'administration peuvent enfreindre la légalité (*modalités de l'illégalité*).

Section 1

Les sources de la légalité

Dans les sources de la légalité figurent à la fois des sources écrites et des sources non écrites, ces dernières étant constituées principalement par ce que l'on appelle les principes généraux du droit.

§ 1. Les sources écrites de la légalité ¹

A Le bloc de constitutionnalité

Pour partir du sommet de la hiérarchie des textes juridiques, on doit mentionner d'abord parmi les sources écrites de la légalité les textes qui

1. J. G. Lachaume, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Bibl. Droit public, tome 65 — H. M. Crucis, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, Bibl. Droit public, tome 161.

se situent au niveau constitutionnel, c'est-à-dire les dispositions de la Constitution elle-même ainsi que le préambule de celle-ci.

Le préambule de la Constitution de 1958 fait référence aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789 confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946. Ce dernier texte en même temps qu'il réaffirme les droits et libertés consacrés par la Déclaration de 1789 et qu'il proclame un certain nombre de principes comme particulièrement nécessaires à notre temps, renvoie aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Ainsi les droits de l'homme et les principes de la souveraineté nationale, les principes particulièrement nécessaires à notre temps, pour autant tout au moins qu'ils aient donné lieu à une définition suffisamment précise, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République font partie du bloc de constitutionnalité.

À cela s'est ajoutée récemment la charte du développement durable qui a été annexée à la Constitution par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 ; le conseil d'État, après le conseil constitutionnel, lui a reconnu pleine valeur constitutionnelle ².

L'ensemble de ces règles et principes constituant le bloc de constitutionnalité s'imposent au législateur, une loi qui les contredirait étant « non conforme à la Constitution » et pouvant aujourd'hui être déclarée telle, avant sa promulgation, par le conseil constitutionnel.

A *fortiori*, le respect de ces textes s'impose à l'administration ; ils constituent des sources de légalité. Effectivement, le conseil d'État a toujours admis que les actes administratifs puissent être attaqués pour illégalité en raison de leur contrariété avec une disposition de la Constitution ³ ou du préambule (même arrêt : non-conformité aux dispositions de la Déclaration des droits de 1789, « à laquelle se réfère le préambule de la Constitution de 1958 ») ou, aujourd'hui, de la charte du développement durable ⁴.

Mais un acte administratif pris conformément à une loi mais contraire à la Constitution ne peut pas être argué d'inconstitutionnalité, la loi faisant écran entre l'acte administratif et la Constitution ; en le sanctionnant, le juge administratif sanctionnerait en réalité l'inconstitutionnalité de la loi, ce qu'il ne peut pas faire, n'étant pas juge de la loi ; c'est la théorie dite de la « loi-écran ». Cette solution traditionnelle sera remise en cause dès que sera applicable, dans des conditions qui ont été fixées par

2. C. const. 19 juin 2008, AJDA 2008, p. 1614, note O. Dord ; CE 3 octobre 2008 *Cne d'Annecy*, AJDA 2008, p. 2171.

3. CE, 12 février 1960, *Société Éky*, Rec. Lebon, p. 101 ; S., 1960, 131, concl. Kahn ; JCP, 1960.II.11629 *bis*, note Vedel : décret non conforme à la Constitution.

4. Arrêt *Cne d'Annecy* précité.

la loi organique du 10 décembre 2009, l'article 61-1 de la Constitution ajouté par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui dispose : « lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'État ou de la cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Dès auparavant, la technique à laquelle le conseil constitutionnel a souvent recours, de la déclaration de conformité sous réserve d'interprétation était — et reste — de nature à élargir les possibilités de contrôle du conseil d'État sur les ordonnances prises au titre de l'article 38 de la Constitution, le juge administratif saisi d'un recours contre une ordonnance devant alors se prononcer sur la légalité de celle-ci par rapport à la loi d'habilitation telle que le conseil constitutionnel en a déterminé l'interprétation.

B Les lois et règlements

La source écrite quantitativement la plus importante de la légalité administrative est constituée par l'ensemble des lois et règlements : la violation d'un texte de loi ou de règlement par un acte administratif entraîne l'illégalité de celui-ci.

C Les traités internationaux

Les traités internationaux, auxquels la Constitution reconnaît une « autorité supérieure à celle des lois » (et déjà la constitution de 1946), constituent encore des sources de légalité ; les actes administratifs qui les enfreignent sont illégaux ⁵.

Traditionnellement le juge administratif considérait qu'il était astreint, lorsque se posait un problème d'interprétation d'un traité, à un renvoi préjudiciel au ministre des affaires étrangères ⁶, l'interprétation présentant le caractère d'un acte de gouvernement ⁷. Mais le conseil d'État, par un arrêt d'assemblée du 29 juin 1990, *GISTI* ⁸, a estimé que le juge administratif avait en principe compétence pour interpréter un traité, cette

5. CE, 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, RDP, 1952, p. 781, concl. Letourneur, note Waline.

6. CE, 3 juillet 1931, *Karl et Toto Samé*, Rec. Lebon, p. 727 ; S., 1932.3.129, concl. Etti, note Ch. Rousseau.

7. 14 janvier 1987, *Sté Delmas-Vieljeux*, Rec. Lebon, p. 4.

8. AJDA, 1990, p. 621, concl. Abraham, note Teboul.

jurisprudence ne s'appliquant pas au Traité de Rome pour lequel la compétence d'interprétation de la cour de justice des communautés européennes est consacrée par l'article 177 de ce traité.

Il est à noter également qu'alors que le conseil d'État jugeait, jusqu'en 1989, que la violation par un acte administratif d'une convention internationale ne pouvait être utilement invoquée lorsque cet acte était conforme à une loi intervenue postérieurement à cet engagement (application de la théorie de « la loi-écran », v. *supra*), il décide, depuis l'arrêt d'assemblée du 20 octobre 1989, *Nicolo* d'écarter l'application d'une loi qui serait incompatible avec un traité alors même que cette loi serait postérieure⁹. La cour de cassation avait auparavant consacré la même solution, à propos du droit communautaire au motif de la primauté de celui-ci¹⁰. Dès lors que la solution, comme dans l'arrêt *Nicolo*, est fondée sur l'article 55 de la Constitution qui affirme la primauté des traités internationaux sur la loi interne, elle a une portée générale et a été étendue également au droit dérivé¹¹.

De même alors que traditionnellement le conseil d'État ne se reconnaissait pas le pouvoir d'apprécier la régularité de la procédure de ratification et d'approbation des traités, il accepte à l'heure actuelle de contrôler le respect des dispositions de l'article 53 de la Constitution qui prévoit l'intervention d'une loi pour permettre la ratification¹².

En revanche, le conseil d'État avait estimé qu'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier l'application des stipulations d'un traité ou accord par l'autre partie, cette compétence revenant au seul ministre des affaires étrangères, saisi par le juge d'une question préjudicielle ou soulevant de sa propre initiative l'inapplication de la stipulation en cause par l'autre partie ; le juge doit se borner à prendre acte de ce que lui aura indiqué le ministre quant à l'application des stipulations considérées ; le défaut de réciprocité entraînant l'inapplication de ces stipulations¹³. On peut se demander si cette solution vaut encore aujourd'hui alors que le renvoi pour interprétation au ministre des affaires étrangères a été considéré comme un manquement aux règles d'impartialité du procès par la cour européenne des droits de l'homme¹⁴.

Sur les rapports du droit communautaire et de la Constitution, v. *infra* E.

9. Rec. Lebon, p. 190, concl. Frydman ; AJDA, 1989, p. 788, note D. Simon ; p. 756, chron. jur. ; RFDA, 1989, p. 824, note Genevois ; p. 993, note Favoreu ; p. 1000, note Dubouis ; RGDIP, 1990, p. 91, note Boulouis.

10. C. cass. 24 mai 1975, *Sté cafés Jacques Vabre*, D. 1975. p. 497, concl. A. Touffait.

11. CE 24 septembre 1990, *Boisdet*, AJDA 1990, p. 906.

12. CE, Ass., 18 déc. 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, concl. Gilles Bachelier, RFDA, 1999, p. 315.

13. CE, 9 avril 1999, *Me Chevrol-Benkeddach*, AJDA, 1999, chron., p. 401.

14. CEDH 13 février 2003, *Chevrol*, D. 2003, p. 931, note Montouh.

D Règlement et acte non réglementaire

On peut encore poser en principe que toute disposition par voie générale est en elle-même source de légalité en ce sens que toute mesure individuelle d'application doit se conformer à elle.

Ce n'est là peut-on dire que l'expression de la notion élémentaire du principe de la légalité : toute décision individuelle doit être conforme à la règle générale pré-établie. Cet axiome fondamental trouve son application en droit administratif français : la décision individuelle doit respecter la règle générale non seulement lorsque celle-ci a été posée par une autorité hiérarchiquement supérieure (p. ex. une décision individuelle d'un préfet doit respecter les règles générales posées par une loi ou par un décret réglementaire) ; mais aussi lorsque la règle générale a été édictée par l'autorité même qui prend la mesure individuelle, celle-ci ne pouvant enfreindre dans ses décisions individuelles ses propres réglementations ; et enfin même, ce qui est encore plus frappant, lorsque la règle générale a été édictée, dans les limites de sa compétence, par une autorité hiérarchiquement inférieure à celle qui prend la décision individuelle ¹⁵.

Toute mesure de réglementation est ainsi à quelque degré, par le fait même qu'elle établit une règle de droit générale, source de légalité.

E Le droit communautaire

L'institution des communautés européennes puis de l'Union européenne et l'adhésion de la France à ce nouvel « ordre juridique » ont entraîné l'apparition, par voie de conséquence, dans l'ordre interne français, d'une nouvelle source de légalité.

1. Droit primaire des traités et droit dérivé

En raison, en effet, du caractère « institutionnel » des communautés, ce ne sont pas seulement les traités européens eux-mêmes qui constituent comme tous les traités internationaux, des sources du droit interne — et donc de la légalité — pour chacun des États membres ; mais ce sont aussi les dispositions édictées par les organes des communautés (conseil des ministres, commission) en vertu de compétences que leur reconnaissent les traités européens ; ce que l'on appelle parfois « le droit dérivé » (des traités).

15. CE, 3 juillet 1931, *Ville de Clamart*, S., 1932.3.1, note Bonnard. Le ministre des Finances ne peut refuser de mettre à la retraite un fonctionnaire communal qui a atteint la limite d'âge prévue par le règlement établi par la commune.

La question s'est notamment posée pour les directives communautaires dont la caractéristique est de lier seulement les États en ce qui concerne les résultats à atteindre, non en ce qui concerne les formes et les moyens. On a d'abord jugé que ces mesures ne peuvent pas, eu égard à leurs caractéristiques, être invoquées à l'appui d'un recours dirigé contre une décision administrative individuelle¹⁶. La cour de justice des communautés a jugé de son côté que les directives ne sont pas en principe invocables dans les relations entre particuliers (absence d'effet horizontal) mais seulement et directement dans les relations des administrés avec l'État à l'expiration du délai de transposition (effet vertical). De son côté, le conseil d'État a pu juger qu'était illégale une délibération de la communauté urbaine de Lyon qui ne respectait pas une directive du conseil des communautés européennes imposant des mesures de publicité avant la passation du contrat¹⁷. Les positions se sont ainsi rapprochées et l'on a pu se demander s'il ne fallait pas abandonner la jurisprudence dite *Cohn-Bendit*¹⁸ ; ce qui a été fait tout récemment par l'arrêt *M^{me} Perreux* du 30 octobre 2009¹⁹.

En outre lorsqu'une réglementation nationale est intervenue qui a eu pour objet d'assurer l'application d'une directive, tout intéressé a la possibilité dans le délai de deux mois de déférer au juge cette réglementation en vue d'obtenir son annulation s'il estime qu'elle méconnaît la directive quant au résultat à atteindre tel qu'elle l'a défini²⁰, les autorités nationales ne pouvant légalement édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par une directive.

Il est également possible de demander l'annulation de mesures individuelles prises sur la base de la réglementation nationale en arguant de la non conformité de la réglementation nationale à la directive.

Enfin, dans le prolongement de l'arrêt *Nicolo*, le conseil d'État a décidé dans un arrêt *Boisdet* du 24 septembre 1990²¹ qu'une loi nationale ne peut faire obstacle à l'application d'un règlement communautaire dont l'applicabilité directe en droit interne est posée comme règle par le Traité de Rome même si cette loi est postérieure au règlement et la solution a été étendue aux directives²².

16. CE, 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, D. 1979, p. 155. concl. Genevois, note Pacteau.

17. CE, 6 février 1998, *Tête et assoc. de sauvegarde de l'ouest lyonnais*, AJDA, 1998, chron., p. 403.

18. P. Cassia, *Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit ?*, AJDA 2006, p. 281.

19. AJDA 2009, p. 2385.

20. CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, Rec. Lebon, p. 410 ; AJDA, 1985, chron., p. 83 ; RDP, 1985, p. 811, note J.-M. Auby — 3 déc. 1999, Association France Nature Environnement, AJDA, 2000, chron., p. 120.

21. AJDA, 1990, p. 863 ; chron., p. 906.

22. CE, 28 février 1992, *RFDA*, 1992, p. 425, note L. Dubouis.

2. Supériorité de la Constitution sur le droit conventionnel

La supériorité des traités et accords internationaux sur la loi étant ainsi reconnue, dans les termes qu'on vient de dire et comme fondée sur l'article 55 de la Constitution, il en résulte logiquement que cette supériorité, rattachée à une disposition de la Constitution, ne vaut pas à l'égard de la Constitution elle-même qui reste la norme suprême. C'est ce que le conseil d'État a rappelé dans l'arrêt *Sarran et Levacher* de 1998²³ ; la cour de cassation adopte la même position²⁴.

Il en est ainsi même pour le droit communautaire²⁵ dont pourtant, de son côté, la cour de justice des communautés affirme la supériorité sur toutes les normes de droit interne, y compris de valeur constitutionnelle²⁶.

F La convention européenne des droits de l'homme

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 doit également être considérée comme l'une des sources de la légalité administrative, en tant que traité international ratifié par la France.

À cela s'ajoute, au terme d'un protocole additionnel que la France a accepté en 1982, la possibilité de recours individuels formés, après épuisement des voies de recours internes, par les citoyens des États parties à la convention devant la cour européenne des droits de l'homme qui siège à Strasbourg, — qui est ainsi juge de tout comportement de l'État partie allégué de non conformité à la convention.

La cour de Strasbourg a développé une interprétation dite « dynamique » de sa propre compétence et ses décisions ont pris de plus en plus d'importance dans l'ordre interne.

L'article le plus souvent invoqué de la convention est l'article 6 qui garantit à toute personne un procès équitable, dans un délai raisonnable et par un tribunal indépendant et impartial.

C'est aussi la jurisprudence de la cour européenne qui est à l'origine de modifications de procédure et dans la constitution des juridictions administratives, tout spécialement le conseil d'État. La cour de Strasbourg a en effet jugé, à propos du conseil d'État luxembourgeois, que le cumul de fonctions consultatives et juridictionnelles était contraire à l'article 6

23. CE 30 octobre 1998, Rec. Lebon, p. 368 ; RFDA 1998, p. 1091, concl. C. Maugué, note D. Alland.

24. C. cass. 2 juin 2000 *Fraisie*, RDP 2000, p. 1037, note Prétot.

25. CE 3 décembre 2001, *Synd. nat. de l'industrie pharmaceutique*, Rec. Lebon, p. 624.

26. CJCE 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, D. adm. 2000, n. 37, note Haquet.

de la convention qui veut une juridiction « impartiale »²⁷, précisant, selon ce que l'on a appelé la « théorie des apparences », qu'il fallait apprécier dans chaque cas si la juridiction possédait « l'apparence d'indépendance requise ou l'impartialité objective voulue »²⁸.

Puis la cour européenne a rendu, le 9 novembre 2006, un arrêt *Société Sacilor-Lormines c/ France* qu'on a voulu comprendre comme donnant la mesure des réformes nécessaires pour que soit assurée l'« eurocompatibilité » du conseil d'État français. Ni la dualité des fonctions, ni le statut de fonctionnaire et non de magistrat des membres du conseil d'État ne sont frontalement remis en cause ; toutefois la cour reconnaît que « la participation du conseil d'État, par le biais de ses avis — qui ne le lient cependant pas — à la confection de tous les projets de loi... ainsi que des décrets d'application... pose une question structurelle pure dès lors que le défaut de consultation obligatoire du conseil d'État est un vice d'incompétence et un moyen d'ordre public que le juge ne manque pas de relever lui-même ». Fidèle à sa méthode, la cour considère qu'« il n'y a pas lieu de statuer dans l'abstrait sur la compatibilité organique et fonctionnelle de la consultation du conseil d'État en ce qui concerne les projets de loi et les décrets » ; mais d'apprécier dans chaque cas si cette sorte de « préjugé » par le conseil d'État dans sa fonction consultative est de nature « à faire naître dans le chef de la requérante des craintes objectivement justifiées » sur l'impartialité du tribunal.

Le décret du 6 mars 2008 s'attache à tirer les enseignements de cette jurisprudence. À cette fin — et pour le dire d'un mot — il revient sur la réforme du conseil d'État de 1963 qui avait rapproché les fonctions consultatives et contentieuses et marque au contraire une plus nette séparation des formations correspondantes : nouvelles formations de jugement solennelles ; pratique du « déport » élargie et rendue systématique et obligatoire. Depuis, la cour européenne des droits de l'homme a rendu, le 15 juillet 2009, une décision qui prend en compte ces modifications, sans véritablement trancher le débat²⁹.

27. CEDH 28 septembre 1995 *Procola c/ Luxembourg*, RFDA 1996, p. 777 note J.L. Autin et F. Sudre.

28. CEDH 6 mai 2003 *Klein c/ Pays-Bas*, AJDA 2003, p. 1490, note F. Rolin, à propos du conseil d'État des Pays-Bas.

29. CEDH, 15 juillet 2009, *Union fédérale Que choisir de Côte-d'Or c/ France*, RFDA 2009, p. 885, observ. B. Pacteau.

G Hiérarchie de la légalité

Entre ces diverses sources de légalité existe, comme on l'a compris, une hiérarchie qui procède d'un critère organique.

Les organes de l'État dont émanent les diverses réglementations sont, en effet, hiérarchisés entre eux ; il s'ensuit qu'à chaque échelon les décisions et normes réglementaires ne peuvent enfreindre les normes réglementaires posées par l'échelon supérieur ; ainsi les décrets réglementaires, s'ils constituent, au même titre que la loi, une source de légalité pour toute l'activité administrative, sont eux-mêmes subordonnés aux lois ; le règlement administratif sera donc illégal s'il contrevient à un texte de loi. À son tour, l'arrêté réglementaire d'un préfet ou d'un maire, tout en conditionnant la légalité des actes individuels d'application, est subordonné aux décrets réglementaires qu'il ne peut contredire.

La légalité est ainsi une sorte de cascade ou de pyramide. Les actes administratifs à portée générale sont à la fois soumis à la légalité et source de légalité.

§ 2. Les sources non écrites de la légalité : l'élargissement de la catégorie des principes généraux du droit³⁰

Les textes écrits ne sont pas les seules sources des règles de droit auxquelles l'administration est tenue de se conformer. À côté d'eux existent des règles non écrites dont la violation constitue même une illégalité ; ce sont les principes généraux du droit.

Les principes généraux du droit sont des principes non écrits, souvent rattachés cependant à des textes écrits de moindre portée et déduits de ceux-ci, que la jurisprudence reconnaît comme s'imposant à l'administration sous peine d'illégalité.

30. V. les travaux classiques de B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, Sirey ; *La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps*, EDCE, 1981-1982, et J. Rivero, *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* D., 1951, chron., p. 21 ; *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, D., 1972, chron., p. 265. — V. aussi : R. Chapus, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D., 1960, chron., p. 119 ; *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D., 1966, chron., p. 99. — B. Genevois, *Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, RFDA, 1998, p. 477. — Fr. Moderne, *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA, 1998, p. 495 ; *Légitimité des principes généraux du droit et théorie du droit*, RFDA, 1999, p. 722.

C'est d'ailleurs la jurisprudence du conseil d'État elle-même qui en a imaginé et élaboré la théorie et qui détermine quelles règles doivent être considérées, bien que non écrites, comme élevées au rang de tels principes. Il convient de souligner que ce n'est pas seulement dans ses décisions individuelles que l'administration doit les respecter, mais aussi dans les mesures réglementaires qu'elle peut être qualifiée pour prendre : les principes généraux du droit, dit le conseil d'État « s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives »³¹.

Plus récemment, le juge administratif s'est attaché aussi à se fonder directement sur les règles constitutionnelles et à faire référence expressément à la jurisprudence du conseil constitutionnel relative aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ainsi, dans un arrêt du 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs titulaires du Muséum d'Histoire naturelle*, le conseil d'État s'est référé au principe fondamental de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur tel que l'a énoncé le conseil constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1984. Il arrive également que le conseil d'État consacre lui-même l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République tel que le principe selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique et alors même que le conseil constitutionnel ne s'était pas encore prononcé sur ce point³².

Parmi les principes ainsi reconnus à l'heure actuelle par la jurisprudence, on peut citer les suivants.

1° Le principe d'égalité des administrés devant la loi, les règlements, les services publics, l'usage du domaine public ou encore dans l'accès aux fonctions publiques, sous la forme notamment de l'égalité des sexes dans l'accès à ces fonctions³³.

2° Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs, notamment des règlements administratifs³⁴.

31. CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, RDP, 1959, p. 1004, concl. Fournier.

32. CE, 3 juillet 1996, *Koné*, RFDA, 1996, p. 870, concl. Delarue.

33. Sur la possibilité pour un conseil municipal de fixer des droits d'inscription différents à un cours de musique selon les ressources des familles : CE, 29 déc. 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, concl. J.H. Stahl, RFDA, 1998, p. 539 ; note Michel Borgetto, RDP, 1998, p. 899 ; v. aussi J.M. Pontier, *Les modulations tarifaires des services publics locaux et le principe d'égalité. À propos des décisions Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, R. Adm., 1998, n° 303, p. 406. Sur la tarification du TGV et l'égalité devant le service public, avis du conseil d'État, ass. gén. 24 juin 1993. — *Sur l'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics*, concl. H. Savoie sous CE, 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, RFDA, 1998, p. 1011.

34. CE, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, S., 1948.3.69. concl. Letourneur ; D., 1948, p. 437, note Waline ; JCP, 1948.II.4427, note Mestre.

3° Le principe dit des « *droits de la défense* », selon lequel aucune mesure administrative présentant un caractère de sanction à l'encontre d'un administré ne peut être prise sans que l'intéressé ait été mis au préalable en mesure de présenter sa défense ³⁵.

4° La règle du code du travail selon laquelle un salarié a droit à un *minimum de rémunération* ³⁶.

5° L'interdiction des *amendes* et autres *sanctions pécuniaires* dans les entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire ³⁷.

6° *L'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur*, principe fondamental reconnu par les lois de la République ³⁸.

La question de savoir à quel niveau les principes généraux du droit se situent dans la hiérarchie des sources de la légalité, se pose depuis 1958 dans des termes différents de ceux dans lesquels elle se posait auparavant.

Avant 1958, en effet, il importait peu que ces principes se situent au niveau constitutionnel ou au niveau législatif. En l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois, le seul problème qui se posait, était celui du respect par l'administration des principes généraux du droit. Or que ceux-ci aient valeur constitutionnelle ou valeur législative, l'administration était tenue de les respecter.

L'institution en 1958 d'un contrôle de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation a posé le problème sous un angle nouveau. Selon, en effet, que les principes généraux — notion que le conseil constitutionnel utilise au même titre que le conseil d'État — ont valeur constitutionnelle ou valeur législative, ils s'imposent ou non au législateur.

Il semble que l'on doive considérer que les principes généraux du droit se situent au niveau législatif, sauf en ce qui concerne ceux qui correspondent à des dispositions du préambule de la Constitution et qui se déduisent de celui-ci ; même si dans une construction rigoureuse, ces dispositions devraient, depuis qu'est reconnue la valeur juridique des déclarations et préambules, être distinguées des principes généraux, la particularité de ceux-ci étant de constituer des sources non écrites. De

35. CE, 5 mai 1944, *Dame Trompier-Gravier*, D., 1945, p. 110, concl. Chenot, note de Soto.

36. CE, 23 avril 1982, *ville de Toulouse*, Rec. Lebon, p. 152.

37. CE, Ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle c/ SNCF*, AJDA, 1988, p. 619.

38. CE, 9 juillet 1997, 2 esp., *M. Picard, Me Turquet et a.*, RFDA, 1998, p. 625 ; — CE, 29 décembre 1997, *Tranquard*, DA, 1998, n° 4, p. 17, note RS. — V. aussi Y. Gaudemet, *Les bases constitutionnelles du droit universitaire*, RDP 2008, p. 680.

la même façon, les principes généraux repris des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou rattachés à ceux-ci doivent être considérés comme ayant valeur constitutionnelle.

Section 2

Les modalités de l'illégalité

Un acte administratif est susceptible d'enfreindre la légalité de plusieurs manières. Cela tient à ce que, comme tout acte juridique, l'acte administratif se décompose en un certain nombre d'éléments dont chacun peut être en contradiction avec la règle de droit. Ainsi apparaissent diverses modalités de l'illégalité.

1° *Illégalité relative à la qualité de l'auteur de l'acte.* — L'acte administratif n'est légal que lorsqu'il émane de l'agent qualifié par le droit pour l'accomplir ; car le droit ne se contente pas de fournir la liste des actes possibles ; il désigne le titulaire du pouvoir ; c'est la notion de compétence. L'exercice d'une compétence par un autre que son titulaire constitue une première modalité de l'illégalité : l'incompétence.

2° *Illégalité relative au but poursuivi.* — Elle affecte l'acte administratif lorsque l'agent compétent prend une décision correcte en soi, mais en vue d'une fin autre que celle pour laquelle était prévue la compétence. Cette forme d'illégalité a reçu le nom expressif de détournement de pouvoir.

3° *Illégalité relative à la forme.* — Il y a vice de forme lorsque l'agent a omis ou incomplètement observé les formalités et procédures imposées par la loi pour l'édition de l'acte en cause.

4° *Illégalité relative à l'objet.* — C'est la forme la plus courante et la plus simple à saisir : l'agent administratif prend une décision dont le contenu même est en contradiction avec la loi.

5° *Illégalité relative aux mobiles.* — Les mobiles — généralement, mais pas toujours, révélés par les motifs inscrits dans l'acte et qui le présentent — sont les faits qui ont provoqué la décision, qui ont déterminé son auteur à la prendre. L'illégalité susceptible de les affecter est de deux ordres possibles.

D'une part, l'acte administratif peut être illégal parce que les mobiles allégués par l'auteur n'ont pas en réalité existé ou n'ont pas le caractère que l'auteur leur a prêté ; c'est l'illégalité pour inexistence matérielle ou juridique des motifs (dite encore erreur de fait ou de droit).

Mais l'acte administratif peut également être illégal du fait que les mobiles allégués n'étaient pas de nature à justifier légalement la mesure prise, dans le cas où l'auteur de l'acte ne disposait que d'un pouvoir lié (ou compétence liée) et non d'un pouvoir (ou compétence) discrétionnaire. Ceci conduit à définir cette distinction fondamentale.

*Distinction du pouvoir lié et du pouvoir discrétionnaire*³⁹. — Il y a *pouvoir lié* lorsque la loi, en conférant à un agent administratif une certaine compétence, indique de façon impérative le sens dans lequel cette compétence devra être exercée, dicte ainsi à l'avance à l'agent le contenu des décisions qu'il aura à prendre, par exemple lorsque, soumettant l'exercice d'une activité privée à une autorisation délivrée par un agent administratif, la loi indique les conditions que devront remplir les administrés pour avoir droit à cette autorisation.

Il y a *pouvoir discrétionnaire* lorsque la loi, ayant créé une compétence, laisse l'agent libre de choisir le sens dans lequel il exercera cette compétence, le laisse juge de l'opportunité et du moment de la mesure à prendre.

Ces définitions impliquent, on le voit, que l'illégalité relative aux motifs de la décision n'est concevable que si l'auteur de l'acte s'est mépris sur l'existence ou le contenu de ces motifs prédéterminés par la loi et qui s'imposent à lui. Au contraire, lorsqu'il y a *pouvoir discrétionnaire* c'est à l'auteur même de la décision qu'il appartient, par définition, d'apprécier si les circonstances de fait justifiaient la mesure.

Quant aux applications respectives du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir lié, elles sont extrêmement diverses selon les matières. Le pouvoir discrétionnaire permet de concilier le principe de la légalité avec la nécessité d'une certaine liberté d'action de l'administration. Le pouvoir lié, impliquant que la décision est dictée à l'avance par une directive pré-établie, entraîne l'automatisme dans l'activité administrative ; une administration, dont toutes les compétences seraient liées, se trouverait réduite à un pur rôle d'exécutant. Le pouvoir discrétionnaire au demeurant s'exerce dans le cadre et dans les limites de la légalité ; ayant le pouvoir de choisir le contenu de ses décisions, l'administration se décide librement

39. Sur la compétence liée, B. Komprobst, *La compétence liée*, RDP 1961, p. 935 — G. Timsit, *Compétence liée et principe de légalité*, D. 1964. chron. p. 217. Sur le pouvoir discrétionnaire, M. Waline, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle de légalité*, RDP 1930, p. 197 — J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, Th. Paris, 1956 — A. de Laubadère, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français*, Mélanges Waline, p. 531. — P. Delvolvé, *Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ?*, in Conseil constitutionnel et conseil d'État, LGDJ, Montchrestien, 1988.

sans s'écarter de la légalité, puisque, en l'espèce, celle-ci n'exigeait rien ; le pouvoir discrétionnaire n'échappe pas au droit ; il n'est pas « arbitraire ».

Le dosage entre les exigences de garanties des administrés et de liberté d'action de l'administration consiste donc, pour le législateur, suivant les matières et les compétences, à donner aux agents tantôt un pouvoir lié, tantôt un pouvoir discrétionnaire.

En réalité, pour la plupart des actes administratifs, la compétence de l'auteur de l'acte est liée jusqu'à un certain point, mais, à l'intérieur de cette compétence liée par la loi, l'auteur de l'acte décide de façon discrétionnaire ; il ne peut même pas — sans illégalité — renoncer à cette appréciation discrétionnaire d'exercice de sa compétence.

Chapitre 2

Les correctifs exceptionnels du principe de la légalité

Il peut se faire que le respect de la légalité constitue une entrave à l'action administrative telle qu'elle affecte le bon exercice de celle-ci dans l'intérêt général. Sans doute le pouvoir discrétionnaire permet-il, dans les domaines de compétence où il joue, d'atténuer cette gêne. Cependant il a paru que des correctifs d'une autre nature devaient quelquefois être apportés au principe. Les deux correctifs essentiels résultent, d'une part, de la *théorie des circonstances exceptionnelles*, d'autre part, de la *théorie des actes de gouvernement*.

Ces deux constructions jurisprudentielles et doctrinales tendent l'une et l'autre à libérer l'administration, au nom de l'intérêt général qui s'attache à la bonne fin de son action, des limites auxquelles se heurterait celle-ci par application stricte des règles de la légalité administrative normale.

C'est là leur seul trait commun, car elles sont par ailleurs de nature et de signification juridique foncièrement différentes.

Section 1

Théorie des circonstances exceptionnelles

§ 1. Analyse

La théorie dite des circonstances exceptionnelles est une création de la jurisprudence du conseil d'État. Celle-ci a admis que les limites normales de la légalité administrative peuvent se trouver reculées lorsque certaines circonstances exceptionnelles exigent une plus grande liberté d'action de l'administration. Aux règles que la stricte légalité administra-

tive impose aux agents administratifs dans l'exercice de leur compétence viennent, parce que des circonstances exceptionnelles apparaissent, se substituer d'autres règles moins strictes, dont le juge apprécie, selon les besoins de l'action administrative, jusqu'où elles peuvent élargir la compétence des agents publics et l'affranchir de la légalité des temps ordinaires.

1° La théorie des circonstances exceptionnelles est apparue avec les circonstances de guerre. La jurisprudence a admis que des mesures qui, en temps ordinaire, seraient incontestablement illégales, peuvent, en temps de guerre, être prises lorsqu'elles apparaissent nécessaires pour assurer la marche des services publics.

Le conseil d'État a appliqué notamment cette théorie, pendant la guerre de 1914-1918, à des mesures exceptionnelles de police édictées par des autorités locales et qui, n'ayant pas de base dans des textes, eussent été, en temps normal, déclarées nulles (saisies, interdictions, expulsions)¹ ; il l'a appliquée encore pour admettre la légalité d'un décret du 10 septembre 1914, lequel suspendait pour le temps de guerre les garanties disciplinaires des fonctionnaires, contredisant ainsi la loi du 22 avril 1910 qui avait établi ces garanties².

Durant la guerre de 1939, la jurisprudence a eu de nouveau l'occasion de faire appel à la théorie des pouvoirs de guerre, en particulier pour déclarer légitimes des mesures administratives exorbitantes édictées par les autorités locales dans le désarroi de l'exode et de l'invasion ennemie et nécessitées par l'urgence et la désorganisation des services, par exemple des réquisitions, taxations, suspensions de fonctionnaires prononcées en dehors des formes et conditions légales³.

2° En dehors de la guerre, la jurisprudence a encore admis qu'il pouvait se rencontrer des circonstances exceptionnelles dans lesquelles les règles qui s'imposent normalement à l'administration devaient être écartées.

Elle a appliqué l'exception de circonstances exceptionnelles notamment à la règle selon laquelle l'administration est tenue d'apporter le concours de la force publique à l'exécution des décisions de justice. Le conseil d'État a ainsi décidé que le refus par l'administration d'exécuter un jugement cessait d'être illégal lorsque se trouvent réunies des circonstances exceptionnelles telles que cette exécution risquerait de provoquer des désordres politiques ou sociaux graves⁴.

1. CE, 28 février 1919, *Dol et Laurent*, S., 1919.3.3, note Hauriou ; RDP, 1919, p. 338, note Jèze.

2. CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, S., 1922.3.49, note Hauriou.

3. TC, 8 juillet 1944, *Sté Raffineries Say* ; 7 janvier 1943, *Lecoq*, RDP, 1944, p. 322.

4. CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, S., 1923.3.57. Concl. Rivet, note Hauriou : refus par l'administration d'expulser des tribus indigènes installées en Tunisie

§ 2. Portée et signification de la théorie

Il est essentiel de bien mesurer la portée de la théorie des pouvoirs de guerre et des circonstances exceptionnelles.

Cette théorie constitue un correctif du principe de la légalité dont elle assouplit les règles en permettant au juge de lever certaines obligations ou certains obstacles que la loi impose normalement à l'administration.

Mais la théorie ne constitue pas une dérogation au principe de la légalité. Elle ne signifie pas que, dans les circonstances en question, le principe de la légalité n'existe plus ; elle signifie seulement qu'à la légalité normale est substituée une légalité élargie, moins exigeante, une légalité de circonstances exceptionnelles dont le juge apprécie lui-même le contenu et les limites. Il s'ensuit :

1° que ce n'est pas l'ensemble de la légalité normale qui est automatiquement suspendu, mais seulement telle ou telle compétence précise que le juge déclare élargie ;

2° surtout, que l'activité administrative, dans le domaine même où ses pouvoirs sont ainsi accrus, continue d'être soumise au contrôle du juge ; elle ne bénéficie d'aucune immunité contentieuse. Les particuliers peuvent parfaitement intenter des recours contre les actes en question ; ces recours sont recevables et le juge administratif examinera si l'administration n'a pas excédé les limites de la légalité élargie. En un mot, les pouvoirs de guerre ou d'exception ne sont pas des pouvoirs arbitraires soustraits à toute légalité et, par conséquent, à tout recours. C'est en cela précisément que la théorie qu'on vient d'analyser diffère fondamentalement de celles des actes de gouvernement.

sur un domaine acheté par le requérant, bien que celui-ci ait obtenu un jugement d'expulsion, parce que l'exécution eût risqué de provoquer une révolte dans le Sud tunisien. Pour une présentation renouvelée de cette décision, C. Broyelle, *Le risque en droit administratif classique (fin du XIX^e, milieu du XX^e siècle)*, RDP 2008, p. 1513.

Section 2

Théorie des actes de gouvernement⁵

§ 1. Analyse

On appelle « actes de gouvernement » certains actes, accomplis par des autorités administratives et qui ne sont susceptibles d'aucun recours devant les tribunaux. Si un tel acte viole la loi ou cause un dommage à un administré, celui-ci ne peut intenter ni le recours pour excès de pouvoir en vue de l'annulation de l'acte, ni le recours de pleine juridiction en vue d'obtenir réparation du dommage subi. Ces recours sont déclarés irrecevables, c'est-à-dire que le juge saisi les écartera sans même les examiner au fond.

Si le conseil d'État saisi d'un recours portant sur un acte de gouvernement ne se dessaisit pas de lui-même, les ministres pourraient le dessaisir et élever le conflit devant le tribunal des conflits. Ce cas d'élévation — à la vérité, jamais utilisé — est prévu par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 ; il a, on le voit, par son but et son organisation, un caractère très particulier qui le situe en dehors de la théorie générale des jugements de conflits, mais correspond, comme tout conflit positif, à la protection due à l'administration contre les empiétements du juge, quel qu'il soit.

§ 2. Portée et signification de la théorie

Il ressort de l'analyse ci-dessus que la théorie des actes de gouvernement est radicalement différente de celle des circonstances exceptionnelles. Les actes accomplis en vertu des circonstances exceptionnelles sont susceptibles de recours ; ici, au contraire, il y a immunité juridictionnelle. Cette immunité est radicale en ce sens qu'elle consiste en une irrecevabilité des recours qui pourraient être intentés contre l'acte de gouvernement. Elle est d'autre part générale en ce qu'elle concerne à la fois le contentieux de la légalité et celui de la responsabilité. L'acte de gouvernement ne peut pas être attaqué en annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir et sa régularité ne peut pas davantage être critiquée sous la forme de l'exception d'illégalité. Les conséquences dommageables de l'acte de gouvernement ne peuvent pas non plus donner lieu de la part du particulier qui en a souffert, à une action en indemnité contre l'État.

5. V. les travaux classiques de P. Duez, *Les actes de gouvernement*, 1935. — M. Virally, *L'introuvable acte de gouvernement*, RDP, 1952, p. 317. — R. Chapus, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?* D., 1959, chron., p. 5.

Du point de vue du principe de la légalité, il résulte de ces caractéristiques que les actes de gouvernement constituent pratiquement un domaine soustrait à la légalité, une lacune dans la légalité puisque, dans les cas où ils viennent à enfreindre la loi, aucun contrôle juridictionnel ne permet de redresser l'illégalité commise ; pour ces actes, l'administration est en fait affranchie du respect de la loi.

La théorie de l'acte de gouvernement apparaît par là, dans un système juridique moderne à base de légalité, comme un paradoxe et un archaïsme, une survivance d'une notion liée à un système de droit antérieur à l'État légal, celle de la vieille « raison d'État ».

Mais en même temps, l'immunité contentieuse des actes de gouvernement, et donc l'acte de gouvernement lui-même, apparaît comme une construction quasi nécessaire et de bon sens, soit que l'on considère n'être plus en présence d'activités relevant de la fonction administrative proprement dite (et donc étrangères au domaine du contrôle du juge administratif), soit que, de façon pragmatique, on retienne qu'à l'égard de tels actes, la sanction contentieuse serait inefficace et somme toute déplacée ⁶.

§ 3. Domaine des actes de gouvernement

On a soutenu que le domaine de l'acte du gouvernement allait en se réduisant ; ce qui n'est pas avéré. Après avoir tenté d'en donner une définition juridique, on a fini par y renoncer pour s'en tenir à une conception purement empirique.

On avait tout d'abord essayé de définir l'acte de gouvernement soit par son but politique, soit par son objet : gouverner, c'est-à-dire poser des dispositions de principe, par opposition à administrer, c'est-à-dire pourvoir à la marche quotidienne des services.

Ces définitions ayant paru trop vagues et prêtant à l'arbitraire, on en est venu à une conception empirique : sont actes de gouvernement ceux qui paraissent, pour des raisons d'opportunité, devoir être soustraits à la discussion contentieuse.

C'est la jurisprudence, celle du conseil d'État en particulier, et les synthèses doctrinales qui donnent l'indication de la liste des actes de gouvernement autour de deux catégories principales ⁷.

6. V. J.-Cl. Venezia, *Éloge de l'acte de gouvernement*, Mélanges J. Waline, p. 723 — v. aussi L. Favoreu, *Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement*, Mélanges P. Pactet, p. 607.

7. Pour une énumération récente, v. E. Glasser, concl. ss. CE 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellation d'origine*, RFDA 2009, p. 111.

1° *Les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec les assemblées et plus largement des pouvoirs publics entre eux* : le refus de présenter au Parlement un projet de loi, la décision de le déposer ou de le retirer ; la décision du président de la République de recourir aux pouvoirs exceptionnels prévus par l'article 16 de la Constitution de 1958⁸ ; le décret soumettant un projet de loi au référendum⁹ ; le décret portant dissolution de l'Assemblée nationale¹⁰ ; le refus du premier ministre d'invoquer l'urgence pour l'examen d'une loi par le conseil constitutionnel¹¹ ; le règlement intérieur arrêté par le conseil constitutionnel pour la consultation de ses archives¹² ; la nomination des membres du conseil constitutionnel¹³ ou encore le décret instituant un comité chargé de donner son avis sur des propositions de révision de la Constitution (comité Vedel)¹⁴.

2° *Les actes de caractère diplomatique*, c'est-à-dire se rattachant en général aux rapports internationaux. C'est là sans doute, à l'heure actuelle la catégorie la plus importante d'actes de gouvernement.

On peut citer notamment : les actes relatifs aux traités internationaux (élaboration, signature ou ratification) ; les actes d'exécution de ces traités ; les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction diplomatique par les représentants de la France à l'étranger ; les mesures relatives à la conduite de la guerre, par exemple la saisie ou le déroutement des navires ou marchandises étrangères ; la mise en œuvre d'une mesure d'embargo¹⁵ ou l'engagement des forces militaires françaises, en l'espèce au Kosovo¹⁶ ; les décisions relatives aux recours devant les juridictions internationales¹⁷. Au contraire, ne constitue pas un acte de gouvernement le refus de notifier une aide à la commission européenne¹⁸.

3° Par ailleurs la jurisprudence a apporté certains tempéraments à l'immunité contentieuse des actes de gouvernement dans le domaine des relations internationales.

a) Ainsi le conseil d'État a admis la recevabilité des actions en réparation dirigées contre l'État pour les préjudices nés de conventions

8. CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Serven*.

9. CE, Ass., 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec. Lebon, p. 553, RDP, 1962, p. 1181, concl. M. Bernard.

10. CE, 20 février 1989, *Allain*, p. 60 ; RFDA, 1989, p. 868, concl. Frydman.

11. CE, 9 octobre 2002, *Mayet et Bouget*, RFDA, 2002, p. 1182.

12. CE, 25 octobre 2002, *Brouant*, RFDA, 2002, p. 1183.

13. CE, 9 avril 1999, *Mme Ba*, RDP, 1999, p. 1573, comm. P. Camby.

14. CE, 3 décembre 1993, *Syndicat des justiciables et Bidalou*, Dr. adm., 1994, n. 48.

15. CE, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, Dr. adm., 1998, n. 100.

16. CE, 5 juillet 2000, *Mégret et Merkhantar*, RFDA, 2000, p. 1144.

17. CE, 25 mars 1988, *Société SA PVIN*, Dr. adm. 1988, n. 286.

18. CE, 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellation d'origine*, RFDA 2009, p. 111, concl. E. Glaser, note Ch. Moudou.

internationales¹⁹ et le bien-fondé d'un tel recours²⁰. Reste que la convention doit avoir été incorporée régulièrement dans l'ordre juridique interne c'est-à-dire régulièrement ratifiée (ou approuvée) et publiée, que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification, ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation, qu'enfin le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial ; cette responsabilité possible, enfin ne concerne que les préjudices nés de traités ou de conventions, l'irrecevabilité des actions en responsabilité demeurant pour toutes les autres sortes d'actes relatifs aux relations internationales, sauf naturellement au cas d'actes détachables (v. *infra*, b).

b) Par ailleurs, le conseil d'État limite le cadre de l'acte diplomatique aux hypothèses où se trouvent directement en cause des rapports internationaux. Il admet la possibilité de recours contentieux à l'égard d'actes d'exécution détachables des mesures diplomatiques qu'ils appliquent.

Il a eu parfois une conception large de la notion d'acte se rattachant aux relations internationales²¹ ; mais aujourd'hui — et de plus en plus souvent — il a tendance à admettre qu'un acte ou une mesure sont détachables des relations internationales (v. par ex. CE, 29 avril 1987, *consorts Yener et consorts Erez*, AJDA, 1987, p. 450, écartant la notion d'acte de gouvernement s'agissant de mesures de police prises pour protéger des diplomates étrangers — CE, 8 janvier 1988, *Min. chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, AJDA, 1988, p. 159, p. 137 : la décision arrêtée en ce qui concerne le site d'implantation du laboratoire européen de rayonnement synchrotron ne se rattache pas dans les circonstances de l'espèce à la conduite des relations internationales de la France — CE, 15 octobre 1993, *Royaume-Uni et Gouverneur de la Colonie de Hong-Kong*, RDP, 1994, p. 525 : caractère détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France avec l'État dont émane cette demande de la décision rejetant une demande d'extradition — CE, 14 décembre 1994, *Gouvernement suisse*, RDP, 1995, p. 781, concl. Vigouroux : caractère détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France d'un refus d'extradition et annulation de retraits de décrets d'extradition — Sur le caractère d'acte administratif détachable des relations internationales d'un décret concernant les conditions d'engagement des forces aériennes stratégiques : CE, 8 décembre 1995 : *Lavaurs et Ass. pour le désarmement nucléaire*, Rec. Lebon, p. 1443).

19. CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, 257 ; RDP, 1966, p. 774, concl. Michel Bernard ; p. 955, note Waline.

20. CE, 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ Consorts Bargout*, 452 ; RDP, 1977, p. 213, concl. Massot.

21. V. par ex. CE, Ass., 11 juillet 1975, *Paris de Bollardièrre et a.*, AJDA, 1975, p. 460.

Chapitre 3

Les sanctions du principe de la légalité

Section 1

La nullité des actes administratifs

§ 1. Les actes juridiques

La sanction du principe de la légalité, c'est la nullité de l'acte administratif illégal ; l'acte illégal est nul et, par conséquent, censé n'avoir jamais existé ni produit d'effet ; l'annulation est la constatation de cette nullité, indépendamment de ce que, une illégalité constituant une faute de l'administration, la responsabilité de celle-ci peut se trouver d'autre part engagée si les conditions en sont réunies.

La principale question que soulève la théorie des nullités en droit administratif est celle de savoir s'il convient de distinguer de la simple nullité un vice plus grave qui serait l'*inexistence* de l'acte administratif et qui entraînerait des conséquences particulières, notamment dans le domaine contentieux (possibilité pour le juge judiciaire de constater lui-même l'inexistence, inopposabilité des délais de forclusion applicables aux recours en annulation).

1° Il n'y a pas de difficulté à reconnaître la notion d'inexistence matérielle, c'est-à-dire l'hypothèse où l'acte administratif prétendument accompli ne l'a pas été réellement ¹.

2° La question est plus délicate et controversée, s'agissant de l'inexistence juridique, c'est-à-dire une irrégularité particulièrement grossière et flagrante qui dépasserait la simple nullité. La jurisprudence retient une

1. CE, 22 juin 1932, *Munio*, Rec. Lebon, p. 609 ; 26 janvier 1940, *Cne d'Agos. Vidalos*, Rec. Lebon, p. 34.

telle notion ² et en tire notamment la conséquence que l'illégalité de l'acte inexistant peut être invoquée après l'expiration du délai de recours contentieux ^{3 4}.

§ 2. Les actes matériels

La sanction de l'acte matériel illégal est l'obligation pour l'administration de supprimer ses effets, de remettre les choses en l'état.

Comme la nullité de l'acte juridique, l'irrégularité de l'acte matériel devra être constatée par le juge, mais ici la sanction sera limitée dans sa portée par la règle selon laquelle l'administration ne peut, sous la réserve des dispositions de la loi du 8 février 1995 reprises aux articles L. 911-1 et suivants du Code de justice administrative, être condamnée par le juge à une obligation de faire ; la sanction de l'irrégularité matérielle se résoudra ainsi généralement en une condamnation pécuniaire à des dommages-intérêts (réparation par équivalent).

À la distinction de la nullité et de l'inexistence des actes juridiques correspond celle de la simple irrégularité de l'acte matériel et de la voie de fait ; on a déjà indiqué que la voie de fait est l'acte matériel grossièrement irrégulier ou pris en application d'une décision juridique inexistante. La conséquence est d'abord, comme on l'a vu, la compétence des tribunaux judiciaires ; d'autre part, l'acte cessant d'avoir un caractère administratif pour devenir un pur fait, le juge pourra condamner son auteur à en détruire les effets matériels.

Section 2 Le contrôle de la légalité

La nullité de l'acte illégal devant nécessairement être constatée (même pratiquement, comme on vient de le voir, pour les actes inexistantes), le

2. CE, 28 octobre 1932, *Laffite*, S., 1933, p. 65, note Mestre.

3. CE, 18 décembre 1953, *Welter*, Rec. Lebon, p. 564 ; 17 mars 1954, *Dame Dardant*, Rec. Lebon, p. 163 ; 22 janvier 1954, *Pacha*, Rec. Lebon, p. 46 ; 31 mai 1957, *Rosan-Girard*, Rec. Lebon, p. 355, concl. Gazier ; D., 1958, p. 152, note P. W.

4. V. notamment sur la question J.-M. Auby, *L'inexistence des actes administratifs*, th. Paris, 1947 et note au S., 1948.3.41 — P. Weil, *Une résurrection : La théorie de l'inexistence*, D., 1958, chron., p. 49.

principe de la légalité n'a d'efficacité que s'il est assorti d'un contrôle de la légalité destiné à assurer la constatation de la nullité.

Ce contrôle n'est lui-même pleinement efficace que s'il est juridictionnel, c'est-à-dire si les administrés peuvent obtenir d'un juge qu'il empêche l'application des actes illégaux.

En France, le contrôle de la légalité administrative revêt des formes diverses.

Après avoir distingué et défini ces divers procédés, on étudiera spécialement le plus important d'entre eux, le recours pour excès de pouvoir.

§ 1. Contrôle administratif et contrôle juridictionnel

Le contrôle de la légalité peut être réalisé au moyen de deux procédés très différents, que l'on retrouve l'un et l'autre en France ; c'est, d'une part, le contrôle administratif dans lequel l'illégalité est constatée et sanctionnée par l'administration elle-même ; d'autre part, le contrôle juridictionnel dans lequel ces opérations sont faites par un tribunal.

Ces deux catégories se subdivisent elles-mêmes.

Le contrôle administratif peut être exercé soit par le supérieur hiérarchique à l'égard des actes de son subordonné, soit par l'auteur même de l'acte. Dans cette seconde hypothèse, la suppression de l'illégalité consistera en ce que l'auteur de l'acte reviendra sur sa décision ; il peut le faire de deux manières : en abrogeant sa première décision qui disparaît dès lors pour l'avenir ; ou en la retirant, la décision étant alors supprimée rétroactivement et censée n'avoir jamais existé.

Quant au contrôle juridictionnel, il se subdivise lui-même, comme on le verra au paragraphe suivant, et comporte les deux voies de l'annulation et de l'exception d'illégalité.

Les deux catégories générales du contrôle administratif et du contrôle juridictionnel ont un caractère tout à fait différent ; de la différence organique et principale, qui tient à ce que le premier est le fait d'une administration et le second le fait d'un juge, découlent plusieurs ordres de conséquences.

1° Le juge en France ne pouvant jamais se saisir lui-même, le contrôle juridictionnel est nécessairement provoqué par un recours d'un administré ou recours contentieux.

Le contrôle administratif peut, lui aussi, être provoqué par un recours, dit recours administratif. Ce recours s'appelle recours hiérarchique lorsque l'administré s'adresse au supérieur hiérarchique, recours gracieux lorsqu'il saisit l'auteur même de l'acte. Mais le contrôle administratif n'est

pas nécessairement provoqué ; l'autorité administrative peut l'exercer spontanément.

2° Le rôle du juge étant uniquement de dire le droit, le contrôle juridictionnel ne peut s'exercer que pour illégalité ; le juge ne peut annuler que l'acte illégal.

Le contrôle administratif peut, lui aussi, être une sanction de la légalité, mais il peut aussi s'exercer pour inopportunité.

3° Le contrôle juridictionnel, au moins lorsqu'il s'exerce par la voie du recours pour excès de pouvoir et qu'il n'est pas prolongé par une injonction, ne peut aboutir qu'à l'annulation de l'acte illégal.

Dans le contrôle administratif, l'administration peut non seulement détruire les effets de l'acte, mais aussi le modifier, le réformer.

4° Le contrôle administratif ne comporte pas les formes, en particulier n'est pas assujéti aux délais dans lesquels est enfermé le recours contentieux (v. cependant *infra*, d'une part, la règle du parallélisme des formes, d'autre part, la théorie du retrait des actes administratifs illégaux).

5° La décision à laquelle aboutit le contrôle administratif ne comporte pas l'effet propre à tout acte juridictionnel, à savoir l'autorité de la chose jugée ; il s'ensuit qu'après que ce contrôle s'est exercé, le contrôle juridictionnel peut s'exercer à son tour et se greffer sur le premier : l'administré dont le recours administratif a échoué peut intenter le recours contentieux, si du moins les délais en ont été préservés.

Ainsi les deux voies de droit, administrative et contentieuse, sont profondément différentes. Mais ces deux procédés coexistent et se complètent. Il n'en a pas toujours été ainsi. A l'origine il n'existe souvent que le recours hiérarchique ; le recours contentieux s'en dégagera par la suite et suit généralement du premier ; c'est ce qui s'est produit en France, où le recours pour excès de pouvoir n'est qu'un ancien recours hiérarchique évolué et transformé.

§ 2. Modalités du contrôle juridictionnel

Le contrôle juridictionnel comporte deux modalités de mise en œuvre : le recours en annulation et l'exception d'illégalité. Elles diffèrent à plusieurs égards.

1° Quant aux *effets*. Le recours en annulation tend directement à faire annuler par le juge l'acte illégal. L'exception d'illégalité tend seulement à faire écarter son application ; elle consiste en ce que, au cours d'un procès, la partie contre laquelle est invoqué un acte administratif excipe de son illégalité ; le seul résultat, si l'argument prospère, est que le juge

n'en fera pas application au cas d'espèce, mais l'acte illégal n'en subsiste pas moins et devra être à nouveau écarté à chaque nouveau procès, à moins qu'il ne soit abrogé par son auteur.

Par ailleurs, alors que l'annulation d'un acte réglementaire remet en principe en vigueur les dispositions réglementaires que l'acte attaqué modifiait ou abrogeait ⁵, la constatation de l'illégalité d'un acte réglementaire ne produit pas cette conséquence ⁶.

2° Quant aux *compétences*. Le recours en annulation ne peut être porté que devant un seul juge, le juge de la légalité de l'acte en cause qui est le juge administratif et en principe, on le verra, par la voie du recours pour excès de pouvoir. L'exception d'illégalité peut être soulevée devant tout tribunal devant lequel est invoqué ou opposé, au cours d'un procès, l'acte critiquable ; et en particulier, comme on l'a vu, devant les tribunaux judiciaires.

3° Quant aux *délais*. Les recours en annulation sont enfermés dans des délais assez brefs ; l'exception d'illégalité peut être soulevée à toute époque. Ainsi lorsque le délai du recours en annulation étant écoulé, l'acte illégal se trouve à l'abri d'une annulation juridictionnelle, l'administré peut encore se soustraire à son application en soulevant contre lui, à l'occasion des procès où cet acte serait invoqué, l'exception d'illégalité.

Toutefois cette possibilité n'existe qu'à l'égard des actes administratifs réglementaires ⁷ ; l'illégalité de l'acte individuel ne peut plus être invoquée après l'expiration du délai du recours en annulation ⁸.

Cette règle ne connaît d'exceptions que dans deux hypothèses.

a) D'abord lorsque l'on se trouve en présence d'une opération complexe c'est-à-dire d'une série de décisions qui concourent pour aboutir à une décision finale : en pareil cas, les intéressés pourront soit attaquer les décisions préliminaires dans le délai du recours ouvert contre ces décisions, soit attendre l'intervention de la décision finale contre laquelle ils pourront invoquer l'illégalité des décisions préliminaires alors même que le délai pour attaquer ces décisions serait expiré (CE, 20 mars 1991, *Assoc. Radio Salève* : la décision arrêtant la liste des candidats à l'attribution d'une fréquence et la décision accordant l'usage d'une fréquence constituant les deux éléments d'une même opération complexe, la légalité de ces décisions peut être discutée soit indépendamment soit à l'occasion de la contestation de la décision finale, les requérants pouvant alors

5. CE, Ass., 13 juillet 1963, *Syndicat national des ingénieurs-conseils inspecteurs du contrôle de la prévention*, Rec. Lebon, p. 429 ; ceci doit cependant être nuancé : avis CE 10 janvier 2008, RDP 2009, p. 1299, comm. D. Chauvaud.

6. CE, Ass., 18 janvier 1980, *Bargain*, AJDA, 1980, p. 101.

7. CE, 1^{er} avril 1955, *Harrach*.

8. CE, 28 juillet 1951, *Anziani*, Rec. Lebon, p. 467 ; 6 mai 1955, *Esch-Chadely*.

invoquer l'illégalité de la première décision à l'appui de leur recours contre la décision d'attribution de la fréquence ; ceci alors même que les délais de recours contentieux à l'encontre de la première sont expirés).

b) La seconde exception résulte de la jurisprudence au terme de laquelle l'expiration du délai imparti pour attaquer une décision non réglementaire ne fait pas obstacle à ce que l'illégalité de cette décision soit invoquée à l'appui d'une demande en indemnité, tendant à la réparation du préjudice causé par cette décision, introduite ultérieurement.

§ 3. Un complément du contrôle : l'institution du médiateur de la République

Une loi du 3 janvier 1973 modifiée plusieurs fois, et dernièrement par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, a institué en France un médiateur chargé d'accueillir les réclamations des administrés et de tenter d'améliorer les comportements de l'administration, y compris sur des points où son fonctionnement apparaît défectueux sans être cependant illégal ni encourir la censure juridictionnelle. La loi du 13 janvier 1989 a qualifié le « médiateur de la République » d'autorité indépendante.

A Nomination

Le médiateur est nommé pour six ans par décret en conseil des ministres. Son mandat n'est pas renouvelable. Il ne peut être mis fin à ses fonctions qu'en cas d'empêchement constaté par un collège composé du vice-président du conseil d'État, du premier président de la cour de cassation et du premier président de la cour des comptes.

B Saisine

Les administrés ne peuvent saisir eux-mêmes le médiateur : la réclamation doit être précédée des démarches nécessaires auprès des administrations intéressées. Elle doit d'autre part passer par l'intermédiaire d'un député ou d'un sénateur qui ne transmet la réclamation au médiateur que si elle lui paraît entrer dans sa compétence et mériter son intervention. Si, à propos d'une affaire, une procédure a déjà été engagée devant une juridiction, elle exclut la saisine du médiateur. La saisine du médiateur n'exclut pas en revanche la possibilité d'exercer un recours juridictionnel

mais le recours devra alors être formé avant l'interruption du délai légal de deux mois en principe, car la saisine du médiateur n'est pas interruptive de ce délai.

Initialement réservée aux personnes physiques, la saisine du médiateur a été étendue aux personnes morales. Les litiges entre les administrations et leurs agents ne peuvent faire l'objet de réclamations auprès du médiateur sauf après que les agents ont cessé leurs fonctions. La loi a aussi ouvert la saisine du médiateur aux parlementaires et aux présidents des deux chambres qui, sur la demande d'une des commissions parlementaires permanentes, peuvent transmettre au médiateur toute pétition dont leur assemblée a été saisie.

Le médiateur de la République dispose sur l'ensemble du territoire de délégués qu'il désigne. Ils apportent aux administrés les informations et l'assistance nécessaires à la présentation des réclamations. À la demande de médiateur de la République, ils instruisent les réclamations qu'il leur confie et participent au règlement des difficultés dans leur ressort géographique. Un député ou un sénateur saisi d'une réclamation qui lui paraît entrer dans la compétence et mériter l'intervention du médiateur de la République, peut transmettre cette réclamation à un délégué qui la transmet à son tour au médiateur de la République.

C Recommandations du médiateur

Lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, le médiateur de la République fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, notamment, recommande à l'organisme en cause les solutions permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation.

Lorsqu'il apparaît au médiateur de la République qu'une administration de l'État, une collectivité territoriale, un établissement public ou tout autre organisme investi d'une mission de service public n'a pas fonctionné conformément à la mission de service public qu'il doit assurer, il peut proposer à l'autorité compétente les mesures qu'il estime de nature à remédier à cette situation.

Lorsqu'il lui apparaît que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à des situations inéquitables, il peut suggérer les modifications qui lui paraissent opportunes.

Le médiateur présente au président de la République et au Parlement un rapport annuel dans lequel il établit un bilan de son activité. Ce rapport est publié et fait l'objet d'une communication du médiateur de la République devant chacune des deux assemblées.

Le médiateur est informé de la suite donnée à ses interventions et à ses propositions.

Lorsque la réclamation porte sur l'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, il peut adresser à l'organisme en cause une injonction de s'y conformer.

D Sanctions

Enfin, le médiateur peut prendre l'initiative de *sanctions* contre les agents publics fautifs. Il peut au lieu et place de l'autorité compétente et à défaut de celle-ci engager contre tout agent responsable une procédure disciplinaire ou éventuellement saisir d'une plainte la juridiction répressive ; mais la décision de sanction proprement dite relève soit de l'autorité disciplinaire soit des tribunaux.

E Autorité des recommandations et influence du médiateur

Le médiateur exerce plutôt une magistrature morale qu'un pouvoir de décision et s'il a été considéré par le conseil d'État comme une autorité administrative, les réponses adressées par le médiateur aux parlementaires qui le saisissent de réclamations, n'ont pas le caractère de décisions administratives susceptibles de faire l'objet de recours par la voie contentieuse⁹.

F Du médiateur de la République au défenseur des droits

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 ajoute un titre XI *bis* à la Constitution composé d'un unique article 71-I qui institue un défenseur des droits dont les fonctions font penser qu'il constitutionnalise, sous une appellation différente, le médiateur de la République, dont il élargit les fonctions, regroupant aussi autour de lui d'autres institutions analogues : « le défenseur des droits, veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout autre organisme investi d'une mission de service public ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences » : la détermination exacte des compétences du défenseur des droits est en effet renvoyée à une loi organique.

9. CE, 10 juillet 1981, *Retail*, AJDA, 1981, p. 486 ; D., 1981, p. 622, note Y. Gaudemet.

À la différence du médiateur de la République, le défenseur des droits pourra être saisi directement : il peut également se saisir d'office. Le mode de nomination et le statut du défenseur des droits sont largement repris de ceux du médiateur de la République.

Section 3

Le recours pour excès de pouvoir

En France, le recours pour excès de pouvoir constitue historiquement l'instrument par excellence du contrôle de la légalité administrative par la juridiction administrative.

Dans sa décision du 23 janvier 1987 déjà citée ¹⁰, le conseil constitutionnel a rappelé que « figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes placés sous leur autorité ou leur contrôle ». C'est désigner là le recours pour excès de pouvoir.

Jusqu'à la réforme du contentieux administratif de 1953, le recours pour excès de pouvoir était toujours un recours porté devant le conseil d'État. Depuis le décret du 30 septembre 1953, il est porté en premier ressort devant les tribunaux administratifs avec appel, depuis 1995, devant les cours administratives d'appel, étant précisé que le conseil d'État continue de connaître directement des recours pour excès de pouvoir dans le cas où il est demeuré juge de premier et dernier ressort, en particulier pour les recours dirigés contre les décrets, et qu'il reste également compétent pour statuer sur les appels exercés contre les jugements rendus par les tribunaux administratifs sur les recours en appréciation de légalité.

Certains textes législatifs récents ont, sur la base de la jurisprudence inaugurée par la décision précitée du conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 pour le conseil de la concurrence, donné compétence au juge judiciaire pour connaître des recours exercés contre les actes d'autorités administratives. Ainsi la loi du 26 juillet 1996 a donné compétence à la cour d'appel de Paris pour statuer sur les recours exercés contre les

10. RDP, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet.

décisions prises par l'autorité de régulation des télécommunications (aujourd'hui autorité de régulation des communications électroniques et des postes) en ce qui concerné certains différends dont elle peut être saisie ; et aussi pour d'autres autorités administratives indépendantes comme la commission de régulation de l'énergie (ou CRE) ou, récemment, l'autorité de régulation des transports ferroviaires par la loi du 8 décembre 2009.

§ 1. Caractères généraux

A Caractère de droit commun

Le recours pour excès de pouvoir constitue le recours juridictionnel de droit commun pour l'annulation des actes administratifs illégaux. Cela signifie que lorsqu'un administré tient un acte administratif pour illégal et entend le faire annuler en justice, il doit employer le recours pour excès de pouvoir, sauf si un texte spécial organise un autre recours.

B Création jurisprudentielle

Le recours pour excès de pouvoir est une création jurisprudentielle due au conseil d'État lui-même. Il n'est pas sans intérêt de connaître les circonstances de cette création car elles expliquent certains aspects de ce recours.

Après sa création en l'an VIII, le conseil d'État se reconnut tout naturellement compétent pour accueillir dans un cadre de justice retenue les recours en annulation des actes administratifs. Pour fonder cette compétence, on invoqua un texte, la loi des 7-14 octobre 1790 qui dispose : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux. Elles sont portées au roi, chef de l'administration générale ».

Ce texte pouvait servir de base au recours puisque, la justice étant à cette époque « retenue », le conseil d'État, ne faisait que proposer la décision au chef de l'État ; c'était donc bien devant celui-ci que la réclamation était portée. En réalité on aperçoit aisément que le texte de 1790 ne créait nullement un recours contentieux, mais un recours administratif hiérarchique puisqu'il le déclarait porté devant le roi en tant que chef de l'administration. C'est pourquoi à l'origine, le recours pour excès de pouvoir, bien que soumis au conseil d'État en la forme juridictionnelle, resta plus ou moins considéré comme étant de nature hiérarchique.

Lorsque en 1872, fut établie la justice déléguée, le texte de 1790 ne pouvait plus suffire à justifier le recours puisque celui-ci était désormais véritablement porté devant le conseil d'État statuant lui-même et non plus devant le chef de l'État. C'est l'origine de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 : « le conseil d'État statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

Du même coup, la nature purement juridictionnelle du recours dépouillé de toute référence au recours administratif, apparaissait clairement le recours était devenu un recours contentieux. Mais ses origines dans le recours hiérarchique ont laissé des traces ; cela explique certaines particularités restées attachées au recours pour excès de pouvoir, ne serait-ce que la très grande hardiesse avec laquelle le conseil d'État exerce son contrôle et qui parfois rappelle plus l'attitude d'un chef hiérarchique que celle d'un juge.

C Caractère évolutif

Le recours pour excès de pouvoir est une institution qui a profondément évolué :

- d'abord, comme on vient de le voir, dans sa nature ;
- ensuite, dans son champ d'application ; cette évolution est la plus frappante ; elle a consisté en ce que le conseil d'État, comprenant quel remarquable instrument de contrôle de la légalité constitue le recours pour excès de pouvoir, en a, comme on va le voir, de plus en plus ouvert l'accès et perfectionné l'efficacité ;
- enfin — et c'est une autre évolution plus subtile et restée plus discrète jusqu'à des réformes récentes — le recours pour excès de pouvoir s'est quelque peu rapproché du recours de pleine juridiction en ce sens que, tout en conservant sa nature originale, il est devenu, comme on va l'indiquer, dans certaines hypothèses, un moyen de protection des situations juridiques subjectives.

§ 2. Conditions de recevabilité

On appelle conditions de recevabilité les éléments à défaut desquels le juge refuse d'examiner le recours au fond ; si l'une de ces conditions fait défaut, le tribunal rejettera la requête sans examiner si elle est fondée, c'est-à-dire s'il y a eu effectivement une illégalité commise ; le recours sera irrecevable.

En vue d'élargir le champ d'action du recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence a eu tendance à interpréter de plus en plus libéralement la plupart de ces conditions.

A Condition relative à la nature de l'acte attaqué

Pour qu'un acte puisse être critiqué par la voie du recours pour excès de pouvoir, il faut qu'il constitue un acte administratif unilatéral « faisant grief ».

1^o *Acte administratif unilatéral*. — Le caractère d'acte administratif exigé pour que le recours soit recevable exclut d'abord les actes émanant des organes législatifs ou des juridictions. L'acte administratif est essentiellement celui qui émane d'une autorité administrative.

a) Quant à l'exigence du caractère unilatéral, elle exclut les contrats ; la validité d'un contrat administratif ne peut en principe être discutée que par le recours de pleine juridiction devant le juge du contrat à l'occasion de l'exécution de celui-ci.

Cependant, le recours pour excès de pouvoir d'un tiers a été déclaré recevable à l'encontre d'un contrat de recrutement d'un agent non titulaire ¹¹ et contre les clauses réglementaires d'un contrat ¹². Différente est la solution inaugurée par l'arrêt *Sté Tropic Travaux Signalisation* de 2007 qui ouvre aux concurrents évincés, dans certaines conditions, un contentieux spécifique de la validité du contrat incluant une compétence d'annulation-résolution de celui-ci ¹³.

La jurisprudence a consacré d'autre part la théorie des actes détachables selon laquelle les décisions administratives unilatérales qui peuvent être distinguées de la conclusion même du contrat dans l'ensemble de la procédure contractuelle, sont susceptibles d'être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir ¹⁴, étant précisé que, si les actes relatifs à la passation et à l'approbation du contrat sont détachables à l'égard de tous, parties et tiers, après la conclusion du contrat, aucun acte n'est détachable à l'égard des parties, même s'il peut l'être vis-à-vis des tiers ¹⁵.

11. CE, Sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, deux esp., concl. J. H. Stahl, RFDA, 1998, p. 128, note D. Pouyaud, p. 139 ; note J. Bourdon, *Rev. gén. coll. terr.*, 1999, p. 171.

12. CE, Ass., 10 juil. 1996, *Cayzelle*, AJDA, 1996, p. 732 ; RFDA, 1997, p. 89, note P. Delvolvé — 30 oct. 1996, *M. Wajs et M. Monnier*, concl. J. D. Combrexelle, RFDA, 1997, p. 726.

13. CE, 16 juillet 2007, RFDA 2007, p. 696, concl. D. Casas.

14. CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. Lebon, p. 749, concl. Romieu ; S., 1906.3.49, note Hauriou.

15. CE, 2 février 1987, *Société France 5*, Rec. Lebon, p. 28 — 2 février 1987, *Société TV 6*, Rec. Lebon, p. 29 ; RFDA, 1987, p. 29, concl. Fornacciari ; AJDA, 1987, p. 314.

Il faut ajouter que, au titre du contrôle de légalité de l'État sur les actes des collectivités locales, la loi du 2 mars 1982 modifiée par la loi du 22 juillet 1982 permet au préfet d'exercer un recours en annulation contre les contrats administratifs des communes, des départements et des régions ou de leurs établissements publics.

b) En revanche, s'agissant d'actes unilatéraux, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est de principe ; elle s'applique aux actes réglementaires comme aux décisions à portée individuelle, aux ordonnances prises en application de l'article 38 de la Constitution de 1958, au moins tant que celles-ci n'ont pas fait l'objet d'une ratification par le Parlement, comme à l'ensemble des actes des autorités administratives, étatiques, locales ou spéciales, et aussi aux décisions des autorités administratives indépendantes dans leur fonction de régulation.

Par ailleurs, la jurisprudence assimile aujourd'hui aux actes administratifs les décisions unilatérales prises par certains organismes privés chargés de l'exécution d'un service public ; bien qu'elles émanent de personnes privées et non d'autorités administratives, de telles décisions sont considérées comme des « actes administratifs » lorsqu'elles comportent l'exercice de prérogatives de puissance publique ; elles peuvent alors être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir ¹⁶.

c) Il faut toutefois tenir compte de ce que certaines règles plus générales du contentieux administratif entraînent l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre certains actes émanant d'autorités administratives. Ainsi, le recours pour excès de pouvoir est irrecevable :

— contre les *actes de gouvernement* parce que ceux-ci échappent, on l'a vu, à tout recours contentieux ;

— contre les *mesures d'ordre intérieur* : mais on relèvera que cette dernière catégorie va en se réduisant ; ainsi alors que traditionnellement le juge administratif considérait que les punitions infligées aux militaires et aux détenus n'étaient pas susceptibles de recours, le conseil d'État, sous l'influence de la cour européenne des droits de l'homme, a décidé dans un arrêt *Hardouin* d'exercer un contrôle restreint sur une punition disciplinaire de mise aux arrêts et dans un arrêt *Marie* que la punition de cellule constituait, eu égard à la gravité de cette mesure, une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ¹⁷. L'évolution s'est poursuivie depuis, ouvrant le recours pour excès de pouvoir contre des mesures qui étaient autrefois considérées comme des mesures d'ordre intérieur et donc « ne faisant pas grief ».

16. CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt* — 13 janvier 1961, *Magnier*, RDP, 1961, p. 155, concl. Fournier — TC, 15 janvier 1961, *Cie Air-France c/ époux Barbier*.

17. CE 17 février 1995, Rec. Lebon, p. 82 et 85, concl. Frydman.

2° Acte « faisant grief ». — Le recours pour excès de pouvoir n'est en effet recevable contre un acte administratif qu'à la condition que celui-ci présente un caractère de décision exécutoire, ce que la jurisprudence exprime par les termes : « acte faisant grief ». Le recours est ainsi irrecevable contre les mesures simplement préparatoires d'une décision¹⁸. Il est également irrecevable à l'encontre de simples avis et également des circulaires à moins que, sous le nom de circulaire, l'auteur ait édicté une véritable mesure réglementaire introduisant un élément nouveau dans l'ordonnement juridique¹⁹.

La jurisprudence *Institution Notre-Dame du Kreisker* a été, non pas abandonnée, mais complétée et affinée par l'arrêt du conseil d'État du 18 décembre 2002, *Mme Duvignières*²⁰, qui, du point de vue de la recevabilité du recours contentieux, distingue désormais entre les circulaires impératives et les circulaires non impératives²¹.

B Condition relative à la qualité de requérant

Pour pouvoir intenter le recours pour excès de pouvoir l'administré doit justifier d'une certaine qualité : c'est, d'abord, la capacité générale d'ester en justice ; mais à cela s'ajoute l'existence d'un intérêt : le requérant doit avoir intérêt à l'annulation de l'acte. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas en effet une « action populaire » ouverte à n'importe qui pour contester n'importe quel acte administratif faisant grief. Il faut un certain lien d'intérêt unissant l'acte à celui qui le conteste.

D'une manière générale, le conseil d'État s'est montré de plus en plus libéral dans l'appréhension de l'intérêt requis mais il doit s'agir d'un intérêt personnel que la jurisprudence exige du requérant.

En ce qui concerne la nature de l'intérêt invoqué, le juge administratif admet ainsi à côté de l'intérêt matériel et individuel, l'intérêt moral et l'intérêt collectif. Cette dernière notion se rencontre à l'occasion des recours intentés par les groupements. Seule peut être intentée l'« action corporative » c'est-à-dire celle qui est fondée sur un intérêt collectif soit que la mesure attaquée constitue une décision réglementaire lésant les intérêts généraux du groupement soit qu'elle constitue une décision indivi-

18. CE, 13 février 1991, *Sté « Île de France Média » et a.* en matière de radiodiffusion au sujet d'un appel aux candidatures et 13 février 1991, *Association Radio-Alpes Info* au sujet d'une décision arrêtant le plan de fréquences.

19. CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution N. D. du Kreisker*.

20. RFDA, 2003, p. 280.

21. V. G. Koubi, *Distinguer « l'impératif » du « réglementaire » au sein des circulaires interprétatives*, RDP, 2004, p. 499.

duelle mais à la condition qu'une telle décision touche à des intérêts collectifs ²².

En ce qui concerne le degré de l'intérêt invoqué, l'intérêt pour être personnel doit comporter un certain degré d'individualisation : le conseil d'État a admis le recours du contribuable communal ²³, départemental, colonial. À l'inverse, n'est pas admis le recours du contribuable d'État ²⁴.

De même en matière de recours contre des mesures ayant pour objet la nomination d'un individu à un poste, a intérêt à attaquer la nomination l'individu qui établit qu'il aurait pu être nommé lui-même à la place de celui qui l'a été. Est au contraire irrecevable le requérant qui ne pouvait être nommé.

Enfin, pour que le recours soit recevable il est nécessaire que la règle violée ait été édictée dans l'intérêt des administrés et non dans le seul intérêt de l'administration. C'est ainsi que si les recours des fonctionnaires sont recevables contre les décisions concernant le statut, les intérêts de carrière ou les prérogatives des agents, ils sont en principe irrecevables contre les décisions violant les règles d'organisation du service.

C Condition relative au délai

Le recours pour excès de pouvoir doit être intenté à peine de forclusion dans les deux mois qui suivent la décision attaquée (art. R. 421-1 du Code de justice administrative).

Le point de départ du délai est le jour où l'acte administratif a été porté officiellement à la connaissance de l'intéressé, c'est-à-dire le jour de sa publication pour les actes réglementaires, de sa notification à l'intéressé pour les actes individuels. Le conseil d'État a pratiquement abandonné une théorie qu'il avait quelquefois appliquée et selon laquelle le délai courait, avant toute publication ou notification, à partir du moment où il était démontré qu'en fait l'intéressé avait eu connaissance de la décision (théorie de la *connaissance acquise*).

Dans l'hypothèse du silence de l'administration, le délai de deux mois court à partir de l'expiration de deux mois (autrefois quatre) décomptés de la date de la demande faite à l'administration.

Le délai du recours pour excès de pouvoir est relativement bref. Cette rigueur est explicable : on ne peut laisser planer indéfiniment une menace d'annulation sur les actes administratifs.

22. CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, Rec. Lebon, p. 977, concl. Romieu.

23. 29 mars 1901, *Casanova*, S., 1901.3.73 ; note Hauriou.

24. CE, 13 avril 1930, *Dufour*, Rec. Lebon, 176.

La rigueur du délai est d'ailleurs atténuée par certaines solutions dont les unes sont de nature jurisprudentielle, les autres d'origine législative.

1° Lorsque l'intéressé a d'abord intenté un recours administratif hiérarchique ou gracieux, le point de départ du recours pour excès de pouvoir est la date du rejet du recours administratif, à condition toutefois que celui-ci ait été lui-même formé dans les deux mois de l'acte critiqué.

2° Il en est de même lorsque l'intéressé a formé à tort un recours contentieux devant un tribunal incompétent ; le point de départ du recours pour excès de pouvoir est la date de notification du jugement d'incompétence.

3° Pour les décisions individuelles et aux termes de l'article 9 du décret du 28 novembre 1983, les délais de recours ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés ainsi que les voies de recours dans la notification de la décision. À défaut, le délai ne court pas.

4° Lorsqu'une décision juridictionnelle devenue définitive a prononcé l'annulation d'un acte non réglementaire par un motif tiré de l'illégalité du règlement dont cet acte faisait application, l'autorité compétente est tenue, nonobstant l'expiration des délais de recours, de faire droit à toute demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif lorsque l'acte concerné n'a pas créé de droits au profit des tiers (décret du 28 novembre 1983).

5° La demande présentée au préfet au titre du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales par une personne qui s'estime lésée par l'acte d'une collectivité locale, si elle a été formée dans le délai du recours contentieux ouvert contre l'acte critiqué, a pour effet de proroger ce délai, pour le demandeur, jusqu'à l'intervention de la décision explicite ou implicite par laquelle le préfet se prononce sur ladite demande²⁵.

6° L'article 19 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration prévoit que « toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception délivré dans des conditions définies par décret en conseil d'État. Les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications prévues par le décret ».

L'article 20 de la loi du 12 avril 2000 dispose encore que « lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente, cette dernière la transmet à l'autorité administrative compétente et en avise l'intéressé. Le délai au terme duquel est susceptible d'intervenir une

25. CE, 25 janvier 1991, *M. Brasseur*, AJDA, 1991, p. 395.

décision implicite de rejet court à compter de la date de réception de la demande par l'autorité initialement saisie. Le délai au terme duquel est susceptible d'intervenir une décision implicite d'acceptation ne court qu'à compter de la date de réception de la demande par l'autorité compétente ».

7° L'article 21 de la loi même loi prévoit que « sauf dans le cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut *décision de rejet* ». Et, selon l'article 22 de la loi, « le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut *décision d'acceptation* dans les cas prévus par décrets en conseil d'État ».

D Absence d'un recours parallèle

1. Définition et problème

On se trouve dans l'hypothèse dite du « recours parallèle » lorsqu'un particulier, lésé par un acte administratif qu'il prétend être illégal, dispose, en dehors du recours pour excès de pouvoir, d'un autre recours susceptible de lui donner satisfaction et de lui permettre d'échapper aux conséquences de l'acte. Ce recours « parallèle » au recours pour excès de pouvoir, peut être soit un recours devant un tribunal judiciaire ou devant un autre tribunal administratif, soit le recours de pleine juridiction devant le juge administratif lui-même.

Il s'agit de savoir si l'existence de ce recours parallèle rend irrecevable le recours pour excès de pouvoir ou bien si l'administré a le choix (auquel cas il choisira de préférence le recours pour excès de pouvoir, plus commode et moins coûteux).

Ainsi, par exemple, un contribuable est imposé au titre d'une taxe qu'il estime avoir été établie illégalement ; *a priori* il semble que rien ne doive l'empêcher d'intenter le recours pour excès de pouvoir contre l'acte d'établissement de la taxe ; mais il a à sa disposition un autre recours : l'action en décharge devant le juge de l'impôt (tribunal administratif si c'est un impôt direct, tribunal judiciaire pour les impôts indirects). Est-ce que l'existence de ce recours parallèle ne lui ferme pas le recours pour excès de pouvoir ?

2. Évolution jurisprudentielle

La réponse de la jurisprudence a évolué. Cette évolution a consisté à admettre de plus en plus le recours pour excès de pouvoir malgré l'existence d'un recours parallèle, donc à éliminer ou du moins à réduire progressivement cette condition de recevabilité.

Du même coup, c'est cette évolution qui a amené, comme on va le voir, le recours pour excès de pouvoir à se rapprocher, dans certains cas, du recours de pleine juridiction, quant aux intérêts que l'un et l'autre servent à protéger.

La solution primitive consistait à considérer l'existence du recours parallèle comme une fin de non-recevoir pour le recours pour excès de pouvoir. On déclarait que le recours pour excès de pouvoir avait un caractère subsidiaire.

Mais le conseil d'État s'est ensuite beaucoup départi de sa rigueur initiale. Sa position actuelle tient compte des distinctions suivantes.

1° *Prise en considération de la juridiction dont relève le recours parallèle.* — Il se peut que le recours parallèle relève de la compétence du juge administratif lui-même (qu'il soit par exemple un recours de pleine juridiction relevant de ce juge). Dans ce cas la jurisprudence admet assez facilement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Au contraire si le recours parallèle relève d'un juge autre que le juge de l'excès de pouvoir (et en particulier s'il relève du juge judiciaire), la fin de non-recevoir conserve plus de force.

2° *Prise en considération des effets respectifs du recours pour excès de pouvoir et du recours parallèle.* — Il se peut que le recours parallèle procure exactement le même résultat que le recours pour excès de pouvoir ; dans ce cas la fin de non-recevoir jouera. Au contraire le recours pour excès de pouvoir sera recevable s'il procure un résultat plus large et plus complet que celui qu'entraînerait le recours parallèle. Par exemple, en matière de contentieux fiscal (hypothèse signalée plus haut) le contribuable ne pourra pas intenter le recours pour excès de pouvoir contre la mesure individuelle qui l'a imposé parce que l'action en décharge de l'impôt aboutirait au même résultat²⁶, mais il pourra intenter le recours pour excès de pouvoir contre l'acte réglementaire qui a institué l'impôt parce que l'action en décharge n'aurait qu'un résultat limité au requérant sans faire disparaître l'impôt lui-même.

3. Principales applications

1° *Réclamations pécuniaires des fonctionnaires.* — Un fonctionnaire réclame le paiement d'une indemnité qu'il prétend tenir d'un règlement et que l'administration refuse de liquider à son profit ; il se trouve donc dans l'hypothèse du recours de pleine juridiction (situation juridique subjective consistant dans une créance de somme d'argent) ; mais, au lieu d'intenter le recours de pleine juridiction, l'intéressé demande au juge de l'excès de pouvoir d'annuler le refus de paiement comme illégal,

26. CE, 19 juillet 1918, *Dahl*, Rec. Lebon, p. 740.

parce que violant le texte qui instituait l'indemnité. Le recours pour excès de pouvoir est recevable.

L'admission du recours pour excès de pouvoir dans ces hypothèses a été inaugurée par l'important arrêt de principe *Lafage* ²⁷. Il est à relever cependant que la portée pratique de la jurisprudence *Lafage* est doublement limitée ; c'est qu'en effet, nombre de contentieux financiers relèvent nécessairement de la compétence du juge de pleine juridiction. C'est le cas par exemple des recours en annulation des états exécutoires ²⁸ et des ordres de versement ou de reversement ²⁹.

Au-delà du droit de la fonction publique, l'administré avait la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir en matière pécuniaire sans être privé pour autant de la possibilité de former ultérieurement un recours de plein contentieux visant à obtenir le paiement de la somme en litige. Si, en effet, il avait négligé de former un recours pour excès de pouvoir dans les délais, il pouvait en principe demander une indemnité fondée sur l'illégalité de la décision qui était devenue définitive ³⁰. Ultérieurement, cependant, le conseil d'État a décidé que lorsqu'une décision a un effet purement pécuniaire, le requérant ne peut plus présenter une demande tendant à l'allocation de la même somme et fondée exclusivement sur l'illégalité de la décision ³¹.

2° *Opérations administratives complexes et actes détachables*. — La jurisprudence admet aujourd'hui que, lorsqu'au cours d'une opération administrative complexe, il y a eu un acte illégal, le recours pour excès de pouvoir est recevable contre cet acte en particulier, même si l'ensemble de l'opération relève d'un contentieux différent. L'arrêt de principe est l'arrêt *Martin* du 4 août 1905 ³² : concession d'un service de tramways à la suite d'une délibération d'un conseil général ; bien que l'ensemble de l'opération constituât un marché de travaux publics de la compétence du conseil de préfecture, le conseil d'État a admis que la délibération du conseil général pouvait être dissociée et directement attaquée par le recours pour excès de pouvoir. On retrouve ici une manifestation dans le domaine contractuel de la théorie des actes détachables.

3° *Violation des contrats*. — Enfin, il est une hypothèse où l'exception de recours parallèle a conservé sa rigueur : c'est celle où le recours pour excès de pouvoir prétend se fonder sur la violation d'un contrat. A priori, il semble que lorsque l'administration prend une mesure contre-

27. CE, 8 mars 1912, S., 1913.3.1, concl. Pichat, note Hauriou.

28. CE, 27 avril 1988, *Mbakam*, p. 172 ; AJDA, 1988, p. 438.

29. CE, 23 décembre 1988, *Cadilhac*, Rec. Lebon, p. 465 ; AJDA, 1989, p. 254, concl. M. Fornacciarì.

30. CE, 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bezie*, S., 1912.3.129, note Hauriou.

31. 2 mai 1959, *Min. des Finances c. Lafon* ; AJDA, 1960.1.160.

32. Rec. Lebon, p. 749, concl. Romieu.

disant les clauses d'un contrat passé avec un administré, cette mesure devrait pouvoir être critiquée par la voie du recours pour excès de pouvoir, comme ayant violé la règle de l'intangibilité des effets des contrats.

Or, le conseil d'État n'admet jamais le recours pour excès de pouvoir dans cette hypothèse : la violation d'un contrat ne peut donner lieu qu'à une action de pleine juridiction devant le juge du contrat. Un concessionnaire de service public, par exemple, n'est pas recevable à demander l'annulation des actes prétendus contraires à son contrat par la voie du recours pour excès de pouvoir³³.

La matière des contrats échappe ainsi doublement au recours pour excès de pouvoir, celui-ci étant irrecevable à la fois contre un contrat de l'administration pour le faire annuler (v. ci-dessus) et contre un acte administratif violant un contrat de l'administration. Ceci doit s'entendre cependant sous la réserve de la solution consacrée en 2007 par l'arrêt *Sté Tropic Travaux Signalisation* qui ouvre aux concurrents évincés, dans certaines conditions, un contentieux spécifique de la validité du contrat incluant une compétence d'annulation-résolution de celui-ci³⁴.

§ 3. Cas d'ouverture

On appelle cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, ou encore moyens d'annulation, les diverses irrégularités qui affectant la légalité de l'acte administratif, justifient que son annulation puisse être demandée.

Ce n'est plus ici la recevabilité, mais le fond du recours qui est en cause.

Les cas d'ouverture correspondent ainsi aux diverses modalités de l'illégalité que nous avons déjà définies. Ce sont l'incompétence (illégalité relative à l'auteur de l'acte) ; le vice de forme (illégalité quant aux formes) ; le détournement de pouvoir (illégalité quant au but) ; la violation de la loi (illégalité quant à l'objet) ; enfin, les illégalités relatives aux motifs.

La théorie des cas d'ouverture porte la marque de cette évolution dans le sens d'élargissement qui caractérise toute l'histoire du recours pour excès de pouvoir ; cet élargissement s'exprime, on l'a vu, par des conditions de recevabilité moins exigeantes ; il se traduit également et en même temps par l'extension des cas d'ouverture. Ceux-ci sont, en effet, apparus et se sont développés progressivement.

33. CE, 8 novembre 1935, *Benoist*, Rec. Lebon, p. 1027.

34. CE, 16 juillet 2007, *RFDA* 2007, p. 696, concl. D. Casas.

À l'origine, le recours était admis seulement pour incompétence ; d'ailleurs, la loi des 7-14 octobre 1790 qui lui servait de base parlait uniquement des « réclamations d'incompétence ».

Puis apparurent le vice de forme et le détournement de pouvoir. Jusque-là n'était donc pas admis le moyen d'annulation le plus important : l'illégalité concernant l'objet même de l'acte. Celle-ci était bien sanctionnée, mais par le contentieux ordinaire de pleine juridiction ; c'était l'hypothèse dite de la violation de la loi et des droits acquis ; l'expression même indique que le requérant ne pouvait critiquer l'acte illégal que s'il faisait valoir en même temps une situation individuelle, un droit subjectif violé, et non le simple « intérêt froissé » que suppose le recours pour excès de pouvoir ; c'est pourquoi la réclamation pour violation de la loi rentrait dans le contentieux de pleine juridiction et non dans celui de l'excès de pouvoir.

C'est en 1864, lorsque l'on dota le recours pour excès de pouvoir de sa procédure simplifiée, que l'on fit de la violation de la loi, afin qu'elle bénéficiât de la réforme, un quatrième cas d'ouverture ; mais cette promotion entraîna une conséquence inévitable : l'élément « violation d'un droit acquis » n'ayant pas sa place dans un recours purement objectif, cessa d'être exigé et le quatrième cas d'ouverture devint purement et simplement la violation de la loi.

Enfin, à une époque plus récente, la jurisprudence a développé les illégalités relatives aux motifs.

A L'incompétence

Il y a incompétence lorsqu'un agent public accomplit un acte qui n'entre pas dans ses attributions, étranger à la loi qui régit sa fonction et détermine la compétence attachée à celle-ci.

L'incompétence est pour l'acte administratif un vice radical parce que les pouvoirs des agents publics sont rigoureusement attribués et répartis par la loi ; la notion de compétence est, en effet, la base de tout le droit public : nul agent public ne peut exercer d'activité que dans le cadre de la compétence juridique rattachée à la fonction qu'il exerce ³⁵.

Aussi l'incompétence constitue-t-elle un moyen d'annulation qui présente un caractère d'ordre public, c'est-à-dire pouvant être soulevé d'office par le juge.

35. Est assimilée au vice d'incompétence l'absence de consultation du conseil d'État dans une hypothèse où l'acte ne pouvait être pris qu'après avis du conseil d'État ou l'absence de consultation d'un organisme lorsque son avis conforme était requis.

Il existe deux formes d'incompétence, qui correspondent en même temps à deux degrés de gravité : l'empiétement de fonctions, l'usurpation de fonctions.

a) Il y a *empiétement de fonctions* lorsqu'un agent accomplit un acte qui rentrait dans la compétence d'un autre agent : un préfet prend une décision qui ne pouvait l'être que par le ministre (empiétement hiérarchique) ; un maire édicte une mesure qui concerne la commune voisine de la sienne (empiétement territorial ou incompétence *ratione loci*).

b) L'*usurpation de fonctions* consiste soit dans l'ingérence d'une autorité dans les attributions d'une autorité d'un ordre totalement différent (ingérence d'un organe administratif dans les attributions du législatif ou du judiciaire, d'un agent d'exécution dans les attributions d'une assemblée délibérante) ; soit dans l'ingérence dans des fonctions publiques d'un simple particulier qui n'a jamais été investi de la fonction ou qui l'a été irrégulièrement.

L'usurpation de fonctions constitue un degré d'illégalité plus grave que l'empiétement, non seulement par ses caractères, mais aussi par ses conséquences : elle n'entraîne pas seulement la nullité, mais l'inexistence même de l'acte.

c) *Théorie des fonctionnaires de fait*. — Cependant l'illégalité résultant de l'usurpation de fonctions trouve un correctif important et classique dans la théorie dite des fonctionnaires de fait.

Le fonctionnaire de fait est un particulier non investi ou irrégulièrement investi, dont les actes sont cependant déclarés validés ; la théorie est différente dans les périodes normales et dans les périodes insurrectionnelles ; elle a pour fondement, au premier cas, la notion d'apparence, au second, la notion de nécessité.

1^o En période normale, le fonctionnaire de fait est l'individu qui s'est irrégulièrement immiscé dans l'exercice d'une compétence, mais qui présentait les apparences d'un agent régulier. Ses actes sont réputés valides, parce que le public ne pouvait pas de bonne foi, en soupçonner l'irrégularité ³⁶.

2^o En période insurrectionnelle, la question se pose pour les actes des agents d'un gouvernement insurrectionnel dressé contre le gouvernement légal (fonctionnaires de la Commune en 1871) ; ces agents sont,

36. Actes accomplis par un individu nommé ou élu irrégulièrement à une fonction, avant que sa nomination ait été annulée (CE, 21 juillet 1876, *Ducastel*, Rec. Lebon, p. 701) ; actes accomplis en vertu d'une délégation irrégulière présentant les apparences de la régularité (Cass., 7 août 1883, S., 1884.1.5 : affaire des mariages de Montrouge, célébrés par un conseiller municipal qui avait été désigné sans qu'ait été observé l'ordre du tableau).

en principe, des usurpateurs de fonctions et leurs actes sont, en principe, nuls. Cependant, lorsque ces actes ont concerné des services publics dont le fonctionnement ne pouvait pas être interrompu (par exemple, actes de l'état civil), on considère qu'ils sont valides, par application de la théorie de la fonction de fait, justifiée ici, non plus par la notion de l'apparence, mais par celle de la nécessité du fonctionnement continu des services publics. On rejoint la construction des circonstances exceptionnelles, telle qu'elle a été présentée ci-avant.

B Le vice de forme

L'omission ou l'irrégularité des formes et procédures prescrites par la loi constitue le second cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

Cependant, pour éviter de verser dans un formalisme pointilleux, le conseil d'État a élaboré une théorie du vice de forme n'entraînant pas annulation dans les cas suivants :

1^o cas où la formalité était simplement accessoire et non « substantielle »³⁷ ;

2^o cas où la formalité était inspirée par le seul intérêt de l'administration ; l'administré ne peut invoquer l'omission de formes qui n'avaient pas été établies dans son intérêt³⁸ ;

3^o cas où il est démontré qu'en l'espèce le vice de forme n'a eu aucune influence sur la décision³⁹ ;

4^o cas où il a été matériellement impossible à l'administration d'observer la formalité⁴⁰ ;

5^o cas où le vice a été couvert par l'accomplissement ultérieur de la formalité à la condition toutefois qu'il ne s'agisse que de la réparation d'une omission purement matérielle et non d'une régularisation rétroactive⁴¹.

37. CE, 25 mai 904, *Gaudin* Rec. Lebon, p. 278 : abréviation in signifiante d'un délai d'enquête dans une procédure de sectionnement électoral.

38. CE, 24 octobre 1919, *Bonvoisin*, Rec. Lebon, p. 776 : procédure d'alignement d'une rue dans une place de guerre sans l'intervention de l'autorité militaire prévue par la loi.

39. CE, 17 février 1942, *Bécard*, Rec. Lebon, p. 191 : sanction disciplinaire prise sans observer les délais, mais à une époque où l'intéressé avait déjà présenté en fait sa défense.

40. CE, 22 novembre 1918, *Samuel*, Rec. Lebon, p. 2037 : adjoint révoqué sans avoir été mis en demeure de présenter sa défense parce qu'il était parti sans laisser d'adresse.

41. CE, 13 février 1903, *Baudart*, Rec. Lebon, p. 121 : procès-verbal de délibération signé après coup.

C Le détournement de pouvoir

1. Définition

Il y a détournement de pouvoir lorsqu'une décision a été prise en considération d'un but autre que celui pour lequel elle pouvait l'être ; la compétence a été ainsi « détournée » de son but légitime ; l'acte est illégal en raison de son but.

Juridiquement et pratiquement ce moyen d'annulation est très important. Juridiquement, son existence montre quel progrès a réalisé dans l'État moderne la notion de légalité, puisqu'elle pénètre ici jusqu'aux mobiles psychologiques. Pratiquement, il y a là un moyen d'annulation efficacement utilisé par le juge, d'autant plus que sa portée est absolument générale.

2. Portée

Il peut en effet toujours y avoir matière à application du cas d'ouverture du détournement de pouvoir ; il n'y a pas d'acte administratif qui ne soit susceptible d'être affecté par cette cause d'illégalité ; c'est ce que l'on exprime parfois en disant qu'il n'y a jamais de pouvoir discrétionnaire en matière de but poursuivi.

- Toute compétence d'un agent public ne lui est jamais donnée qu'en vue d'un certain but qui peut d'ailleurs être plus ou moins précis ; la poursuite de tout autre but entachera l'acte d'illégalité.

Le but particulier de la compétence peut d'ailleurs résulter :

- soit du texte de la loi, lorsqu'elle l'a indiqué expressément (ex. : les lois de pleins pouvoirs sous la III^e République indiquaient les buts en vue desquels le gouvernement était habilité à faire des décrets-lois ; un décret-loi pris en vue d'un autre but était, à ce titre, illégal ; il en va de même aujourd'hui des ordonnances de l'article 38 de la Constitution) ;

- soit des intentions du législateur, même non exprimées, et que le juge peut toujours rechercher ;

- soit de la nature même de la compétence, laquelle peut impliquer logiquement et nécessairement une finalité déterminée : ainsi le pouvoir de répression disciplinaire ne peut, par sa nature même, servir qu'à sanctionner une faute du fonctionnaire ; le pouvoir de police ne peut servir qu'à assurer l'ordre public et non pas, par exemple, à donner satisfaction aux intérêts financiers de l'administration ⁴².

- Mais en dehors même et au-delà du but spécial qu'une compétence peut comporter, il y a toujours en la matière une limite plus générale

42. Annulation d'arrêtés de police limitant la circulation sur une route, en vue de réduire les frais d'entretien de la commune : CE, 12 novembre 1927, *Bellescize*, Rec. Lebon, p. 1048.

qui s'impose à l'administration : l'acte administratif ne peut jamais viser qu'un but d'intérêt général ; il ne peut jamais être accompli en vue d'un intérêt privé ; l'intérêt général est la règle de conduite obligatoire pour tout agent de l'État. La décision animée par un mobile d'intérêt privé (vengeance, préoccupation de favoritisme ou de brimade) fournit le type classique de détournement de pouvoir.

3. Limites

- La poursuite d'un but différent du but légal n'entraîne pas annulation lorsque l'administration était, de toute manière, obligée de prendre la mesure⁴³. C'est l'hypothèse de compétence liée.

- Le détournement de pouvoir doit être révélé par les circonstances mêmes de l'acte et les pièces du dossier ; le juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaît pas le droit de le rechercher par des enquêtes.

Cependant les règles relatives à la charge de la preuve et aux pouvoirs d'instruction du juge administratif telles qu'elles ont été dégagées par les arrêts *Barel* et *Société Maison Genestal* sont de nature à faciliter la preuve du détournement de pouvoir : dans l'arrêt *Barel*⁴⁴, le conseil d'État a décidé que lorsque des requérants se prévalent à l'appui de leurs allégations de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses, il appartient au juge administratif d'exiger de l'administration la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants à défaut de quoi le motif invoqué par les requérants doit être regardé comme établi. Dans l'arrêt *Société Maison Genestal*⁴⁵, le conseil d'État est allé plus loin, se bornant à faire état de l'argumentation développée par la société requérante et se reconnaissant le pouvoir de demander à l'administration les raisons de fait et de droit qui ont motivé l'acte attaqué.

D La violation de la loi

Bien qu'apparu tardivement, ce quatrième moyen d'annulation est, on le conçoit, le plus important et le plus fréquemment utilisé ; il s'agit des cas où un acte administratif dans ses dispositions mêmes, son objet, enfreint une disposition légale.

43. CE, 25 juin 1937, *de la Raudière*, notes P. L. au S., 1937.3.121 et Bonnard, RDP, 1938, p. 138.

44. CE, 28 mai 1954, Rec. Lebon. p. 308, concl. Letourneur ; RDP, 1954, p. 509, note Waline ; RPDA, 1954, p. 509, note Eisenmann ; S., 1954.3.97, note Mathiot ; D., 1954, p. 594, note Morange.

45. CE, 26 janvier 1968, Rec. Lebon, p. 62, concl. Bertrand.

L'appellation « violation de la loi » est d'ailleurs malheureuse ; elle est à la fois trop large et trop étroite : — trop large, parce que les autres illégalités sont aussi des violations de la loi (loi des compétences, loi régissant des formes de l'acte) ; — trop étroite, parce qu'il n'y a pas, nous l'avons dit, que les lois formelles dont la violation constitue une illégalité, mais aussi les règlements, les principes coutumiers et jurisprudentiels, en un mot, toutes les règles de droit constituant la légalité administrative.

E Les illégalités relatives aux motifs

1. Motifs et mobiles

Bien que souvent employés indifféremment, les motifs et les mobiles de l'acte administratif désignent deux réalités différentes, dont le contenu d'ailleurs le plus souvent coïncidera : ce qui explique la confusion des termes.

En langage strict, on doit réserver l'appellation de mobiles aux considérations, faits et circonstances objectifs extérieurs à l'acte et dont l'existence a poussé l'auteur de l'acte à l'accomplir. Les motifs sont au contraire contenus dans l'acte et viennent à l'appui, sous forme d'une sorte d'explication et justification publique, du dispositif de l'acte. Les mobiles sont extérieurs à l'acte ; les motifs sont partie intégrante de celui-ci.

Normalement, lorsqu'une motivation existe, elle n'est que l'explicitation dans l'acte des mobiles qui ont déterminé l'agent à prendre celui-ci : mais il peut se faire que cette coïncidence n'existe pas, que les motifs ne révèlent pas les véritables mobiles de l'agent ; il peut se faire aussi — c'est même le principe en droit français — que l'acte ne comporte aucune motivation, ce qui ne veut évidemment pas dire qu'il n'obéit pas à certains mobiles.

Voir encore sur cette distinction et sur les règles de la motivation, *infra* G.

2. Illégalités relatives aux mobiles

Les illégalités relatives aux mobiles, couramment présentées comme relatives aux motifs — pour la raison indiquée au point 1^o ci-dessus — sont de trois types concevables.

On peut imaginer qu'un acte soit rendu illégal du fait de l'inexistence des motifs ou mobiles allégués par son auteur : par exemple, une sanction disciplinaire est infligée à un fonctionnaire alors que celui-ci n'a pas commis les faits qui lui sont reprochés et qui servent de base à la sanction. On peut concevoir qu'un acte soit rendu illégal du fait de

l'inexacte qualification juridique dont ses motifs ou mobiles ont fait l'objet ; pour reprendre l'exemple précédent, les faits existaient matériellement mais ils n'étaient pas constitutifs d'une faute disciplinaire, susceptibles de s'intégrer dans la catégorie juridique de la faute disciplinaire. Enfin, on peut concevoir qu'un acte soit rendu illégal du fait de l'inadéquation entre les mobiles de l'acte et son objet ; par exemple, la sanction infligée à un agent public qui se sera effectivement rendu coupable d'une faute disciplinaire, sera disproportionnée par rapport à cette faute.

a) Le contrôle de l'exactitude matérielle des faits est toujours exercé par le juge de l'excès de pouvoir. La jurisprudence est aujourd'hui fixée et devenue banale en ce domaine ⁴⁶.

b) Le contrôle de la qualification juridique des faits est parfois exercé. Ce contrôle inauguré par l'arrêt du conseil d'État *Gomel* du 4 avril 1914 ⁴⁷, est exercé lorsqu'un texte subordonne l'exercice d'un pouvoir de l'administration à l'existence de certaines circonstances de fait : le juge vérifie alors si ces conditions de fait étaient remplies, si les faits présentaient un caractère « de nature à » justifier la décision.

Bien plus, alors que le juge n'exerce pas en principe de contrôle de la qualification lorsque les textes n'ont pas défini les conditions légales dans lesquelles doit s'exercer l'action de l'administration, il arrive, dans des domaines qui touchent au droit de propriété ou à l'exercice des libertés publiques, que le juge « dégage » lui-même les motifs qui doivent inspirer l'action de l'administration et exerce un contrôle de qualification sur les actes pris à ce titre.

c) C'est précisément le domaine des libertés et en particulier le domaine des mesures de police qui sont susceptibles de porter atteinte à ces libertés qui offre au juge administratif l'occasion d'exercer le troisième type de contrôle : celui de l'adéquation de la décision aux motifs.

Dans ce domaine, le juge se reconnaît le droit non seulement de contrôler l'exactitude matérielle des faits et leur qualification juridique mais encore si les motifs étaient suffisants pour justifier la mesure, si la gravité de celle-ci était proportionnée aux caractères des motifs qui l'ont provoquée censurant la mesure excessive par un contrôle de proportionnalité.

46. CE, 14 janvier 1916, *Camino*, RDP, 1917, Rec. Lebon, p. 463, concl. Corneille, note Jèze — 20 janvier 1922, *Trépoint*, RDP, 1922, p. 81, concl. Rivet, note Jèze.

47. S., 1917.3.25, note Hauriou.

F Modalités et intensité du contrôle

1. Contrôle normal et contrôle restreint

On parle de *contrôle normal* pour caractériser les hypothèses dans lesquelles le contrôle du juge de l'excès de pouvoir porte sur l'exactitude matérielle des faits, leur qualification juridique, l'erreur de droit ⁴⁸ et le détournement de pouvoir. Le contrôle dit *restreint* ne porte que sur l'exactitude matérielle des motifs, l'erreur de droit et le détournement de pouvoir à l'exclusion donc du contrôle de la qualification juridique des faits.

Les hypothèses dans lesquelles le contrôle opéré par le juge n'est qu'un contrôle restreint sont aujourd'hui moins nombreuses, mais elles ont été pendant longtemps le principe. Ainsi, le conseil d'État a-t-il exercé un contrôle normal sur les appréciations auxquelles se livre l'administration lorsqu'elle arrête la liste des candidats à un concours de la fonction publique, sur les « garanties requises pour l'exercice des fonctions que doivent présenter les candidats » ⁴⁹. C'est ainsi également que les mesures d'expulsion ou de reconduite à la frontière prononcées à l'égard des étrangers ne sont soumises au contrôle normal que depuis 1991, alors que le juge n'opérait auparavant qu'un contrôle restreint ⁵⁰.

Le contrôle du juge administratif sur les motifs connaît deux modalités particulières dont l'une est particulière au contrôle restreint, l'autre commune au contrôle normal et au contrôle restreint.

2. Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

Dans le cas de contrôle minimum, le juge ne procède pas au contrôle de la qualification ; il ne se livre pas non plus au contrôle de la proportionnalité, de l'adéquation de la décision aux motifs.

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a eu tout d'abord pour objet de remédier à l'absence de contrôle de la qualification juridique des faits. L'erreur manifeste porte sur l'appréciation des motifs ; elle n'entraîne l'annulation que si elle est grossière, flagrante. La jurisprudence sur l'erreur manifeste a paru d'abord limitée à quelques matières mais elle a de proche en proche gagné du terrain ⁵¹.

48. On parle d'erreur de droit lorsque l'administration a pris une décision sur la base d'une règle qu'elle a interprétée de façon inexacte, d'une règle inapplicable à la décision, lorsqu'enfin la décision de l'administration a été prise sur le fondement d'une règle illégale.

49. 18 mars 1983, *Mulsant*, Rec. Lebon, p. 125, 10 juin 1983 ; *Raoult*, Rec. Lebon, p. 252, RDP, 1983 ; p. 1404, note M. Waline.

50. CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et M^e Babas*, Rec. Lebon, p. 152 et p. 162, concl. Abraham.

51. Pour un exemple de contrôle de l'erreur manifeste en matière de nominations au tour extérieur : CE, 16 décembre 1988, *Ass. générale des administrateurs civils et a. c/ M. Dupavillon et M. Bléton et a. c/ M. Sarazin*, AJDA, 1989, p. 102.

Le contrôle de l'erreur manifeste s'est également, mais de façon plus timide, présenté sous une seconde forme. Il a eu alors pour objet de remédier à l'absence de contrôle de la proportionnalité ; le conseil d'État acceptant en matière de fonction publique d'apprécier si une sanction disciplinaire est proportionnée à l'importance de la faute ⁵².

3. Le contrôle du bilan coût avantages

Ce contrôle a pour objet, en permettant au juge d'exercer un contrôle de la proportionnalité, de pallier l'absence de contrôle de l'adéquation de la décision aux motifs. Il a pris naissance en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

En cette matière, il permet au juge d'apprécier si, dans l'opération projetée, « les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social que comporte l'opération, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » ⁵³. Comme la théorie de l'erreur manifeste, la théorie du bilan coût avantages n'est pas limitée à certains terrains d'application.

G Connaissance des motifs et obligation de motiver

Il résulte de l'analyse, que l'on vient de faire, des illégalités relatives aux motifs de l'acte administratif que le contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir sur les motifs est très important, non seulement dans les domaines de compétence liée mais même aussi dans ceux de compétence discrétionnaire. Il est donc essentiel que le juge dispose de moyens lui permettant d'avoir en toute hypothèse connaissance des motifs qui ont inspiré la décision.

Or il est de principe que l'administration n'est pas tenue de motiver ses décisions c'est-à-dire de faire figurer les motifs dans la décision elle-même.

a) Pendant longtemps, ce principe de non motivation ne connaissait que trois séries d'exceptions : les décisions considérées comme quasi juridictionnelles ⁵⁴ ; les décisions émanant de certains organismes professionnels eu égard à leur nature, à leur composition et à leurs attributions.

52. CE, 9 juin 1978, *Lebon*, 245 ; AJDA, 1978, p. 273, concl. Genevois, obs. SS.

53. CE, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, p. 409, concl. Braibant ; RDP, 1972, p. 454, note Waline.

54. CE, 27 janvier 1950, *Billard*, Rec. Lebon, p. 58 ; S., 1950.3.41, concl. Letourneur.

tions⁵⁵ ; enfin certaines décisions doivent être motivées parce qu'un texte législatif ou réglementaire l'a prescrit.

Mais jusqu'en 1979 les décisions pour lesquelles la motivation était obligatoire, soit en vertu d'un texte soit en application des règles dégagées par la jurisprudence, étaient relativement peu nombreuses.

Sans doute le conseil d'État avait-il posé en règle que le juge de l'excès de pouvoir, s'il était saisi, a toujours le droit d'exiger de l'administration qu'elle lui révèle les motifs qui l'ont déterminée mais ce n'était là qu'un palliatif dans l'ordre du contentieux et qui concernait les règles de la preuve dans le procès⁵⁶.

b) C'est la loi du 11 juillet 1979 (complétée par la loi du 17 janvier 1986, art. 26) qui a rendu obligatoire la motivation d'un certain nombre de décisions (donc actes administratifs individuels, ce qui exclut les actes réglementaires), cette obligation étant sanctionnée par l'illégalité de l'acte, quelques soient par ailleurs les mobiles qui ont pu guider son auteur : la décision non régulièrement motivée, dans les conditions de la loi, est illégale de ce seul fait et sera annulée par le juge pour ce seul motif.

Il s'agit des décisions individuelles défavorables à leur destinataire (décisions restreignant l'exercice des libertés, ou constituant une mesure de police ; infligeant une sanction ; subordonnant l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposant des sujétions ; retirant ou abrogeant une décision créatrice de droits ; opposant une prescription, une forclusion ou une déchéance ; refusant un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir), des décisions individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement, des décisions qui refusent une autorisation ou une naturalisation (L. 27 juil. 1993) ; et la loi du 17 janvier 1986 (art. 28) a complété les dispositions de la loi du 11 juillet 1979 en prévoyant que les organismes de sécurité sociale doivent faire connaître les motifs des décisions individuelles par lesquels ils refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, obligation de motivation étendue aux décisions des organismes par lesquels ceux-ci refusent l'attribution d'aides ou de subventions dans le cadre de leur action sanitaire et sociale⁵⁷.

L'obligation de motiver reste limitée par le respect de la législation protégeant certains secrets (celui par exemple de la défense nationale).

55. CE, 27 novembre 1970, *Agence Maritime Marseille-Fret*, Rec. Lebon, p. 704 ; RDP, 1971, p. 987, concl. Gentot.

56. V. *supra* CE 28 mai 1954 *Barel*, Rec. Lebon, p. 308, concl. Letourneur ; RDP, 1954, p. 509, note Waline — 26 janvier 1968, *Société Maison Genestal*, Rec. Lebon, p. 62, concl. Bertrand.

57. Sur l'application aux collectivités territoriales de la loi du 11 juillet 1979 : V. circ. 2 juin 1992, *JO* 22 juillet, p. 9805.

Lorsque, par ailleurs, l'urgence absolue a empêché la motivation, l'absence de celle-ci n'entraîne pas l'illégalité de la décision mais permet à l'intéressé d'obtenir sur sa demande la communication des motifs dans le délai d'un mois.

Enfin, lorsqu'une décision implicite de rejet est intervenue dans un cas où la décision explicite aurait dû être motivée, l'intéressé est en droit de demander dans le délai du recours contentieux les motifs de cette décision implicite qui doivent lui être communiqués dans le mois de sa demande.

La motivation exigée par la loi du 11 juillet 1979 doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de fait et de droit qui constituent le fondement de la décision et le conseil d'État a interprété de façon assez rigoureuse cette exigence⁵⁸.

c) Le problème de la connaissance des motifs des décisions de l'administration ne doit pas être confondu avec celui de *l'accès aux documents administratifs* mais on peut considérer que le désir d'améliorer la première et d'élargir la seconde procède d'une même préoccupation : accroître la transparence de l'administration. Et de même que la motivation n'est pas obligatoire en l'absence de texte la prescrivant, la communication des documents administratifs lorsqu'elle n'est pas prévue par un texte, n'est pour l'administration qu'une faculté⁵⁹.

Aussi bien la loi du 17 juillet 1978 (titre I^{er}) complétée par la loi du 11 juillet 1979 (art. 9) modifiée par la loi du 12 avril 2000 (art. 5 et s.) est-elle venue aménager l'accès des administrés aux documents administratifs.

En application de ces textes, le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs.

Sont considérés comme documents administratifs tous dossiers, rapports, études... qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions qui émanent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou privé chargés de la gestion d'un service public.

Sous la réserve d'un certain nombre de documents énumérés à l'article 6 de la loi du 2 avril 2000, les autorités sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande. Le droit à communication ne s'applique qu'à des

58. 24 juillet 1981, *Belasri*, AJDA, 1981, p. 473 ; 1^{er} juillet 1981, *Besnault*, AJDA, 1981, p. 474 ; *La motivation des actes administratifs*, EDCE, 1986, p. 13.

59. CE, 14 novembre 1980, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/M. Collet*, AJDA, 1981, p. 101.

documents achevés. L'administration sollicitée n'est pas tenue de donner suite aux demandes abusives, en particulier par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique.

Une commission d'accès aux documents administratifs est chargée de veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs. Elle émet un avis lorsqu'elle est saisie par une personne qui rencontre des difficultés pour obtenir la communication d'un document administratif. La saisine de la commission pour avis est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux.

§ 4. La décision du juge dans le recours pour excès de pouvoirs⁶⁰

Pouvoirs du juge. — Les pouvoirs du juge dans le recours pour excès de pouvoir sont déterminés par la définition même de ce recours, c'est-à-dire son caractère de recours en annulation.

Le juge de l'excès de pouvoir ne peut qu'annuler l'acte critiqué ou rejeter la requête.

Au premier cas, le juge ne peut que procéder à l'annulation elle-même ; il ne peut déduire les conséquences de l'annulation. Ainsi il ne peut : *a*) ni substituer à la décision annulée une décision inverse, par exemple, s'il annule un refus d'autorisation, accorder lui-même l'autorisation ; *b*) ni condamner pécuniairement l'administration en conséquence de l'annulation (v. à cet égard les développements ci-dessus à propos des recours parallèles). En toute hypothèse, le juge ne peut que renvoyer le requérant devant l'administration, en vue d'être à nouveau statué par elle sur sa situation.

Cependant on sait que, depuis la loi de 1995 dans ses dispositions reprises aux articles L. 911-1 et suivants du code de justice administrative, le juge peut, s'il est saisi de conclusions en ce sens, prolonger sa décision d'annulation par le prononcé d'une injonction — au besoin sous astreinte — lorsqu'elle apparaît comme le prolongement direct et nécessaire de la décision d'annulation.

Portée de la décision. — Le recours pour excès de pouvoir faisant partie du contentieux objectif, l'autorité de la chose jugée est *absolue*, c'est-à-dire que la sentence produit effet non seulement à l'égard du requérant, mais *erga omnes*. La décision est annulée vis-à-vis de tous.

60. V. l'ouvrage classique de P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1953. — J.-J. Israel, *La régularisation en droit administratif français*, Bibl. Droit public, tome 138, 1981.

L'annulation prononcée par le juge administratif a d'autre part un effet rétroactif : l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé.

Cependant dans un récent et important arrêt, le conseil d'État s'est reconnu le pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses décisions d'annulation, en considération d'exigences d'intérêt général qui iraient en ce sens et au bénéfice d'une évaluation circonstanciée de celles-ci ⁶¹.

61. CE, 11 mai 2004, *Assoc. AC ! et autres*, AJDA, 2004, p. 1183 ; RFDA, 2004, p. 454, concl. Ch. Devys — 25 février 2005, *France-Telecom*, JCP, éd. adm. et coll. loc. n. 1263, note E. Breen — v. aussi J. H. Stahl, *An I après AC ! Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt association AC !*, CJEP 2005, p. 355.

Titre 3

La responsabilité de la puissance publique

À côté du principe de la légalité, celui de la responsabilité de la puissance publique constitue le second facteur essentiel de libéralisme dans le régime administratif français. On peut dire que ces deux principes sont les deux piliers symétriques du système de garantie des administrés. Ils utilisent pour leur réalisation les deux grandes voies de droit ouvertes devant la juridiction administrative : le recours pour excès de pouvoir est la sanction naturelle du premier ; le second est mis en œuvre par le recours de pleine juridiction.

Les données de la question. — En quels termes se pose en droit administratif le problème de la responsabilité ? Le fonctionnement des services publics peut entraîner des dommages pour les administrés : un maire néglige de réglementer par des mesures de police une manifestation au cours de laquelle des particuliers sont blessés ; un ouvrage public s'effondre et endommage un immeuble contigu ; le service postal égaré un envoi confié par un usager.

Dans des hypothèses de cette nature, se posent diverses questions.

1° Qui sera responsable ? Le fonctionnaire à l'origine du fait dommageable sur ses derniers personnels ou la collectivité publique sur son patrimoine ?

2° À quelles conditions ces responsabilités seront-elles engagées ? Toutes les activités publiques, de quelque nature qu'elles soient, en comporteront-elles la possibilité ? Faudra-t-il, d'autre part, pour qu'elles soient engagées, qu'une faute ait été commise ?

Évolution des solutions. — Les solutions du droit administratif français sont caractérisées par un élargissement progressif des hypothèses de responsabilité de l'administration, dans l'intérêt des administrés. C'est en cela que réside leur libéralisme.

1° Le droit administratif français connaît à la fois une responsabilité personnelle du fonctionnaire et une responsabilité de l'administration.

Mais la tendance a été de plus en plus de permettre à la victime une mise en cause de l'administration, même dans le cas de faute personnelle de l'agent et dès lors que celle-ci n'est pas, selon la formule consacrée par les arrêts, « dépourvue de tout lien avec le service ».

2° Surtout la mise en cause de ces responsabilités a été progressivement facilitée.

La responsabilité du fonctionnaire a été débarrassée d'une condition qui l'entrava longtemps et qui était l'autorisation des poursuites par le conseil d'État.

Mais c'est surtout pour la responsabilité de l'administration que le chemin parcouru est considérable.

Au XIX^e siècle, l'irresponsabilité de l'État était la règle. Puis le principe perdit de sa vigueur, mais demeura encore valable pour tous les actes dits de puissance publique. Aujourd'hui, la responsabilité est la règle, l'irresponsabilité, l'exception.

D'autre part, c'est aussi le fondement de cette responsabilité qui a été étendu, dans la mesure où il s'est détaché, comme on va le voir, de la stricte notion de la faute.

Ces progrès sont dus, ici encore, à la jurisprudence du conseil d'État et aux systématisations de la doctrine. Ce sont eux qui ont construit et développé la théorie des responsabilités administratives, en même temps qu'elles développaient et perfectionnaient le contrôle de la légalité. Dans le domaine de la responsabilité, et dans celui de l'excès de pouvoir, les efforts jurisprudentiels et doctrinaux sont ainsi parallèles et, peut-on dire, complémentaires.

Plan du titre. — On examinera en deux chapitres successifs la distribution des responsabilités entre la faute de l'agent et celle de l'administration (faute personnelle et faute de service) (Chap. I), puis le régime de responsabilité administrative, tel qu'il s'est progressivement étendu et généralisé (Chap. II).

Chapitre 1

Responsabilité personnelle de l'agent et responsabilité de l'administration

On distinguera ici selon que la responsabilité de l'agent ou de l'administration est recherchée par un administré victime de leur comportement (sect. I) ou que la responsabilité de l'agent est recherchée par l'administration (sect. II).

Section 1

Responsabilité vis-à-vis des administrés

§ 1. Le principe de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service

La distribution entre la responsabilité de l'administration et celle de l'agent repose sur la distinction fondamentale entre la faute de service et la faute personnelle. Le dommage provoqué par une faute d'un agent public engage la responsabilité de l'administration si cette faute est une faute de service ; il est au contraire à la charge de l'agent lui-même, sur ses deniers propres, si la faute est une faute personnelle.

Tel est le principe, repris par la jurisprudence *Pelletier* de 1873 qui, du même coup, — et contre le décret de 1870 supprimant la garantie des fonctionnaires (v. *infra*) —, écarte l'application à l'administration de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil sur la responsabilité des préposés et commettants ¹.

1. TC 30 juillet 1873 *Pelletier*, D. 1874-3-5, concl. David.

A Faute personnelle et faute non-dépourvue de tout lien avec le service

La faute personnelle est la faute ne relevant pas des compétences du service, extérieure à la fonction ; elle n'implique plus à proprement parler l'agent public, mais l'individu agissant sans rapport avec la fonction qu'il occupe d'autre part ; elle est dite « détachable de la fonction ».

Mais cette expression, traditionnelle, mérite elle-même un commentaire afin de prévenir toute équivoque. La faute est détachable du service parce qu'elle est en tout point étrangère à l'exercice des compétences dévolues à l'agent et présente une des caractéristiques, gravité, caractère dolosif, qui seront examinées plus loin. Mais il se peut — et la jurisprudence tend à l'admettre de plus en plus facilement — que cette faute personnelle, détachable, ne soit pas entièrement dépourvue d'un lien avec le service, qu'elle utilise les moyens matériels ou les circonstances du service ; et dans ce cas, tout en restant une faute personnelle, elle ouvre à la victime l'action en réparation contre l'administration, quitte à ce que celle-ci soit ensuite subrogée dans les droits de la victime contre son agent.

Bref la faute détachable, faute personnelle, peut être — et sera souvent — considérée comme non dépourvue de tout lien avec le service ; elle est détachable du service, par les caractéristiques qui sont les siennes... elle peut cependant être considérée ayant gardé un lien avec celui-ci.

B Caractères de la faute personnelle

Mais à quelle condition une faute peut-elle être considérée comme détachable ? La définition de la faute détachable est le fait de la jurisprudence qui utilise un critère nuancé, difficile à enfermer dans des formules. Une de ces formules cependant est restée célèbre, celle donnée par Laferrière dans ses conclusions sur l'affaire *Laumonnier-Carriol*² : il y a faute de service si « l'acte dommageable est impersonnel, révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur », faute personnelle s'il révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». Par la suite, la jurisprudence s'est orientée vers une définition de plus en plus étroite de la faute personnelle, considérée comme une faute lourde vraiment inexcusable.

2. TC, 5 mai 1877, Rec. Lebon, p. 437.

D'après la jurisprudence il y a ainsi faute détachable :

1° D'abord, et cela va de soi, lorsqu'il s'agit d'un acte accompli par le fonctionnaire hors de la fonction, soit complètement dans sa vie privée, soit du moins en marge de l'exercice proprement dit de la fonction³.

2° À raison du but, lorsque l'acte, accompli à l'occasion de la fonction, l'a été dans une intention mauvaise tracasserie, vengeance envers la victime⁴.

3° À raison de la gravité, lorsque l'acte, accompli toujours dans la fonction, a consisté dans une irrégularité grossière, une erreur flagrante ; c'est par exemple, en principe, le cas de la voie de fait, ou encore l'hypothèse où le fait dommageable a constitué un délit pénal. Mais ce ne sont là que des directives de principe ; la jurisprudence est plus nuancée ; pour elle le degré de gravité n'est qu'un élément d'appréciation non un critère absolu : c'est ainsi que la faute pénale, aussi bien que la voie de fait, peuvent parfois constituer des fautes de service⁵.

§ 2. Régime contentieux

A Compétence

Ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents pour connaître des actions en responsabilité personnelle dirigées contre le fonctionnaire, ce qui est logique, l'agent public, ayant, si l'on peut dire, perdu cette qualité et étant ici recherché comme le serait un simple particulier.

Au contraire, la faute de service ne peut être constatée et sanctionnée que par le juge administratif.

B Suppression de la garantie des fonctionnaires

Pendant longtemps cependant aucune poursuite, tant civile que pénale, ne pouvait être intentée contre un fonctionnaire qu'à la suite d'une autorisation donnée par le conseil d'État. Cette institution, dite de la

3. Section, 5 novembre 1976, *Min. des armées c/ Cie d'assurances « La prévoyance »* et *Soc. des Laboratoires Bethier-Derol*, Rec. Lebon, p. 475 : utilisation de leur voiture personnelle par des agents en dehors de leurs fonctions.

4. CE, 25 février 1992, *Immarigeon*, Rec. Lebon, p. 185 : violences exercées par un agent de police sur un individu arrêté qui n'opposait pas de résistance.

5. Pour la faute pénale : TC, 14 janvier 1935, *Thépaz*, S., 1935.3.17, note Alibert ; pour la voie de fait, v. arrêts cités *supra*.

« garantie des fonctionnaires », qui permettait ainsi à l'État de soustraire ses agents aux poursuites avait été établie par l'article 75 de la constitution de l'an VIII ; elle a été supprimée par un décret du 19 septembre 1870 à la suite des abus auxquels elle avait donné lieu sous le Second Empire.

La « garantie des fonctionnaires », par le régime d'autorisation de poursuites qu'elle comportait, est à l'origine de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service qui sera reprise par l'arrêt *Pelletier* de 1873 et qui gouverne toujours la matière ⁶.

§ 3. Le cumul des responsabilités de l'administration et de l'agent

A Le problème

Les deux responsabilités, celle de l'agent et celle de l'administration, peuvent-elles coexister dans une même affaire ? Ce problème comporte deux solutions extrêmes : avec la formule du non-cumul la victime du dommage ne peut jamais poursuivre que soit l'administration, soit le fonctionnaire. Au contraire avec la formule du cumul intégral la victime d'une faute personnelle peut toujours poursuivre l'État de préférence à son agent.

La seconde solution, évidemment favorable à la victime qu'elle garantit contre tout risque d'insolvabilité du fonctionnaire, a pour inconvénients d'être défavorable non seulement à l'intérêt des finances publiques mais aussi à celui du service public en laissant pratiquement les fautes ou négligences des agents publics démunies de sanctions.

B Les solutions

La solution primitive était celle du non-cumul. Puis la jurisprudence, après avoir accueilli la possibilité du cumul lorsque certaines conditions sont réunies a élargi cette possibilité dans des proportions considérables ; de telle sorte qu'il est aujourd'hui exceptionnel que, au cas de faute personnelle, la victime ne puisse pas poursuivre l'administration de préférence au fonctionnaire ⁷ ; c'est ce qui a été dit plus haut de la faute personnelle « non dépourvue de tout lien avec le service ».

6. TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, D., 1874, p. 5, concl. David — v. *supra*.

7. Sur les inconvénients pratiques de cette extension jurisprudentielle ; v. Waline. *Irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles*, RDP, 1948, p. 1.

1° Cas de *pluralité de fautes* — Lorsque le dommage résulte de plusieurs faits dont *les uns* sont des fautes de service, les autres des fautes personnelles, le cumul des responsabilités joue pleinement ⁸.

2° Cas de *faute unique* — Il faut alors distinguer deux hypothèses.

a) Lorsque la faute est une faute personnelle détachable mais commise dans le service, à l'occasion du service, la jurisprudence du conseil d'État admet aujourd'hui également le cumul pur et simple ⁹.

b) Lorsque la faute personnelle a été commise en dehors du service, en principe le cumul ne devrait pas jouer. Cependant, la jurisprudence a limité la portée de ce principe en admettant que le cumul peut jouer lorsque le dommage « n'est pas dépourvu de tout lien avec le service » ; c'est la formule qu'elle avait appliquée, avant la loi du 31 décembre 1957, aux accidents provoqués par un véhicule de l'administration utilisé irrégulièrement par un fonctionnaire en marge de son service (jurisprudence dite des « détours d'itinéraire ») ¹⁰.

La tendance du conseil d'État a été de faire assez largement application de cette idée ¹¹ ; mais il est à noter que dans un arrêt du 5 novembre 1976, *Ministre des Armées c/ Compagnie d'assurances « La Prévoyance » et Société des laboratoires Berthier-Derol* ¹², le conseil d'État avait jugé qu'un militaire se rendant sur son lieu de travail au volant de sa voiture personnelle n'était pas dans l'exercice de ses fonctions lors d'un accident qu'il avait provoqué.

C Conséquences du cumul

Le cumul des responsabilités n'entraîne naturellement pas cumul d'indemnités au profit de la victime. Pour atteindre ce but le juge adminis-

8. CE, 3 février 1911, *Anguet*, S., 1911.3.137, note Hauriou.

9. Lorsque ce principe a commencé d'être admis (CE, 26 juillet 1918, *Lemonnier*, S., 1918.3.41. concl. Blum), il était présenté comme n'ayant pas une portée absolue ; il fallait, précisait-on, que la faute ait un lieu particulièrement étroit avec le service, que celui-ci ait « conditionné l'accomplissement de la faute », de sorte que l'on pût dire que « la faute se détache peut-être du service mais que le service, lui, ne se détache pas de la faute » (Blum). Ces précisions n'ont plus aujourd'hui d'intérêt, le conseil d'État admettant automatiquement le cumul du moment que la faute personnelle a été commise « en service » (CE, 7 novembre 1947, *Alexis et Wolf* précité — 11 mars 1949, *Legrand*, S., 1950.3.24), voire avec les moyens du service.

10. CE, 18 novembre 1949, *Delle Mimeur*, p. 492 ; RDP, p. 183, note Waline ; JCP, 1950.II.5286, concl. Gazier.

11. CE, 26 octobre 1973, *Sadoudi*, Rec. Lebon. p. 603 ; D., 1974, p. 255, note Auby ; RDP, 1974, p. 554, note Waline ; p. 936, concl. A. Bernard : accident causé par un policier en manipulant chez lui un pistolet que les règlements l'obligeaient à conserver par devers lui en dehors du service.

12. Rec. Lebon, p. 475 ; AJDA, 1977, p. 400.

tratif condamne l'administration « sous réserve que la victime subrogera l'État aux droits qu'elle peut faire valoir contre le fonctionnaire ».

Action récursoire. — Il en résulte que la victime ne peut être indemnisée des deux côtés et que l'administration possède une action récursoire contre son fonctionnaire ; pendant longtemps cette subrogation donnant lieu à une action récursoire a été considérée comme nécessaire pour que l'administration pût agir contre le fonctionnaire au cas de cumul ; en l'absence de subrogation, la jurisprudence n'admettait pas d'action directe de l'administration¹³. Mais cette jurisprudence a été abandonnée et, depuis l'arrêt *Laruelle* du 28 juillet 1951, l'administration dispose en tout état de cause d'une action directe en indemnité contre le fonctionnaire.

Concours à l'indemnité. — Au cas de cumul de responsabilités résultant de pluralité de fautes, la question se pose de la répartition de l'indemnité entre l'administration et le fonctionnaire. Dans l'arrêt *Delville* du 28 juillet 1951¹⁴ le conseil d'État a décidé que la victime pouvait à son choix demander à être indemnisée pour la totalité soit par l'administration devant le juge administratif, soit par le fonctionnaire devant le juge judiciaire, mais que c'est au seul juge administratif qu'il appartient de fixer les contributions respectives de l'administration et du fonctionnaire selon la gravité de leurs fautes respective¹⁵.

Section 2

Responsabilité de l'agent vis-à-vis de l'administration

Si le fonctionnaire est responsable vis-à-vis des tiers de ses fautes personnelles, est-il également responsable vis-à-vis de l'administration de ses fautes lorsqu'elles ont causé un préjudice à celle-ci ?

Pendant longtemps le principe a été celui de l'irresponsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de l'administration.

13. CE, 28 mars 1924, *Poursines*, RDP, 1924, p. 603.

14. JCP, 1951.II.6734, note Eisenmann.

15. TC, 26 mai 1954, *Moritz*, S., 1954.3.85, concl. Letourneur ; JCP, 1954, p. 8334, note Vedel ; D., 1955, p. 385, note Chapus — CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, D., 1957, p. 748, concl. Kahn, note Weil.

Mais ce principe a été abandonnée par le conseil d'État dans l'arrêt *Laruelle* du 28 juillet 1951 ¹⁶ : le fonctionnaire répond désormais pécuniairement vis-à-vis de l'administration des conséquences dommageables de ses fautes personnelles.

16. S., 1952.3.25, note Mathiot ; RDP, 1951, p. 1087, note Waline ; JCP, 1952.II.6734, note Eisenmann.

Chapitre 2

Le régime de responsabilité de l'administration

Évolution. — À quelles conditions la responsabilité de l'administration est-elle engagée ? Une évolution radicale s'est produite ; partant d'un régime d'irresponsabilité de principe (« le roi ne peut mal faire ») pris de responsabilité exceptionnelle, le droit de la responsabilité administratif s'est progressivement construit comme un ensemble original, à partir de l'arrêt. *Blanco* de 1873. On en rappelle la formule : « la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans la service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés... »¹.

Plan du chapitre. — On examinera successivement le dommage (sect. I), la réparation (sect. II) et les régimes spéciaux de responsabilité élargie (sect. III).

1. TC, 8 février 1873, S. 1873, p. 153.

Section 1

Le dommage

§ 1. Nature du dommage ²

Pour que l'administration soit déclarée responsable, le dommage doit présenter certains caractères, être d'une certaine nature, certains dommages restant non susceptibles de réparation.

Dommages non réparables. — Certains dommages, causés par l'administration et ses agents sont considérés comme non réparables.

Ainsi, les servitudes d'urbanisme n'ouvrent-elles en principe aucun droit à indemnité (art. 160-5 Code de l'urbanisme) ³. Ne sont pas non plus de nature à donner droit au versement d'une indemnité les modifications apportées à la circulation générale et résultant des changements effectués dans l'assiette ou la direction des voies publiques ⁴ ou l'exécution de travaux publics qui contraignent le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public à déplacer ses installations du moins lorsque ces travaux sont entrepris dans l'intérêt même du domaine occupé et où ils constituent une opération d'aménagement conforme à la destination de ce domaine ⁵.

La naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption d'une grossesse demandée dans les conditions requises aux articles L. 162-1 à L. 162-6 du code de la santé publique par une femme enceinte, n'est pas de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation à moins qu'existent, en cas d'échec de l'intervention, des circonstances ou une situation particulière susceptibles d'être invoquées par l'intéressée ⁶.

2. Poirot-Mazères, *La notion de préjudice en droit administratif français*, RDP, 1997, p. 519.

3. V. cependant CE, s., 3 juil. 1998, *Bitouzet*, Rec. Lebon, p. 288, concl. R. Abraham ; AJDA, 1998, p. 570, qui, sans abandonner le principe de non-indemnisation, réalise une évolution imposée par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme.

4. CE, 26 mai 1965, *époux Tébal dini*, Rec. Lebon, 305, concl. Braibant ; AJDA, 1965, p. 340.

5. CE, 5 décembre 1980, *ministre des Transports c/RATP*, Rec. Lebon, p. 722 — 6 février 1981, *ministre de l'Équipement et de l'Aménagement du territoire c/ Compagnie française de raffinage*, Rec. Lebon, p. 62.

6. CE, 2 juillet 1982, *Mlle R.*, Rec. Lebon, p. 266, concl. M. Pinault — 27 septembre 1989, *Me K.*, AJDA, 1989, p. 807.

Enfin, la non-réparation du dommage s'expliquera dans certains cas par l'idée que le requérant ne pouvait ignorer le caractère aléatoire de l'opération entreprise⁷.

Caractères du dommage. — Pour le reste, le dommage doit présenter les caractéristiques suivantes.

1° *Être imputable au service public* : il faut que celui-ci en soit la cause. Le dommage dû à un fait de force majeure n'engage pas la responsabilité de l'administration⁸ ; de même la faute de la victime exonère l'administration de sa responsabilité (ou atténue celle-ci en cas de faute partagée) quel que soit le système de responsabilité appliqué⁹.

Le cas fortuit (ou cause inconnue) constitue une cause d'exonération dans le système de la faute ainsi que dans celui de la présomption de faute ; en revanche, il laisse subsister la responsabilité dans le système du risque.

Enfin le fait du tiers constitue une cause d'exonération (ou d'atténuation de la responsabilité) dans les systèmes fondés sur la faute ou la présomption de faute mais non dans le système du risque.

2° *Être certain*. Le dommage éventuel n'est pas réparé¹⁰, mais la jurisprudence assimile au préjudice certain le préjudice futur et elle accepte par ailleurs d'indemniser la perte d'une chance sérieuse.

3° *Être direct*. Le dommage indirect est exclu¹¹ ; c'est l'exigence d'un lien de causalité directe, commun à tous les régimes de responsabilité.

4° *Être spécial* dans les hypothèses de responsabilité sans faute.

La réparation du dommage moral. — Depuis longtemps, la jurisprudence administrative admet la réparation de dommages moraux tels que l'atteinte à la réputation¹² ou à une liberté d'ordre spirituel¹³, mais longtemps aussi elle a écarté, contrairement à la juridiction judiciaire, la réparation du préjudice d'affection (douleur morale causée par la perte d'un être cher). Elle a cependant abandonné cette position et admet aujourd'hui la réparation de ce type de préjudice¹⁴.

7. CE, Ass., 29 juin 1962, *Soc. manufacture des machines du Haut-Rhin*, Rec. Lebon, p. 432, concl. Ordonneau.

8. J.-F. Couzinet, *Cas de force majeure et cas fortuit : causes d'exonération de la responsabilité administrative*, RDP, 1994, p. 1385 — Ph. Ségur, *Le cas fortuit en droit administratif*, AJDA, 1994, p. 171.

9. CE, 27 avril 1917, *Doublet*, Rec. Lebon, p. 334.

10. CE, 11 novembre 1904, *Lhoste*, Rec. Lebon, p. 707.

11. CE, 3 novembre 1933, *Bastien*, Rec. Lebon, p. 1007.

12. CE, 3 avril 1936, *Sudre*.

13. 7 mars 1934, *abbé Bellocle*.

14. CE, 24 novembre 1961, *Letisserand*, RDP, 1962, p. 330, notre Waline ; AJDA, 1962, p. 22, D., 1962, p. 34, concl. Heumann.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'accident mortel, le conseil d'État après avoir longtemps décidé que seules pouvaient réclamer réparation les personnes ayant droit à pension alimentaire vis-à-vis de la victime, à abandonné cette exigence ¹⁵ et il admet l'indemnisation de la concubine ¹⁶.

§ 2. Nature du fait dommageable : responsabilité pour faute et responsabilité sans faute

Quelle nature doit avoir, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée, le fait qui a entraîné le dommage ? Ce fait doit-il constituer une faute ?

C'est une question essentielle, parfois présentée comme celle du fondement de la responsabilité, que l'on trouve au seuil de toute théorie de la responsabilité, en droit privé comme en droit administratif. Elle a pris historiquement la forme de l'alternative bien connue : faute ou risque, la responsabilité pour risque étant celle qui exige seulement comme condition l'existence d'un lien de cause à effet entre l'acte dommageable et le préjudice qui l'a suivi, la responsabilité pour faute exigeant, outre ce lien de causalité, le caractère répréhensible, fautif, de l'acte dommageable.

Les solutions du droit administratif français sont dominées par les idées suivantes.

1° La théorie est d'origine essentiellement jurisprudentielle ; sans doute il existe des régimes législatifs (v. *infra*), qui sont d'ailleurs de plus en plus nombreux mais il sont particuliers à certaines matières ou à certains services publics ; la théorie générale, le fondement général ont été dégagés par la jurisprudence du conseil d'État.

2° La responsabilité administrative est caractérisée par son autonomie par rapport aux principes et règles de la responsabilité du droit civil ; les articles 1382 et suivants du Code civil sont inapplicables à la matière. Ceci n'est sans doute qu'une application du principe général selon lequel le droit administratif est autonome par rapport au droit civil mais il est significatif que cette autonomie ait précisément été dégagée d'abord à l'occasion du contentieux de la responsabilité (arrêt *Blanco* de 1873 — v. *supra* au début de ce chapitre).

3° Le fondement particulier, dégagé par la jurisprudence, pour la responsabilité de l'administration, est double.

15. CE, 25 janvier 1952, *Simon*, D., 1952, p. 549, note Morange.

16. CE, 3 mars 1978, *Dame Miessler*, AJDA, 1978, p. 232.

Il repose, à titre principal, sur la faute administrative ; cette faute d'ailleurs a déjà sa définition originale ; elle ne s'apprécie pas tout à fait de la même manière que la faute du droit civil.

En outre, à titre secondaire et complémentaire, une place croissante a été faite par la jurisprudence à la responsabilité sans faute et notamment pour risque, mais aussi sur le fondement différent — et propre au droit administratif — de l'égalité devant les charges publiques ; et dans cette mesure naturellement l'originalité du droit administratif est encore plus accusée.

A La responsabilité administrative pour faute

L'administration est d'abord responsable du dommage causé par sa faute.

La faute de l'administration peut revêtir deux aspects.

Elle peut consister dans une faute individuelle commise par un agent déterminé et dont on peut identifier l'auteur : c'est la faute de service du fonctionnaire, que nous avons déjà définie.

Mais la faute administrative peut encore consister dans une faute anonyme dont l'auteur n'apparaît pas de manière précise, du moins sous la forme d'un fonctionnaire déterminé ; c'est le service dans son ensemble qui a mal fonctionné, dont le comportement n'a pas été ce que l'on aurait pu normalement en attendre. C'est la faute du service public.

La faute du service public consistera notamment en ce que le service n'a pas fonctionné (accident de la route causé par l'absence de signalisation d'un ouvrage public) ou en ce qu'il a mal fonctionné ou encore en ce qu'il a fonctionné trop tard.

L'acte administratif illégal fournit en général un cas typique de faute ; l'illégalité est ainsi doublement sanctionnée : par l'annulation et, lorsqu'il y a eu dommage spécial, par la mise en jeu de la responsabilité de l'administration. Toutefois, il peut y avoir illégalité sans responsabilité (absence de préjudice indemnisable) et à l'inverse responsabilité sans illégalité (les hypothèses de responsabilité sans faute).

1. Exigence de la faute lourde

Historique. — La théorie de la faute du service public est encore originale par son caractère gradué : dans certaines matières, la jurisprudence, tenant compte d'abord des difficultés de fonctionnement du service public, exige, ou a exigé, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée, que celle-ci ait commis une faute lourde.

1° *Ainsi en matière de police administrative*, la faute lourde a pu être exigée à l'occasion des opérations matérielles d'exécution de la police

administrative, tandis que la responsabilité pour les mesures juridiques de police relève de la faute simple¹⁷, au même titre que la responsabilité des services de secours et de sauvetage et du service de contrôle des navires¹⁸.

2° *Pour les services fiscaux, la faute lourde a été également exigée initialement*¹⁹, étant précisé que, depuis, le conseil d'État a admis la responsabilité pour faute simple des services fiscaux en cas d'erreur de saisie informatique²⁰ et que dans un arrêt du 29 décembre 1997, *Commune d'Arceuil*²¹, le conseil d'État a jugé que lorsque l'appréciation de la situation du contribuable ne comporte pas de difficulté particulière, la responsabilité de l'administration fiscale peut être mise en jeu pour faute simple.

3° *La faute lourde a été exigée aussi pour les services publics hospitaliers*, en ce qui concernait du moins les actes « médicaux » (mais non les actes de gestion de l'hôpital, ni même les « actes de soins » pour lesquels la faute simple suffisait)²², jusqu'à ce que le conseil d'État abandonne l'exigence d'une faute lourde s'agissant des actes médicaux ou chirurgicaux²³.

Revenant par ailleurs sur une jurisprudence déjà ancienne, le conseil d'État a jugé que le devoir qui incombe au médecin d'informer son malade, préalablement à la mise en œuvre d'un traitement ou d'une intervention, des risques liés à cet acte s'étend à l'ensemble des risques connus sans exception alors que les praticiens étaient précédemment dispensés de faire état de ceux dont la réalisation n'est qu'exceptionnelle²⁴.

4° *S'agissant de la tutelle administrative*, qu'il s'agisse de la responsabilité de l'État à l'égard des tiers pour défaut d'exercice de la surveillance de tutelle²⁵ ou de sa responsabilité à l'égard de la collectivité sous

17. CE, 25 mars 1966, *Société « Les Films Marceau »*, p. 240 ; AJDA, 1966, p. 245. concl. Rigaud.

18. Sur l'abandon de la faute lourde dans la mise en jeu du service de lutte contre l'incendie : CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*, note X. Prétot, RDP, 1998, p. 1001.

19. CE, 21 décembre 1962, *Dame Husson-Chiffre*, D., 1963, p. 588, note J. Lema-surier.

20. Sect. 27 juillet 1990, *M. Bourgeois*, AJDA, 1991, p. 53, note L. Richer, concl. Chahid-Nourai.

21. RFDA, 1998, p. 97 concl. G. Goulard ; AJDA, 1998, p. 180.

22. CE, 26 juin 1959, *Rouzet*, D., 1960, p. 112, note J. Robert.

23. CE, 10 avril 1992, *M. et Mme V.*, AJDA, 1992, p. 355, concl. Hubert Légal et RFDA, 1992, p. 571.

24. CE, 5 janvier 2000, *Cts Telle* ; RFDA, 2000, p. 654, concl. D. Chauvaux, note P. Bon ; AJDA, 2000, p. 137 ; JCP, 2000.II.10271 ; note J. Moreau.

25. CE, 29 mars 1964, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle*, Rec. Lebon, p. 100 ; S., 1947.3.73, note Mathiot ; RDP, 1946, p. 490, concl. Lefas, note Jéze.

tutuelle ²⁶, la responsabilité de l'administration n'est engagée que pour faute lourde.

Il en va de même pour les activités de contrôle confiées aujourd'hui fréquemment à des autorités administratives indépendantes ²⁷.

2. Explication actuelle de l'exigence de la faute lourde

On a traditionnellement cherché des justifications à la jurisprudence non moins traditionnelle qui subordonne à l'exigence d'une faute lourde aux difficultés particulières que rencontraient certaines activités de l'administration eu égard à leurs caractéristiques propres et aux moyens dont celle-ci dispose en fait pour les exercer. On trouve encore les éléments de cette explication dans certaines conclusions récentes de commissaires du gouvernement, voire dans les arrêts.

Cette explication ne saurait convaincre du jour où la faute lourde a été abandonnée par exemple pour la responsabilité en matière d'actes médicaux, pour les services d'aide médicale d'urgence (SAMU) et de placement d'office des malades mentaux, ou bien encore pour le fonctionnement des services de lutte contre l'incendie ou des services d'assistance en mer ; pas davantage cela expliquerait pourquoi l'exigence de la faute lourde est au contraire maintenue, par la jurisprudence la plus récente, pour des activités de contrôle administratif, s'agissant essentiellement de contrôles sur pièces qui ne présentent aucune difficulté particulière.

C'est donc ailleurs qu'il faut chercher la justification d'une responsabilité limitée à la faute lourde et de son application aux activités de contrôle. Cette justification tient toute entière dans le souci de ne pas confondre le contrôle et la gestion administrative, de laisser à l'auteur de l'acte une liberté suffisante que le contrôle ne doit pas entraver ; et de borner l'intervention du contrôleur à la périphérie de cette action. Il faut laisser à l'administration une marge d'action libre, « en franchise de responsabilité » (R. Chapus), et c'est, techniquement, le système de la faute lourde qui, faisant reculer le seuil de responsabilité, le permettra.

C'est en effet finalement, non pas le contrôle, mais la situation qui résulte du contrôle ou de l'absence de contrôle qui est source de responsabilité ; et cette responsabilité pèse au premier chef sur celui qui administre, celui qui a la maîtrise directe de cette situation. Le contrôleur ne peut être recherché que si, par un comportement déficient au regard même de ce qu'est un contrôle administratif, il a eu une part à la situation dommageable. Le principe, dans la jurisprudence, part de ce que le contrôle ne doit pas se confondre avec l'action. Dès lors le contrôleur

26. CE, 27 décembre 1948, *commune de Champigny-sur-Marne*, Rec. Lebon, p. 493 ; D., 1949, p. 408, concl. Guionin.

27. V. Y. Gaudemet, *La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle*, Mélanges J. Waline, p. 561.

— chaque fois qu'il doit rester seulement un contrôleur — bénéficie de la franchise de la responsabilité que lui assure la faute lourde ; celle-ci apparaît consubstantielle aux activités de contrôle.

C'est ce que confirme la jurisprudence récente en matière de contrôle de légalité²⁸ ou à propos des contrôles de la commission bancaire²⁹. Il en va autrement lorsque, le contrôleur se confondant en fait avec le gestionnaire, pour l'un comme pour l'autre, la responsabilité est engagée pour faute simple (ainsi, par exemple, en matière de transfusion sanguine :³⁰. Voir sur ces explications, Y. Gaudemet, article précité aux Mélanges J. Waline).

B La responsabilité administrative sans faute³¹

La jurisprudence du conseil d'État est allée au-delà de la responsabilité pour faute : elle admet que l'administration puisse être responsable de ses agissements même non fautifs.

Cette admission d'une responsabilité sans faute constitue naturellement la principale originalité de la théorie par rapport au droit civil ; et, s'il n'y a pas là un fondement général de la responsabilité de l'administration, les hypothèses où celles-ci peut être engagée sans faute de sa part sont de plus en plus nombreuses.

On en donne ici quelques exemples, parmi les plus importants.

1. Les dommages de travaux publics

Le terrain d'application le plus ancien de la responsabilité administrative sans faute se trouve dans la théorie des travaux publics. Le dommage causé par un travail ou un ouvrage public (v. définition précise de ces notions *infra*) peut obliger l'administration à réparer sans qu'il y ait eu nécessairement faute commise, c'est-à-dire irrégularité dans le travail, défaut de l'ouvrage. Cependant il n'en est pas toujours ainsi, la responsabilité sans faute n'apparaît que dans certaines conditions.

28. CE, 21 juin 2000 *ministre de l'équipement c/ Cne de Roquebrune Cap Martin*, RFDA 2000, p. 1096, chron. P. Bon — 6 octobre 2000 *ministre de l'intérieur c/ Cne de Saint Florent*, D. adm. 2000, n° 243.

29. CE, 30 novembre 2001 *ministre des finances*, D. adm. 2002, n° 18.

30. CE, 9 avril 1993 Mme D..., AJDA 1993, p. 344.

31. A. de Laubadère, *Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif*, EDCE, n° 13, p. 29. — J.-M. Cotteret, *Le régime de la responsabilité pour risque en droit administratif*, Études de droit public, 1964. — J.-P. Gilli, *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, D., 1971, chron., p. 125. — P. Amselek, *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, Mélanges Eisenmann, 1975, p. 233.

Conditions. — Le système de responsabilité applicable aux dommages de travaux publics combine l'absence de faute et la faute en application d'une distinction dont la conception même a évolué.

Une première distinction, qui avait surtout la faveur de la doctrine, opposait les dommages permanents (dommages continus causés aux biens) régis par le système du risque et les dommages accidentels (ou accidents de travaux publics) régis par le système de la faute dans la mesure du moins où ils étaient causés aux usagers de l'ouvrage public et non aux tiers.

Puis cette dernière distinction (entre usagers et tiers) a, selon la jurisprudence, supplanté la précédente.

1^o Les dommages causés aux tiers relèvent de la responsabilité sans faute à la condition toutefois qu'ils présentent un caractère anormal.

2^o Les dommages causés aux usagers relèvent de la faute mais la jurisprudence admet qu'il y a présomption de faute c'est-à-dire qu'elle considère que c'est à l'administration de prouver qu'elle a normalement entretenu l'ouvrage ; c'est la théorie dite du défaut d'entretien normal de l'ouvrage public.

Fondement. — L'application de la théorie du risque dans le cadre ainsi délimité repose sur un fondement traditionnel qui est l'idée d'égalité des individus devant les charges publiques ; elle se relie en même temps, en ce qui concerne les dommages causés aux biens, au principe du respect de la propriété privée immobilière et s'apparente aux diverses règles et institutions qui, dans notre droit public, visent, depuis la Révolution française à assurer sa protection.

Enfin la règle ici admise se rattache encore à la notion dite du « risque-profit » (que l'on retrouve aussi exprimée dans la doctrine civiliste) : on considère que, l'ouvrage public profitant à la collectivité, s'il résulte de son existence une dépréciation de valeur pour certaines propriétés privées, la collectivité bénéficiaire doit compenser cette dépréciation, en dehors de toute faute commise par elle ³².

2. Le risque exceptionnel

Le conseil d'État, dans une série d'arrêts devenus célèbres, a encore admis la responsabilité sans faute lorsque le dommage résulte d'un risque de nature exceptionnelle, anormale, créé par l'administration.

32. V. R. Latournerie, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, RDP, 1945, p. 1. — A. de Laubadère, *La responsabilité du fait des choses en droit administratif*, préc. — R. Chapus, *Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics*, Mélanges Waline, 1974, p. 307.

Cette extension du fondement de la responsabilité a été d'abord suscitée, au lendemain de la Première Guerre mondiale, par des hypothèses d'explosions de forts ou de bateaux chargés de munitions³³.

a) D'une manière plus générale, le conseil d'État applique la théorie du risque exceptionnel à l'utilisation des *choses dangereuses*.

Le conseil d'État applique notamment cette notion de « chose dangereuse » ; à certains *ouvrages publics*, ce qui lui permet d'étendre la responsabilité sans faute aux *accidents* causés aux usagers par de tels ouvrages^{34 35} aux *véhicules* employés par l'administration, ce qui avait permis au juge administratif avant la loi du 31 décembre 1957 d'appliquer aux accidents d'autos des principes analogues à ceux que la jurisprudence civile a dégagés³⁶, aux *armes utilisées par la police*³⁷, étant précisé que cette application du risque ne joue que lorsque le dommage a été causé à des personnes étrangères à l'opération de police (lorsqu'il est causé aux personnes visées par l'opération, c'est la théorie de la faute qui joue, avec toutefois cette précision que la faute lourde n'est pas exigée³⁸.

b) Une autre application importante du risque exceptionnel est fournie par les cas où le conseil d'État admet que l'administration puisse, en conséquence de la théorie des circonstances exceptionnelles, refuser d'exécuter un jugement ; il reconnaît alors, en contrepartie, droit à indemnité³⁹.

Du refus d'exécuter les décisions de justice et de la responsabilité encourue de ce fait par l'administration, il faut rapprocher le refus par les autorités administratives d'utiliser leurs pouvoirs pour remplir leur mission d'exécuter la loi⁴⁰.

33. CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, p. 329 ; S., 1919.3.25, note Hauriou ; D., 1920.3.1, note Appleton ; RDP, 1919, concl. Corneille, note Jéze.

34. CE, 6 juillet 1973, *Dalleau*, D., 1973, p. 740, note Moderne : chute d'un rocher sur une route, alors que l'état de la falaise était « exceptionnellement dangereux ».

35. Solution inverse dès lors que, du fait de travaux ultérieurs, la même falaise n'est plus exceptionnellement dangereuse : CE, 3 novembre 1983, Payet, Rec. Lebon, p. 367. Sur la responsabilité de la puissance publique du fait des ouvrages exceptionnellement dangereux : v. note J. Waline, RDP, 1983, p. 1389 ; *La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux dans la structure de la responsabilité du fait des ouvrages publics*.

36. CE, 9 juillet 1948, *Capot et Denis*, RDP, 1948, p. 576, note Waline.

37. CE, 24 juin 1949, *Lecomte*, S., 1949.3.61, concl. Barbet ; RDP, 1949, p. 583, note Waline.

38. CE, 27 juillet 1951, *Dame Aubergé et Dumont*, Rec. Lebon, p. 447 ; D., 1952, p. 108, concl. Gazier, note Morange.

39. CE, 30 novembre 1923 *Couitéas*, S. 1923, 3, 57.

40. CE, 7 décembre 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, D., 1980.J.303, concl. Genevois.

Par la suite, le conseil d'État a étendu la solution de l'arrêt *Couitéas* au cas où le libre usage du domaine public par ses utilisateurs naturels se trouve entravé et où les autorités administratives compétentes refusent d'avoir recours à la force publique ⁴¹.

c) Par ailleurs, la jurisprudence qui avait admis en matière d'enfance délinquante que la mise en œuvre de méthodes nouvelles de rééducation « créait un risque spécial pour les tiers résidant dans le voisinage » ⁴² et qui avait été par la suite appliquée aux dommages causés par un malade mental en sortie d'essai ⁴³ a été ensuite étendue à la réparation des dommages causés aux tiers par les détenus bénéficiaires de permissions de sortie ⁴⁴.

d) La jurisprudence admet encore la responsabilité sans faute du service hospitalier lorsqu'une personne est victime d'un risque engendré par les premières applications d'une thérapie dont les conséquences ne sont pas entièrement connues ⁴⁵ ou d'un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle ⁴⁶.

Le conseil d'État a aussi jugé, par un arrêt en date du 3 novembre 1997 que, lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée sans faute de sa part, si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état et présentant un caractère d'extrême gravité ⁴⁷.

3. Les accidents survenus aux collaborateurs de l'administration

La jurisprudence fait encore jouer la responsabilité sans faute pour la réparation des dommages causés aux collaborateurs de l'administration :

41. CE, 17 janvier 1986, *Ville de Paris c/ Duvinage*, D., 1986, IR, p. 461, comm. F. Moderne et P. Bon.

42. CE, 3 février 1956, *Ministre de la Justice c/ Thouzellier*, Rec. Lebon, p. 49 ; RDP, 1956, p. 854, note Waline.

43. 13 juillet 1967, *département de la Moselle*, Rec. Lebon, p. 341 ; RDP, 1968, note Waline.

44. 2 décembre 1981, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Théïs*, Rec. Lebon, p. 456.

45. CAA, Lyon, 21 décembre 1990, *Crts Gomez*, AJDA, 1991, p. 167 ; JCP, II, 21698, note J. Moreau.

46. CE, 9 avril 1993, *M. Bianchi*, AJDA, 1993, p. 344 ; RFDA, 1993, p. 573, concl. S. Daël.

47. CE, 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, RFDA, 1998, p. 90, concl. V. Péresse ; RDP, 1998, p. 891, note J.-M. Auby.

agents non bénéficiaires d'un régime légal de réparation⁴⁸ ou collaborateurs bénévoles à l'occasion d'accidents dont ils peuvent être victimes.

Jurisprudence initiale. — S'agissant de ces derniers, il faut cependant, pour que la responsabilité de l'administration se trouve engagée, que le concours de la victime ait été sollicité par demande individuelle⁴⁹ ou par appel collectif même indirect⁵⁰ ou au minimum accepté, cette condition ne disparaissant qu'en cas d'urgente nécessité⁵¹.

Il faut, en second lieu, classiquement que le collaborateur soit une personne extérieure à l'administration.

L'activité à laquelle la victime a participé doit être une activité de service public.

Enfin, la jurisprudence exige pour que puisse s'appliquer la théorie du collaborateur bénévole que la responsabilité de la collectivité publique ne soit pas écartée par une cause étrangère notamment la force majeure ou la faute de la victime et que celle-ci ait apporté au service un concours effectif sous la direction des autorités qualifiées⁵².

Évolution. — Cependant, progressivement, les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'administration peut être engagée à l'égard des collaborateurs bénévoles ont été assouplies, qu'il s'agisse du principe selon lequel l'intervention du collaborateur doit être en principe sollicitée⁵³, de la condition d'urgente nécessité⁵⁴, de la condition selon laquelle le collaborateur doit être une personne extérieure à l'administration⁵⁵ ou encore de la condition selon laquelle l'activité à laquelle la victime a participé soit une activité de service public⁵⁶.

Enfin, la jurisprudence semble faire de la responsabilité de l'administration pour les dommages causés à ses collaborateurs bénévoles, qu'elle n'avait longtemps considérée que comme une responsabilité subsidiaire, une responsabilité principale⁵⁷.

48. CE, 3 janvier 1958, *Levrat*, D., 1958, p. 99, concl. Dutheillet de Lamothe ; AJDA, 1958, p. 93.

49. CE, 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. Lebon, p. 279.

50. CE, 30 novembre 1945, *Faure*, Rec. Lebon, p. 245.

51. CE, 17 avril 1953, *Pinguet*, Rec. Lebon, p. 177 ; S., 1954.3.69, note Robert ; D., 1954, p. 7, note Morange, — 11 octobre 1957, *Commune de Grigny*, Rec. Lebon, p. 524 ; RDP, 1958, p. 306, concl. Kahn ; p. 298, note Waline.

52. CE, 22 mars 1957, *Compagnie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, Rec. Lebon, p. 200 ; AJDA, 1957, p. 185.

53. CE, 27 novembre 1970, *consorts Appert-Collin*, Rec. Lebon, p. 709 ; AJDA, 1971, p. 59 ; D., 1971, p. 270, note Moderne.

54. 9 octobre 1970, *Sieur Gaillard*, Rec. Lebon, p. 565, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1971, p. 60 ; D., 1971, p. 257.

55. *Appert-Collin*, préc.

56. *Gaillard*, préc.

57. *Appert-Collin*, préc.

Sur la responsabilité sans faute de l'État français envers le collaborateur occasionnel d'une personne privée étrangère, note P. Bon sous CE, 13 janvier 1993, *Me Galtié*, RFDA, 1994, p. 91.

§ 3. Nature de la fonction publique en cause

L'activité publique qui a provoqué le dommage se rattache nécessairement à l'une des trois fonctions de l'État : administrative, législative, juridictionnelle. La responsabilité de la puissance publique peut-elle être engagée indifféremment à l'occasion de l'une quelconque de ces trois fonctions ?

A Fonction administrative

C'est naturellement à l'occasion de la fonction administrative que la responsabilité des collectivités publiques joue à plein. Cette plénitude de responsabilité est l'aboutissement d'une longue évolution libérale. Toutes les activités administratives n'ont pas toujours donné lieu à responsabilité.

1. Évolution

1° Le point de départ a été au contraire le principe général de l'irresponsabilité de l'État que l'on trouve d'ailleurs à l'origine de tous les droits publics : l'État souverain est irresponsable ; on admet seulement sa responsabilité lorsqu'il agit comme personne privée.

2° Au cours du XIX^e siècle, avec la distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion, la responsabilité est étendue à cette seconde catégorie ; mais les actes de puissance publique restent couverts par l'irresponsabilité ; il en est ainsi notamment pour le service public de la police⁵⁸.

3° C'est à partir du début du siècle que le principe de la responsabilité est généralisé à toute l'action administrative⁵⁹.

58. CE, 13 janvier 1899, *Lepreux*, Rec. Lebon, p. 17 : mesures de police insuffisantes.

59. C'est dans l'arrêt de principe *Tomaso-Greco* du 10 février 1905, Rec. Lebon, p. 139, concl. Romieu (S., 1905.3.113. Note Hauriou) que fut admise la responsabilité de l'administration pour les défaillances du service public de la police.

2. Exceptions

Demeurent seulement quelques îlots d'irresponsabilité : essentiellement les actes de gouvernement mais étant ici rappelé que la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée pour assurer la réparation des préjudices nés de conventions internationales conclues par la France avec d'autres États et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne, à la condition que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification, ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial⁶⁰.

B Fonction législative⁶¹

La question de la responsabilité de l'État législateur est classique. Elle concerne les dommages causés par les lois formelles (ou, plus généralement, les actes ayant valeur législative) et aussi par les mesures administratives d'exécution des lois.

1. Discussion

L'objection générale à une mise en cause de la responsabilité de l'État du fait de la loi est double.

Elle tient d'abord à la généralité des effets de la loi, à l'idée que les préjudices causés par une loi sont des charges publiques.

Ensuite, on fait valoir l'idée de la souveraineté dont la loi est la manifestation. Et il va de soi, par ailleurs, que, pour les lois formelles, la responsabilité ne peut se concevoir que dans le cadre d'une responsabilité sans faute, puisque l'on ne peut imputer la faute au législateur ; encore cette dernière explication doit-elle tenir compte aujourd'hui de l'éventualité de lois inconventionnelles et exposant l'État français à une condamnation devant des juridictions internationales.

2. Solutions

a) La jurisprudence La Fleurette

Pendant longtemps le principe de l'irresponsabilité de l'État législateur est demeuré absolu⁶².

60. CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. Lebon, p. 257 ; 1966, p. 774, concl. M. Bernard, p. 955, note Waline.

61. Voir la thèse récente et qui renouvelle la question de C. Broyelle, « La responsabilité de l'État du fait des lois », Th. Paris II. Bibl. Droit public, 2003.

62. CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry, S.*, 1923.3.14 (société obligée de fermer par suite de la loi du 16 mars 1915 interdisant la vente de l'absinthe).

Cette règle a été assouplie par l'arrêt du conseil d'État du 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*⁶³. Le droit à réparation suppose que le législateur ne paraisse pas avoir entendu lui-même l'exclure et que le préjudice soit *spécial* c'est-à-dire limité à un très petit nombre de personnes et de *gravité particulière*.

Il faut, par ailleurs, tenir compte des intérêts au nom desquels la loi intervient et de la nature de ceux qu'elle lèse : la responsabilité de l'État ne saurait être engagée lorsque la loi a pour objet de mettre un terme à une activité illicite, répréhensible ou dangereuse⁶⁴. On a avancé aussi qu'elle ne saurait non plus être engagée pour les dommages résultant de lois à objet économique, mais cette condition est plus douteuse⁶⁵. Enfin, l'objet d'intérêt général de la législation peut faire obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de l'État⁶⁶.

On le constate, on revient toujours à une sorte de « reconstruction », par le juge, de la volonté prêtée au législateur⁶⁷.

b) Responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles

La question de la responsabilité de l'État du fait de lois contraires aux traités internationaux a été dans un premier temps esquivée, la faute étant reportée sur le dispositif réglementaire de mise en œuvre de la loi.

Cependant dans un arrêt *Gardedieu* de 2007 le conseil d'État admet que « la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée... en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France » ; et l'arrêt condamne l'État français à réparer les conséquences dommageables d'une validation législative non justifiée par des considérations d'intérêt général et jugée intervenue pour cette raison en méconnaissance de la convention européenne des droits de l'homme⁶⁸.

63. Rec. Lebon, p. 25 ; S., 1938.3.25, concl. Roujou, note Laroque ; D., 1938.3.41, note Rolland ; RDP, 1938, p. 87, note Jéze.

64. CE, 14 janvier 1938, *Compagnie générale de grande pêche*, Rec. Lebon, p. 23.

65. V. not. CE, 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ Société Alivar*, Rec. Lebon, p. 128 ; AJDA, 1984, p. 396, note Genevois.

66. CE, 24 octobre 1984, *Société Claude Publicité* ; 14 décembre 1984, *Rouillon*, D., 1986, IR, p. 249, note F. Moderne et P. Bon, à propos de la législation sur les économies d'énergie et de la loi sur la protection de la nature.

67. V. la thèse de C. Broyelle, précitée.

68. CE 8 février 2007, Rec. Lebon, p. 78, concl. L. Derepas.

C Fonction juridictionnelle ⁶⁹

1. Règles traditionnelles

Pour les actes de la fonction juridictionnelle la règle traditionnelle est celle de l'irresponsabilité. Elle couvre non seulement les dommages causés par les jugements proprement dits, mais ceux qui résultent des actes préparatoires ou d'exécution ; non seulement les actes des juridictions elles-mêmes, mais aussi des agents qui sont sous la surveillance de l'autorité judiciaire (officiers de l'état civil, officiers ministériels) ⁷⁰.

Il faut noter d'ailleurs que, la plupart du temps, dans ces hypothèses il y a en réalité irrecevabilité du recours, la juridiction administrative étant, on le sait, incompétente pour connaître du fonctionnement du service public de la justice. L'irresponsabilité pour la fonction juridictionnelle n'apparaît avec son effet propre que dans les cas, pratiquement rares, de recours devant le tribunal judiciaire ou devant un tribunal administratif à raison de décisions émanées d'un autre tribunal administratif.

2. Limites

L'irresponsabilité de l'État-juge, critiquée par certains comme une « lacune du droit », a des limites.

— En ce qui concerne les dommages causés par des mesures autres que les actes juridictionnels et s'agissant des activités se rattachant à la justice judiciaire, la cour de cassation a reconnu la possibilité d'une condamnation judiciaire de l'État « selon les règles du droit public » à raison d'actes de police judiciaire ⁷¹.

— De même en matière de dommages causés par des détentions provisoires, le code de procédure pénale (réd. de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence) prévoit qu'« une indemnité est accordée, à sa demande à la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive afin de réparer le préjudice moral et matériel qu'elle a subi à cette occasion » (v. décret du 12 déc. 2000).

69. Ph. Ardant, *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, Bibl. Droit public, tome 3 — J.-M. Auby, *La responsabilité de l'État en matière de justice judiciaire*, AJDA, 1973, p. 4 — M. Lombard, *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*, RDP, 1975, p. 585.

70. CE, 20 janvier 1922, *Bardou*, Rec. Lebon, p. 46.

71. Cass. civ., 23 novembre 1956, *Trésor Public c/ Giry*, Bull., II, p. 407 ; D., 1957, p. 34, concl. Lemoine ; RDP, 1958, p. 298, note Waline.

— Les arrestations et détentions arbitraires ont été considérées comme constituant une faute lourde du service public ⁷².

— En ce qui concerne l'activité des juridictions administratives, le conseil d'État a reconnu que la responsabilité de l'État pouvait être engagée à l'occasion de « fautes détachables de l'exercice de la fonction juridictionnelle » ⁷³.

3. La loi de 1972 et la jurisprudence Darmont

Les principes de départ. — S'agissant de l'activité juridictionnelle proprement dite, le principe est l'irresponsabilité de l'État sauf dans les cas où un texte formel prévoit la responsabilité. Le principe est général et s'applique aussi bien au fonctionnement de la justice administrative qu'à celui de la justice judiciaire.

Quant aux exceptions elles étaient constituées jusqu'à la loi du 5 juillet 1972 par le régime de la réparation des erreurs judiciaires et par celui de la prise à partie. Le premier permet l'indemnisation du condamné à la suite d'un recours en révision ayant abouti à la reconnaissance de l'erreur judiciaire (art. 626, c. pr. pén.). Le second permettait de mettre en cause la responsabilité pénale des magistrats judiciaires et des officiers de police judiciaire dans un certain nombre de cas limitativement énumérés et, depuis une loi du 7 février 1933, aboutissait à la mise en jeu de la responsabilité de l'État lui-même par un mécanisme de substitution automatique de responsabilité.

La loi du 5 juillet 1972. — L'article 11 de la loi du 5 juillet 1972 relative à la réforme du code de procédure civile (art. L. 781-1 code de l'organisation judiciaire) a, à la place de la procédure de la prise à partie, institué un régime de responsabilité inspiré du droit administratif : l'État est tenu de réparer le dommage causé par le « fonctionnement défectueux du service de la justice » mais seulement lorsqu'il y a « faute lourde » ou « déni de justice ».

La responsabilité du juge à raison de sa faute personnelle est régie par le statut de la magistrature en ce qui concerne les magistrats du corps judiciaire (art. 11-1 de la loi organique du 22 septembre 1958) et par les lois spéciales en ce qui concerne les juges composant les juridictions d'exception. La victime ne dispose pas d'une action directe contre le magistrat. Elle peut en revanche attaquer l'État mais celui-ci dispose d'une action récursoire contre le magistrat, action qui est exercée devant une chambre civile de la cour de cassation.

72. CE, 7 novembre 1947, *Alexis et Wolff*, p. 416 ; S., 1948.3.101, concl. Célier, D., 1948, p. 472, note Eisenmann ; JCP, 1947.II.4006, concl. Célier, note Mestre.

73. CE, 14 novembre 1958, *Blondet*, RDP, 1959, p. 982, note Waline.

L'arrêt Darmont de 1978. — Dans un arrêt *Darmont* rendu le 29 décembre 1978, le conseil d'État, tout en constatant que l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972 « ne s'applique pas aux juridictions de l'ordre administratif », a jugé qu'« en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à une indemnité » mais que « l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive »⁷⁴.

Section 2

La réparation

Le principe est celui de la réparation intégrale du préjudice. Cependant, dans l'évaluation du préjudice, on faisait souvent observer que le juge administratif se montre plus parcimonieux que le juge civil.

Il avait pourtant fait un effort de libéralisme en ce qui concerne la date d'évaluation du préjudice : après avoir longtemps admis strictement que l'évaluation doit être faite à la date du dommage et non à celle du jugement (contrairement à la solution judiciaire), il a admis des règles destinées à compenser les variations possibles des prix entre ces deux dates (valeur de remplacement pour les dommages aux biens, éléments connus au jour du règlement pour les dommages aux personnes)⁷⁵.

Mais il juge toujours que le droit à la réparation d'un dommage, quelle que soit sa nature, s'ouvre à la date à laquelle se produit le fait qui en est directement la cause ; si la victime du dommage décède avant d'avoir elle-même introduit une action en réparation, son droit, entré dans son patrimoine avant son décès, est transmis à ses héritiers⁷⁶.

L'indemnité accordée peut prendre la forme soit d'un capital, soit d'une rente et le conseil d'État a jugé, revenant sur sa jurisprudence antérieure, qu'aucune disposition législative n'interdit au juge, qui est

74. AJDA, novembre 1979, p. 45, note M. Lombard ; D., 1979, p. 278, note Vasseur ; RDP, 1979, p. 1742, note Auby.

75. CE, 21 mars 1947, *Compagnie générale des eaux c/ Dame veuve Aubry*, Rec. Lebon, p. 122 ; D., 1947, p. 225, note PLJ ; RDP, 1947, p. 198, note Jéze.

76. CE, 29 mars 2000, *Ass. Publ. Hop. de Paris c/ cons. Jacquié*, concl. D. Chauvaux, RFDA, 2000, p. 850.

tenu d'assurer une réparation intégrale du préjudice, d'indexer les rentes qu'il accorde ⁷⁷.

§ 1. Réparations forfaitaires

Lorsque le législateur a fixé un régime forfaitaire de réparations (dommages de guerre, pensions d'invalidité), la victime ne peut prétendre substituer à ce régime une évaluation différente du préjudice ⁷⁸, sauf si l'acte dommageable peut être isolé de l'opération régie par la loi ⁷⁹.

§ 2. Charge de la réparation

Le principe général est que la collectivité responsable est celle dont dépend le service dont le fonctionnement a causé le dommage. Lorsqu'une autorité administrative est susceptible d'agir pour le compte de plusieurs personnes publiques, ce sera selon qu'elle est intervenue comme représentant de telle ou telle collectivité, la responsabilité de celle-ci ou de celle-là qui sera engagée.

En cas de collaboration de deux collectivités à l'exécution d'un même service, le principe est que la collectivité responsable de ce service doit répondre de son absence de fonctionnement ou de son mauvais fonctionnement alors même qu'elle aurait bénéficié de la collaboration d'une autre collectivité.

Lorsque le dommage a été causé par un acte de substitution inscrit par la loi dans des rapports de tutelle, l'autorité sous tutelle répondra du dommage lorsque l'autorité de tutelle sera censée avoir agi pour son compte, au titre du pouvoir de substitution. Dans les autres cas, la responsabilité incombera à l'État.

Enfin, en cas de dommage causé par une personne privée chargée de la gestion d'un service public, la responsabilité incombera à titre principal à la personne privée, à la condition que celle-ci ait une existence effective ⁸⁰. En cas d'insolvabilité de la personne privée, la réparation peut incomber à titre subsidiaire à la collectivité publique ⁸¹.

77. CE, 12 juin 1981, *Centre hospitalier de Lisieux*, Rec. Lebon, p. 262, concl. Moreau ; AJDA, 1981, p. 470 ; RTDSS, 1982, p. 25, note Moderne.

78. CE, 3 janvier 1947, *Société d'alimentation Gampy*, Rec. Lebon, p. 5.

79. CE, 30 janvier 1948, *Toprower*, JCP, 1948, p. 4303.

80. CE, 21 mars 1980, *Vanderiele*, Rec. Lebon, p. 161, concl. Labetoulle.

81. CE, 13 novembre 1970, *Ville de Royan*, RDP, 1971, p. 741, concl. Braibant.

Section 3

Les régimes législatifs particuliers ⁸²

La théorie générale de la responsabilité des collectivités publiques que l'on vient d'analyser et qui est d'origine jurisprudentielle est complétée et modifiée par un assez grand nombre de régimes législatifs propres à diverses matières.

Les principaux régimes peuvent être ainsi groupés : tantôt la loi consacre des régimes exceptionnels d'irresponsabilité : c'était le cas de l'irresponsabilité du service des PTT avant la transformation de ce service en deux établissements publics, puis, pour l'un d'eux en société, gérant l'un et l'autre des activités de services industriels et commerciaux.

Sans préjudice du fait que le législateur avait prévu dans certaines matières des responsabilités forfaitaires et du fait que le droit commun réapparaissait en dehors des activités et des catégories de dommages définis par les textes, le juge administratif estimait, dans les hypothèses où le législateur avait posé le principe de l'irresponsabilité de l'administration, que le service n'était pas exonéré de ses fautes lourdes ⁸³.

Plus souvent, au contraire, la loi crée des responsabilités plus larges que celles qui découleraient du droit commun ; il arrive aussi qu'elle *substitue* la responsabilité de l'État à celle du fonctionnaire ; et, assez largement, ces mêmes textes législatifs ont donné compétence, pour les matières qu'ils visent, au juge judiciaire.

§ 1. Régimes législatifs de responsabilité élargie

C'est le cas des lois organisant une responsabilité sans faute ; on mentionnera notamment.

1° Le régime des *pensions d'invalidité et accidents du travail*.

2° Le régime de réparation des *dommages de guerre* — La réparation des dommages de guerre a fait l'objet, soit pour la guerre de 1914-1918 (L. 17 avril 1919), soit pour la guerre de 1939 (L. 28 octobre 1946, 21 mars 1948), de textes qui sont des « lois de solidarité », c'est-à-dire organisant, sur des bases diverses et au nom de la solidarité entre citoyens, un système de réparation.

82. Ch. Bréchon-Moulénes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Bibl. Droit public, tome 112.

83. P. Bon, *La responsabilité du fait du service public des télécommunications*, RFDA, 1985, p. 282.

3° *La responsabilité pour les dommages causés par les attroupements et rassemblements* — La loi du 10 vendémiaire an IV puis la loi du 5 avril 1884 et la loi du 16 avril 1914 avaient organisé en cas de dommages causés par les attroupements et rassemblements un régime très particulier. Ce régime a été modifié par la loi du 7 janvier 1983 (art. 92) puis par la loi du 9 janvier 1986 (art. 27, al. 1^{er}).

Il s'agissait d'une responsabilité sans faute : les victimes n'avaient pas à prouver que la commune avait commis une faute et celle-ci ne pouvait pas s'exonérer en prouvant qu'elle n'en avait pas commis. Sous la réserve de la faute de la victime, la notion de faute n'intervenait que dans la répartition de la charge indemnitaire entre l'État et la commune.

L'action de la victime devait, en effet, être dirigée contre la commune et c'étaient les tribunaux de l'ordre judiciaire qui étaient compétents pour en connaître. La charge de l'indemnité était répartie entre la commune et l'État selon des proportions susceptibles de varier en fonction de considérations où réapparaissait la notion de faute. En principe, la contribution de l'État était de la moitié de l'indemnité. Mais si la municipalité avait manqué à ses devoirs par « inertie ou connivence avec les émeutiers », l'État pouvait exercer un recours contre la commune à concurrence de 60 % des sommes mises à sa charge. À l'inverse, si la commune n'avait pas la disposition de la police locale ni de la force armée ou si elle avait pris toutes les mesures en son pouvoir pour prévenir ou réprimer les troubles, l'État prenait à sa charge la totalité du paiement des dommages-intérêts et des frais.

Le régime que l'on vient d'évoquer a été profondément modifié par la loi du 7 janvier 1983 (art. 92) et par la loi du 9 janvier 1986 (art. 27, al. 1^{er}).

La loi du 7 janvier 1983 prévoit que ce sera désormais l'État qui sera civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence par des attroupements armés ou non armés. Il pourra exercer une action récursoire contre la commune lorsque la responsabilité de celle-ci se trouvera engagée. Dans une décision du 13 février 1984, *Préfet de la Seine Maritime c/ CA de Rouen, Société ECC International et Société Clamargeran Jockelson*, le tribunal des conflits a jugé que la loi du 7 janvier 1983 était d'application immédiate mais il confirmait la compétence des tribunaux judiciaires en matière de dommages causés par des attroupements et des rassemblements^{84 85}. En abrogeant les articles L. 131-1 à L. 131-8 du code des communes, la loi du 9 janvier 1986, prenant le contre-pied de cette jurisprudence, a entraîné la disparition de la compétence judiciaire.

84. Rec. Lebon, p. 445 ; AJDA, 1984, p. 452, concl. Labetoulle.

85. V. Y. Gaudemet, *Un anniversaire mouvementé. Le nouveau droit de la responsabilité du fait des attroupements*, RDP 1984, p. 1227.

4° *Accidents causés par les vaccinations obligatoires.* — Une loi du 1^{er} juillet 1964 (mod. par L. 26 mai 1975) a mis à la charge de l'État la réparation de tout dommage imputable à une vaccination obligatoire, indépendamment de toute faute commise dans le fonctionnement du service public.

5° *Indemnisation des dommages corporels résultant d'une infraction pénale* — Une loi du 3 janvier 1977 (art. 706-3 à 706-13, c. pr. pén.), plusieurs fois modifiée, garantit l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels.

Il n'y a lieu à indemnisation que si le préjudice résulte de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction. Ces faits doivent avoir soit entraîné la mort, une incapacité permanente ou une incapacité totale de travail personnel égale ou supérieure à un mois, soit être prévus et réprimés par les articles 222-22 à 222-30 et 227-25 à 227-27 du code pénal.

La personne lésée doit être de nationalité française. Dans le cas contraire, les faits doivent avoir été commis sur le territoire national et la personne lésée doit être soit ressortissante d'un État membre de l'Union européenne soit sous réserve des traités et accords internationaux en séjour régulier au jour des faits ou de la demande.

La réparation peut être refusée ou son montant réduit à raison de la faute de la victime. L'indemnité est allouée par une commission instituée dans le ressort de chaque tribunal d'instance, juridiction civile qui se prononce en premier et en dernier ressort.

La loi du 2 février 1981 a étendu le bénéfice de ces dispositions à toute personne qui, victime d'un vol, d'une escroquerie, d'un abus de confiance ou d'une extorsion de fonds ne peut obtenir à un titre quelconque une réparation ou une indemnisation effective et suffisante de son préjudice et se trouve de ce fait dans une situation matérielle ou psychologique grave.

6° *Réparation des dommages causés par les actes de terrorisme* ⁸⁶ — Cette réparation a été organisée par la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État (mod. L. 6 juillet 1990).

La loi prévoit que la réparation des dommages corporels est assurée par l'intermédiaire d'un fonds de garantie alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurances de biens. En ce qui concerne les dommages aux biens, les contrats d'assurances de biens ne peuvent exclure la

86. Th. S. Renoux *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, Économica, 1988 — J.-F. Renucci *L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme*, D., 1987, chron., p. 197 — Th. S. Renoux, *Responsabilité de l'État et droits des victimes d'actes de terrorisme*, AJDA, 1993, p. 75.

garantie de l'assureur pour les dommages résultant d'actes de terrorisme ou d'attentats commis sur le territoire national. Toute clause contraire est réputée non écrite.

7° *La réparation des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine causés par une transfusion* — La loi du 31 décembre 1991 a organisé la réparation des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang.

La réparation intégrale des préjudices est assurée par un fonds d'indemnisation. Dans leur demande d'indemnisation, les victimes ou leurs ayants droit justifient de l'atteinte par le virus.

Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande, le fonds examine si les conditions d'indemnisation sont réunies. Dans l'affirmative il est tenu de verser dans un délai d'un mois une ou plusieurs provisions si la demande lui en a été faite.

Le fonds est tenu de présenter une offre d'indemnisation dans un délai dont la durée ne peut excéder six mois à compter du jour où le fonds reçoit la justification complète des préjudices. La victime informe le fonds des procédures juridictionnelles éventuellement en cours. Si une action en justice est intentée, la victime informe le juge de la saisine du fonds.

Enfin, la victime ne dispose du droit d'action en justice contre le fonds que si sa demande d'indemnité a été rejetée, si aucune offre d'indemnisation ne lui a été présentée dans les délais ou si elle n'a pas accepté l'offre qui lui a été faite. Cette action est intentée devant la cour d'appel de Paris.

§ 2. Régimes législatifs de substitution de responsabilité

1° *Responsabilité des membres de l'enseignement* (L. 5 avril 1937) — Lorsqu'un dommage a été causé à un élève ou par un élève et qu'il y a eu faute personnelle de l'instituteur (défaut de surveillance caractérisé), la responsabilité de l'État est substituée à celle de l'instituteur ; l'État a seulement une action récursoire contre son fonctionnaire.

Cette substitution de responsabilité diffère du cumul que nous analyserons plus loin : en effet la responsabilité de l'administration ne dérive ici en rien d'une faute de l'administration se superposant à la faute du fonctionnaire, mais d'une substitution automatique. La substitution consiste en ce que la victime poursuit directement et uniquement l'admi-

nistration (l'instituteur n'apparaissant pas dans la procédure), mais sur la base exclusive de la faute de l'instituteur qu'elle doit établir selon l'article 1382 (c. civ.) ; il s'ensuit que — à la différence de ce qui se passe dans le cumul — ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents, parce qu'il n'y a pas responsabilité administrative directe, mais substituée.

En outre, cette compétence judiciaire apparaît même au cas où la faute commise par l'instituteur est une *faute de service* et où il n'y a plus, par conséquent, substitution de responsabilité ⁸⁷.

La compétence administrative ne fait sa réapparition que lorsque le préjudice ne résulte pas d'une faute individuelle du maître mais trouve son origine « soit dans un dommage de travail public soit dans un défaut d'organisation du service public de l'enseignement » ⁸⁸.

2° *Dommages causés par des véhicules* — La loi du 31 décembre 1957 a substitué la responsabilité de la collectivité publique à celle de son agent, auteur d'un dommage causé par un véhicule automobile et a attribué aux tribunaux judiciaires compétence pour connaître des actions en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque à l'exception des dommages occasionnés au domaine public.

87. TC, 31 mars 1950, *Gavillet*, D., 1950, p. 331, concl. Dupuich ; JCP, 1950.II.5579, note Vedel.

88. *Gavillet*, préc.

Deuxième partie
**L'organisation
administrative**

Chapitre préliminaire

Données générales : administration centrale et administration locale

L'administration active est un instrument, un *ensemble de moyens* mis au service de l'intérêt général.

C'est dire que les structures administratives n'ont pas de valeur par elles-mêmes mais uniquement en proportion de la contribution qu'elles apportent à l'efficacité de l'action administrative d'une part, au respect des prérogatives et des droits des administrés d'autre part. Pour l'essentiel, il s'agit donc ici d'une description des structures administratives françaises actuelles ; mais qui, chaque fois que cela est possible, doit réserver l'adaptation de cette organisation à ce double objectif.

Encore, on l'a déjà dit, faut-il s'entendre sur le terme même d'« administration ». Selon les cas, il désigne une activité, distincte par exemple des activités commerciales, de recherches ou d'exploitation technique ; il existe en ce sens une administration publique comme il existe une administration privée, voire domestique. Le terme d'administration peut en second lieu désigner un ensemble d'organismes et c'est en ce sens que l'on parle par exemple de l'administration française pour la comparer à celle de tel pays étranger.

Il est clair que l'unicité du vocable trouve son explication dans la coïncidence très large qui existe entre ces deux notions matérielle et organique : c'est normalement l'administration (au sens organique) qui développe les activités d'administration publique. Celles-ci sont imputables, à titre principal, à des personnes morales de droit public (exceptionnellement à des personnes morales de droit privé), agissant dans un but d'intérêt général.

Les personnes morales de droit public. — La personnalité morale est généralement présentée comme une fiction, une construction de l'esprit qui permet de traiter des entités, des groupements d'intérêts comme des sujets de droit, ainsi qu'il en va des personnes physiques.

Toutes les personnes publiques sont des personnes morales.

Les personnes morales de droit public sont une variété, particulièrement importante, de personnes morales. D'une façon générale, les personnes morales de droit public se caractérisent par la détention de prérogatives de puissance publique : celle de créer unilatéralement du droit qui s'impose automatiquement à ses destinataires ; celle ensuite de regrouper des personnes, physiques ou morales, sans le consentement de celles-ci. Ainsi chacun d'entre nous est rattaché à une commune, à un département à partir d'éléments objectifs et sans qu'il puisse se soustraire à ce rattachement.

À partir de ces caractéristiques, il est possible de donner une sorte de liste des principales personnes morales de droit public présentes dans la collectivité nationale. Ce sont : l'État, les collectivités locales, et les établissements publics et d'autres personnes publiques spéciales.

— L'*État*, seul de son genre, a une vocation administrative générale, c'est-à-dire qu'il peut intervenir dans tous les domaines de l'action administrative, et une compétence géographique nationale, étendue aux relations internationales.

— Les *collectivités locales* ou encore collectivités territoriales ont une vocation administrative générale, ce qui signifie que, là encore, elles peuvent intervenir dans tous les domaines de l'action administrative, sauf, bien entendu, ceux qui sont expressément dévolus à d'autres autorités administratives ; c'est ce que l'on appelle la clause générale de compétence ; mais la compétence géographique de ces collectivités locales est limitée.

Ce sont, de par la Constitution, les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer (art. 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, dans la rédaction de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003). Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi.

L'article 72 alinéa 2 de la Constitution résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 introduit le principe dit de subsidiarité au profit des collectivités locales en ces termes : « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. »

— Les *établissements publics* enfin sont gouvernés par un principe de spécialité qui limite leurs interventions aux domaines que la loi leur attribue ; on peut en rapprocher les groupements d'intérêt public, qui s'en distinguent cependant parce que créés par voie de convention et pour une durée limitée alors que les établissements publics sont créés par voie unilatérale et le plus souvent pour une durée illimitée.

La catégorie de l'établissement public en effet ne regroupe pas la totalité des personnes morales de droit public régies, comme les établis-

ments publics, par un principe de spécialité ; la question, un moment débattue est aujourd'hui formellement résolue en ce sens¹ : à côté des établissements publics existent d'autres personnes publiques spéciales.

Plan. — Dans le cadre restreint de ce manuel, l'accent est mis sur les structures et l'organisation des collectivités territoriales dont la matière a été profondément modifiée par la loi du 2 mars 1982 (II). Auparavant quelques indications sont indispensables qui concernent les principes de base de l'organisation administrative (I).

1. V. notamment Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1, n. 615 et s.

Titre 1

Principes

d'organisation administrative

La cohérence de l'action administrative suppose, bien sûr, que les rôles respectifs des différentes personnes morales de droit public soient nettement définis. Il faut aussi préciser la nature et le contenu des rapports qui s'établissent entre ces personnes morales : sont-elles subordonnées les unes aux autres ? Doivent-elles tenir compte de leurs interventions réciproques ? Plus généralement, dans l'organisation administrative, un élément est particulièrement important, en révèle tout spécialement la physionomie : c'est le caractère des relations juridiques établies entre le pouvoir central d'une part et, d'autre part, la circonscription locale et les autorités qui la dirigent.

Le droit français combine ici traditionnellement les deux techniques de la décentralisation et de la déconcentration. S'il est possible, — et très nécessaire — juridiquement, de bien distinguer ces deux notions (chap. 1), on doit accorder que leurs significations politiques respectives sont pleines de nuances (chap. 2).

Chapitre 1

Décentralisation et déconcentration

Section 1

La décentralisation : un rapport d'autonomie entre personnes publiques

Le terme de décentralisation évoque l'idée d'une collectivité locale qui, englobée dans une autre collectivité plus vaste, s'administre elle-même, gère elle-même ses propres affaires, situation que les vocabulaires étrangers expriment mieux que le nôtre : « *selfgovernment* », « *Selbstverwaltung* », dont le correspondant français serait « auto-administration ».

Faire du département, de la commune, de la région, d'une université ou d'un hôpital des organismes décentralisés, c'est les organiser de manière qu'ils s'administrent par eux-mêmes tout en restant liés à l'État.

Quels sont alors les éléments constitutifs de la décentralisation ? Et quelles en sont les modalités ?

§ 1. Les éléments constitutifs de la décentralisation

A La personnalité morale

Pour gérer ses affaires, la collectivité décentralisée possède un patrimoine propre, des biens matériels, des agents, une gestion financière exprimée dans un budget, elle est sujet de droits et d'obligations, peut ester en justice ; tous ces éléments sont distincts des biens, agents, budget, droits et obligations de l'État. Dans la technique juridique habituelle on

exprime cette situation en disant que la collectivité décentralisée possède la *personnalité morale*.

En France, la région, le département, la commune par exemple, constituent ainsi des « personnes morales » distinctes de l'État : ce sont des collectivités décentralisées. L'arrondissement, le canton n'ont au contraire pas de personnalité juridique propre : ils ne sont pas des collectivités décentralisées.

Reconnaître une personnalité juridique propre à certaines collectivités, c'est consacrer l'existence d'autorités administratives, représentant cette collectivité et juridiquement fondées à agir en son nom.

Il faut que ces autorités soient des autorités locales, c'est-à-dire des représentants de la localité, et non des représentants du pouvoir central dans la localité, ou, du moins, qu'elles soient habilitées à agir au nom de cette collectivité.

La personnalité morale, qui, sur le plan juridique, consacre la décentralisation et qui a pour conséquence l'institution d'autorités administratives représentant la collectivité ou l'établissement décentralisé, est normalement conférée par la loi ou directement par la Constitution dans le cas des communes, des départements, des régions, des collectivités à statut particulier et des collectivités d'outre-mer (art. 72 nouveau).

B Rattachement et contrôle

Le second élément de décentralisation est relatif au contrôle exercé par le pouvoir central sur l'activité des autorités décentralisées. La décentralisation n'étant pas en effet indépendance, ce contrôle du pouvoir central existe nécessairement, mais il ne doit pas être trop étroit, sinon on ne pourra plus dire que le groupe local s'administre lui-même.

Traditionnellement ce contrôle décentralisé est désigné sous le terme de « tutelle » administrative, encore que les textes constitutionnels, depuis 1946, ne mentionnent pour les collectivités territoriales qu'un « contrôle administratif », et que, toujours à propos des collectivités locales, la loi du 2 mars 1982 se présente comme « supprimant » la tutelle.

Les autorités décentralisées doivent agir conformément à la loi et dans le sens de l'intérêt général ; et ceci fait l'objet d'un contrôle, dit « contrôle administratif » par l'article 72 dernier alinéa de la Constitution, exercé par l'État (principalement par le préfet dans le cas des collectivités locales). Mais l'autorité de tutelle n'a pas, en règle générale, le droit d'évoquer la question, donc de substituer sa propre décision à celle de l'autorité sous tutelle ; elle ne peut non plus donner des ordres à l'autorité sous tutelle ; elle ne peut agir que dans les cas et les formes que la loi prévoit expressément.

Il s'agit donc d'un pouvoir limité qui préserve, notamment, la capacité de décision de l'autorité sous tutelle. Finalement, ce contrôle doit permettre d'éviter toute contradiction entre les interventions de l'autorité de tutelle et de l'autorité sous tutelle, mais il ne signifie pas nécessairement une relation de conformité entre les interventions de ces deux autorités.

Ainsi, pour concrétiser les remarques qui précèdent, l'État ne peut se substituer au conseil municipal dans le cadre communal, pour imposer les décisions qui lui semblent opportunes : tout au plus lui appartiennent-il de contrôler la légalité des décisions qui sont prises par les organes communaux responsables.

On examinera successivement, à partir de ces observations générales, les procédés du contrôle décentralisé, son domaine, les conditions de sa mise en œuvre et les recours des autorités décentralisées contre les mesures de contrôle.

1. Les procédés du contrôle

a) *Le contrôle administratif*

Les procédés administratifs de contrôle constituent, en droit français, une gamme de moyens d'énergie variable ; il y a ainsi :

— *approbation préalable*, lorsque l'acte de l'autorité contrôlée n'entre en vigueur qu'après avoir été approuvé par l'autorité de contrôle ; encore cette approbation peut-elle être, selon les cas, *expresse ou tacite* lorsqu'elle résulte du silence gardé pendant un certain temps par l'autorité de contrôle ;

— *pouvoir de suspension*, lorsque l'application de l'acte peut être suspendue par l'autorité de contrôle ;

— *pouvoir d'annulation, de réformation*, lorsque l'autorité de contrôle peut annuler ou réformer l'acte de l'inférieur ou se substituer à celui-ci pour agir à sa place.

En théorie, le contrôle sur les collectivités ou organismes décentralisés ne saurait comporter ni pouvoir de substitution ni pouvoir d'instruction, ceux-ci étant caractéristiques d'un lien hiérarchique. Le droit positif en donne ou en a donné cependant des exemples correspondant à des hypothèses dans lesquelles la loi a choisi d'ajouter certains éléments du pouvoir hiérarchique au contrôle de tutelle : pouvoir de substitution en matière de police, ou pour le règlement du budget. Les lois du 2 mars 1982 et du 22 juillet 1982 se sont attachées, pour les collectivités territoriales, à limiter ces anomalies juridiques, mais sans les supprimer, notamment en matière de police.

b) *Le contrôle juridictionnel*

Traditionnellement en France le contrôle de tutelle était réalisé par des procédés administratifs, les autorités de contrôle l'exerçant au moyen

d'actes administratifs. La tutelle du droit français se distinguait ainsi de la tutelle du droit anglais qui est judiciaire et non administrative : l'autorité de tutelle peut seulement, en règle de principe, s'adresser au juge pour faire annuler les décisions illégales de l'autorité contrôlée.

La loi du 2 mars 1982, complétée sur ce point par celle du 22 juillet 1982, a introduit en droit français le procédé de la tutelle juridictionnelle, à l'égard des collectivités territoriales. Désormais l'organe de contrôle, qui est le préfet, ne peut pas, en règle générale, annuler ou suspendre les actes des autorités locales, mais seulement les déférer au tribunal administratif qui tranchera de leur légalité.

2. Domaine du contrôle

C'est naturellement un point capital de savoir si les divers procédés de contrôle pourront être employés pour inopportunité des actes contrôlés ou seulement pour illégalité ; au premier cas, le contrôle s'exercera sur le pouvoir discrétionnaire de l'autorité inférieure, au deuxième cas sur sa compétence liée seulement.

Il est souvent exposé qu'en théorie du moins, le contrôle de tutelle ne peut jamais s'exercer pour inopportunité mais simplement au cas d'illégalité de la mesure contrôlée. Mais on est obligé d'ajouter aussitôt que, dans les faits, les textes et la jurisprudence consacrent certaines hypothèses de contrôle d'opportunité des actes des autorités décentralisées.

Ici encore la loi du 2 mars 1982 revient à une conception plus stricte des pouvoirs de contrôle, du moins pour le contrôle sur les collectivités territoriales, en disposant que celui-ci ne peut s'exercer que pour illégalité de la décision contrôlée, ce qui est d'ailleurs lié à l'option pour un contrôle juridictionnel.

3. Conditions de mise en œuvre du contrôle

À la différence du pouvoir hiérarchique qui est de droit commun et s'exerce sans texte, la tutelle est conçue comme un pouvoir exceptionnel : c'est l'adage « pas de tutelle sans texte ».

La tutelle ne se présume pas ; elle n'existe que dans la mesure et les limites où la loi l'a organisée ; si, pour une compétence donnée, la loi n'a pas prévu de procédé de contrôle, l'autorité de tutelle est administrativement désarmée, et ne peut que s'adresser au juge pour faire annuler par le recours pour excès de pouvoir l'acte illégal de l'autorité décentralisée.

On a pu cependant, notamment à propos des établissements publics, se demander si le caractère conditionné de la tutelle était bien toujours préservé.

4. Recours des autorités décentralisées contre les mesures de contrôle

Lorsque la tutelle a été exercée dans des conditions illégales, les autorités décentralisées peuvent se défendre en contestant la mesure prise par l'autorité de tutelle, par la voie du recours pour excès de pouvoir¹.

Il y a là une application de la notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir qui est très caractéristique de la nature de la décentralisation ; celle-ci implique que la collectivité locale a des intérêts propres, que ses représentants sont admis à défendre en justice.

§ 2. Modalités : décentralisation territoriale et décentralisation par service

La décentralisation territoriale réalise l'autonomie dans le cadre d'une circonscription locale. Elle a une assise géographique.

Une autre forme de décentralisation très importante est celle qui s'applique à un organisme non-territorial exerçant généralement une activité de service public, qui reçoit une certaine autonomie. Cette décentralisation par service se réalise principalement par le procédé de l'établissement public.

Les deux décentralisations sont ainsi différentes par leur objet. Mais, il faut souligner l'identité d'essence des deux systèmes. C'est un concept commun que l'on retrouve sous deux variantes. Le parallélisme des procédés techniques est évident entre la collectivité locale et l'établissement public ; on verra plus loin en détail comment on retrouve dans ce dernier :

1° l'existence d'un *patrimoine* propre et de la *personnalité morale* dont l'établissement public est doté ;

2° une *spécialité*, ici limitée, puisqu'elle se réduit à l'objet même du service ;

3° un *contrôle de tutelle* appliqué aux rapports de l'établissement avec les autorités centrales (ou locales, en cas d'établissements publics des collectivités territoriales).

1. CE, 18 avril 1902, *Maire de Nérès-les-Bains*, Rec. Lebon, p. 275.

§ 3. Les autorités administratives et les autorités publiques indépendantes

A Apparition et multiplication

Les autorités administratives indépendantes, le plus souvent désignées expressément comme telles, se sont multipliées en France depuis une vingtaine d'années. L'évolution est analogue dans la plupart des pays de droit continental. L'institution a été reprise par le droit communautaire. Le succès de la formule, la place prise par les autorités administratives indépendantes dans les différents secteurs de la régulation économique mais aussi celui des libertés ou de l'expertise technique, contribuent à transformer profondément le visage de l'appareil administratif de l'État.

Ces autorités indépendantes se caractérisent par le fait d'avoir reçu de la loi un pouvoir de décision et de réglementation, un pouvoir d'acte administratif soustrait aux structures classiques de l'administration d'État — et parfois aussi un pouvoir de sanction qui appartenait antérieurement au juge — et de l'exercer sans contrôle hiérarchique ni de tutelle.

Initialement dépourvues de personnalité morale et se confondant donc avec la personne de l'État (bien que soustraites au principe hiérarchique qui structure l'appareil d'État), certaines d'entre elles, dans la période récente, ont reçu de la loi la personnalité morale ; on leur réserve parfois la dénomination d'autorités publiques indépendantes, pour les distinguer des autorités administratives indépendantes qui restent dépourvues de personnalité morale propre². À la vérité, cette attribution de la personnalité morale ne change pas fondamentalement la nature, en fait, de leurs rapports avec l'État, mais fait réapparaître la nécessité d'un lien de contrôle avec celui-ci dans une situation de droit qu'on a parfois qualifiée de « fédéralisme administratif ».

B Compétences

Reste que l'attribution de compétences réglementaires aux autorités administratives indépendantes doit rester compatible avec la dévolution du pouvoir réglementaire, par la Constitution, au Premier ministre et accessoirement au Président de la République, avec une faculté — limitée — de délégation aux seuls ministres.

2. Voir par exemple la récente loi du 8 décembre 2009 créant l'autorité publique de régulation du trafic ferroviaire.

Le conseil constitutionnel en a ainsi fixé les limites. Dans une décision du 18 septembre 1986, à propos de la commission nationale informatique et libertés (CNIL), il a estimé que la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur habilite d'autres autorités de l'État que le Premier ministre à « fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi ». Mais c'est à la condition que ce pouvoir réglementaire spécial ne subordonne pas le pouvoir réglementaire propre du gouvernement (même décision) et ne soit pas « trop étendu en raison de sa portée »³, ou encore « n'aille pas au-delà de mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »⁴. De même, le conseil constitutionnel saisi de la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996, qui a créé une autorité de régulation des télécommunications, a repris le motif de principe de sa décision de 1986 et a admis que, dans le cas d'espèce, « la compétence réglementaire reconnue à l'Autorité de régulation des télécommunications... est limitée dans son champ d'application et doit s'exercer... dans le respect du code des postes et télécommunications et de ses règlements d'application ».

S'agissant du fond du droit, le conseil constitutionnel a indiqué d'autre part que, « s'il est loisible au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de confier à une autorité administrative indépendante des pouvoirs d'appréciation dans le cadre des conditions et précisions qu'il édicte, il lui appartient toutefois d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »⁵. Et il a ainsi décidé que l'institution d'un conseil supérieur de la télématique, placé auprès de l'autorité de régulation des télécommunications et chargé d'élaborer et de proposer à l'adoption de cette autorité des recommandations propres à assurer le respect de règles déontologiques par les services de télécommunications, « ne présentait pas dans la loi votée toutes les garanties pour l'exercice des libertés fondamentales dont le législateur doit assurer la sauvegarde ».

Enfin, lorsque — comme c'est assez souvent le cas — les autorités administratives indépendantes ont reçu de la loi des compétences de sanction administrative, notamment à l'égard des entreprises, ces sanctions ne peuvent être prononcées qu'avec toutes les garanties que doit comporter aujourd'hui le droit administratif répressif. « Le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative,

3. C. consti. 17 janvier 1989.

4. C. consti. 28 juillet 1989.

5. C. consti. 21 janvier 1994.

agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »⁶. Ainsi les sanctions infligées doivent être précédées d'une mise en demeure ; le principe de légalité des délits et des peines « s'applique aux sanctions administratives au même titre qu'aux sanctions pénales » ; les organes d'instruction et de décision doivent être séparés ; si l'autosaisine d'une autorité administrative indépendante est possible, pour prononcer une sanction, elle ne doit pas méconnaître le principe d'impartialité.

C Absence de contrôle et « indépendance » de ces autorités

Les compétences réglementaires, de décision individuelle ou de sanction reconnues aux autorités administratives indépendantes s'exercent en toute indépendance des autorités administratives « classiques » de l'État. L'indépendance qui caractérise les autorités administratives s'entend d'une indépendance juridique. Elle tient au fait que, dans l'exercice du pouvoir de décision qui est le leur, ces autorités, bien qu'inscrites au sein de la personne publique État, sont soustraites entièrement au pouvoir hiérarchique, celui du Premier ministre, du gouvernement ou des ministres. Aucune espèce de pouvoir de tutelle ou de contrôle ne s'exerce non plus sur leurs actes, de la part d'une autorité tierce. Seul s'exerce le contrôle juridictionnel, dans des termes parfois spécialement aménagés par la loi.

L'État a ainsi choisi de soustraire au schéma hiérarchique hérité de l'Histoire, qui donnait à son action cohérence et une forme de légitimité démocratique (par le jeu de la responsabilité ministérielle), une large part de l'activité d'administration publique, notamment, on l'a dit, dans les domaines de la régulation économique et dans celui des libertés. Les compétences ainsi reconnues aux autorités administratives indépendantes, pour être des compétences de l'État, sont exercées en marge de l'appareil administratif classique de l'État et parfois contre lui. L'État ne commande plus et se met en situation d'obéir...

6. C. consti. 29 décembre 1989.

D Autorités indépendantes et régulation

À cela s'ajoute l'adoption par ces autorités administratives indépendantes d'un langage « de terrain » qui n'est pas le langage habituel du droit et vise à la persuasion plutôt qu'au commandement. L'exercice de compétences réglementaires est assez souvent jumelé avec l'attribution aux diverses autorités administratives indépendantes de compétences de « recommandation », de « conciliation », de « proposition », dont la qualification juridique est difficile, avec cette conséquence d'être contraignantes en fait sans donner prise au contrôle juridictionnel. Ainsi, par exemple, certaines recommandations de la CNIL sont considérées comme faisant grief et susceptibles d'annulation contentieuse, tandis que d'autres ne le sont pas ; sont considérés comme non contraignants et donc insusceptibles de recours les avis de la commission de la sécurité des consommateurs ou un avertissement donné par le président du CSA au directeur d'une station émettant sans autorisation ou encore une mise en garde adressée par le président du CSA à une chaîne de télévision. En revanche, les « normes simplifiées » qu'élabore la CNIL sont des actes réglementaires susceptibles de recours pour excès de pouvoir ainsi qu'une délibération de cette autorité ajoutant à l'état de droit, de même qu'une « note de terminologie » élaborée par l'ancienne CNCL ou un « communiqué » du CSA relatif à la publicité sur l'Internet.

Faut-il aller au-delà et considérer que, d'une façon générale, le pouvoir normatif des autorités administratives indépendantes dans son ensemble présente des caractéristiques spécifiques qui le distinguent de la réglementation classique et justifieraient qu'on le présentât comme une régulation (en oubliant un peu vite que le terme de régulation, repris de l'anglais, y désigne précisément la réglementation) ? Certains l'ont pensé et le législateur lui-même désigne volontiers aujourd'hui ces autorités administratives indépendantes, du moins celles agissant dans le domaine économique, comme des autorités de régulation.

Reste que, en cas de litige et de contentieux, l'alternative réapparaît dans sa rigoureuse simplicité. Ou bien l'acte en cause a une portée normative positive, « fait grief » pour reprendre la terminologie du contentieux, et il est susceptible du contrôle du juge de la légalité ; ou bien il est de l'ordre de la persuasion politique, et ne constitue pas à proprement parler une réglementation.

§ 4. Décentralisation et fédéralisme

Lorsque le lien pouvoir central-pouvoir local atteint un certain degré de relâchement, on quitte la décentralisation pour entrer dans le fédéra-

lisme. Cependant le lien n'est pas rompu : l'État membre d'un État fédéral reste sous la dépendance de l'État central. Sans aborder le problème fondamental de savoir s'il y a entre la décentralisation et le fédéralisme une différence de nature ou simplement de degré, il faut déterminer à quel moment on passe d'un système dans l'autre, quelle différence il y a, par exemple, entre un État des États-Unis d'Amérique et un département français.

1° Les compétences propres de l'État membre d'un État fédéral diffèrent profondément des « activités locales » d'une collectivité décentralisée.

Elles en diffèrent d'abord par leur nature : alors que les « affaires locales » sont uniquement d'ordre administratif (services publics), l'État membre d'un État fédéral possède toute la gamme des compétences étatiques : constituantes (il se donne sa constitution) ; législatives (il élabore son droit pour les matières qui n'ont pas été réservées à la compétence fédérale) ; administratives ; juridictionnelles.

D'autre part, les compétences de l'État membre diffèrent — et c'est peut-être là le critère le plus sûr du fédéralisme — des affaires locales en ce que celles-ci sont déterminées, on l'a vu, par la loi, alors que, dans le fédéralisme, la répartition des compétences entre l'État fédéral et les États membres fait l'objet des dispositions de la Constitution fédérale ; les compétences des États membres sont, par là, garanties parce que, dans les États fédéraux, la Constitution fédérale ne peut être modifiée qu'au moyen d'une procédure à laquelle participent les États membres en tant que tels.

2° À la tête de l'État membre d'un État fédéral, on trouve plus que de simples autorités locales ; on trouve un véritable appareil gouvernemental différencié comprenant un législatif, un exécutif et un système de tribunaux. Ici encore le fédéralisme apparaît comme un phénomène politique, la décentralisation comme un phénomène administratif.

3° Quant au pouvoir de tutelle auquel est toujours soumise, dans la décentralisation, la gestion des affaires locales, il disparaît dans le fédéralisme ; pour l'exercice de leurs compétences propres, les États membres échappent au contrôle du pouvoir fédéral. Il n'en est autrement que pour les compétences dites « concurrentes », c'est-à-dire les matières qui ne sont réservées ni au pouvoir fédéral, ni aux États membres mais peuvent être légiférées indifféremment par le premier ou les autres. Là le législatif fédéral peut abroger la loi locale en vertu du principe que le droit allemand exprime par la formule « *Bundesrecht bricht Landesrecht* ».

Section 2

La déconcentration : géographie d'une personne publique

§ 1. Éléments constitutifs

La déconcentration est une technique d'organisation au sein d'une personne publique. Elle consiste à distribuer les agents et à répartir les compétences entre une administration centrale et des services extérieurs, ou services déconcentrés qui appartiennent uniformément à une même et unique personne morale. Elle permet de décongestionner le pouvoir central par l'intervention de ses représentants locaux. Ainsi augmenter les pouvoirs d'un recteur ou d'un directeur départemental de l'Équipement en faisant descendre entre ses mains des attributions qui appartenaient au ministre, ce n'est pas décentraliser, c'est déconcentrer.

La déconcentration pose ainsi deux catégories de questions qui sont liées : quel est le cadre géographique qui doit être retenu pour l'intervention des autorités déconcentrées (problème du choix des circonscriptions d'action administrative, essentiellement de l'État) ? Quelles sont les affaires qui doivent être traitées à l'échelon local et quelles sont celles qui restent réservées à l'administration centrale ?

§ 2. Régime juridique

Mettant en relation des agents qui appartiennent à une même personne publique, la déconcentration est, en général, déterminée par les règles du pouvoir hiérarchique.

Le pouvoir hiérarchique est celui du chef sur ses subordonnés ; il est un pouvoir inconditionné, en cela qu'il existe même lorsqu'aucun texte ne le prévoit ; pratiquement, il prend la forme d'ordres qui sont adressés par le supérieur à son inférieur ou encore d'une évocation des compétences. Le pouvoir hiérarchique est donc un pouvoir très fort.

Il trouve cependant ses limites dans les dispositions de la loi qui peut attribuer en propre certaines compétences à des agents déconcentrés ; le supérieur conserve alors son pouvoir d'instruction, mais il ne peut évoquer ni se substituer.

Section 3

Détermination des circonscriptions et choix des agents

Il faut, sous ce dernier point, rendre compte de ce qui peut apparaître à première vue comme une complication, une confusion pratique entre les notions, juridiquement bien distinctes, de décentralisation et de déconcentration, mais qui s'explique et se justifie en fait par des considérations évidentes de bonne administration. La géographie des circonscriptions déconcentrées de l'administration d'État *coïncide largement* avec celle des collectivités territoriales, personnes publiques distinctes de l'État. Bien plus, dans certains cas, un *même agent* cumule, selon ses attributions, les qualités d'agent déconcentré de l'État et d'autorité agissant au nom d'une collectivité décentralisée ; encore cette dernière situation n'est plus guère réalisée aujourd'hui que dans la personne du maire.

§ 1. Les circonscriptions

Les services extérieurs de l'État ont naturellement une compétence géographique déterminée. Dans la majeure partie des cas, celle-ci adopte les limites géographiques d'une collectivité territoriale. Ainsi une partie des services extérieurs de l'État, services déconcentrés, sont organisés dans le cadre territorial de la commune ou d'établissements publics intercommunaux, qui constituent des collectivités décentralisées. Il en va de même pour la région qui est retenue comme un cadre géographique d'intervention de plusieurs services extérieurs de l'État. Enfin et surtout le département est la circonscription de base des services extérieurs de l'État, qui sont coordonnés à cet échelon par un représentant de l'État, le préfet ; or le département est aussi une collectivité décentralisée distincte de l'État, avec ses organes propres, conseil général et président du conseil général.

On comprend sans peine les considérations tant sociologiques que pratiques et liées à l'efficacité de l'action administrative justifiant ces solutions qui réalisent une large coïncidence entre la carte de la déconcentration et celle de la décentralisation.

§ 2. Les agents

Par ailleurs ce sont parfois les mêmes personnes qui ont à la fois la qualité d'agent déconcentré, relevant de l'État, et celle d'agent décen-

tralisé, c'est-à-dire d'agent d'une personne publique distincte de l'État. On qualifie cette situation de dédoublement fonctionnel exprimant par là qu'un même agent relève de deux personnes publiques différentes selon les compétences qu'il exerce.

Ainsi, jusqu'à la réforme de la loi du 2 mars 1982, et bien que la Constitution de 1946 ait prévu le contraire, le préfet était un agent de l'État dans le cadre départemental mais aussi un agent du département intervenant comme organe exécutif du conseil général ; désormais le préfet représente l'État dans le département (déconcentration) et le président du conseil général est l'exécutif du département, collectivité territoriale (décentralisation) (v. *infra*). De même, le maire qui est un agent élu de la commune, exerce aussi certaines compétences au nom de l'État : par exemple, en matière de tenue de l'état civil ou d'inscription sur les listes électorales.

D'un point de vue pratique, il est toujours très important de distinguer la qualité en laquelle l'agent administratif est intervenu : à la fois les conditions de son intervention et l'identité de la collectivité responsable dépendent, en effet, de cette détermination.

Les solutions actuelles. — La loi du 2 mars 1982 « relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions » a sensiblement réduit les situations de dédoublement fonctionnel en matière de décentralisation territoriale. Alors qu'auparavant le représentant de l'État dans le département (préfet) ou dans la région (préfet de région) était l'autorité exécutive de ces personnes publiques décentralisées, la loi nouvelle dote ces collectivités d'exécutifs élus distincts des autorités déconcentrées qui subsistent.

Les situations de dédoublement fonctionnel concernent désormais essentiellement le maire, élu de la commune auquel sont confirmées ses compétences de représentant de l'État.

Par ailleurs, le dédoublement fonctionnel caractérise nombre d'établissements publics, dans lesquels les dirigeants ou un certain nombre de membres des instances délibérantes sont également des agents appartenant à la personne publique de tutelle, en général l'État.

Chapitre 2

Signification de la décentralisation et de la déconcentration

Section 1

Valeur pratique de la décentralisation

Quelle est la valeur de la décentralisation ? Vaut-il mieux une administration centralisée ou décentralisée ? C'est là un débat classique, récemment relancé.

Il faut écarter dès l'abord un argument que l'on donne parfois en faveur de la décentralisation ; la décentralisation, dit-on, décongestionne le pouvoir central trop encombré et trop éloigné de la vie locale pour pouvoir apprécier ses besoins. Lamennais disait dans ce sens : « Avec la centralisation, on a l'apoplexie au centre et la paralysie aux extrémités. » Cette argumentation porte à faux, parce qu'elle confond centralisation et concentration ; le résultat que l'on vise et qui est de débarrasser le pouvoir central au profit des agents situés sur place peut être atteint par la déconcentration, aussi bien que par la décentralisation.

La décentralisation a, en réalité, un double fondement : politique et administratif.

§ 1. Fondement politique

La décentralisation est une institution libérale. Elle vise à promouvoir et garantir l'exercice des libertés locales. Elle constitue un mode de réalisation du libéralisme en droit administratif, à côté d'autres formes du libéralisme administratif que nous avons déjà rencontrées (légalité, responsabilité). C'est ici le libéralisme appliqué à la structure de l'administration.

Plus spécialement, la décentralisation se relie à cette forme du libéralisme politique qu'est le système démocratique. Le principe démocratique, c'est-à-dire le principe de la participation du peuple ou de ses représentants aux affaires publiques, trouve sa réalisation à la fois au plan gouvernemental dans l'élection des gouvernants du pays et au plan administratif dans l'élection des autorités locales ; la décentralisation a été présentée ainsi comme la démocratie appliquée à l'administration.

Mais cette présentation est elle-même trop sommaire. Il peut se produire en effet des conflits entre les élus des collectivités décentralisées et les représentants du pouvoir central qui a lui-même sa propre légitimité démocratique. La question qui se pose est ainsi celle du niveau d'administration qui doit procéder directement de l'expression démocratique. Il est au moins discutable, à cet égard, que l'expression locale puisse ou doive prévaloir dans la généralité des cas sur celle qui résulte, pour l'administration d'État, du double contrôle du Parlement et, par l'intermédiaire du gouvernement, du président de la République. Ceci marque les limites du principe dit de subsidiarité, au profit des collectivités locales qui a été inscrit à l'article 72 de la Constitution lors de la révision constitutionnelle de 2003.

§ 2. Fondement administratif

La décentralisation a une justification administrative générale, en dehors de tout système politique particulier. Elle constitue un principe d'administration locale utile parce que, s'agissant d'affaires locales, de besoins locaux, il est bon que les agents chargés de cette gestion connaissent bien les besoins et conditions locaux et aient intérêt à prendre en mains et défendre les intérêts locaux ; il en sera ainsi lorsque ces autorités auront une attache personnelle étroite avec la localité et posséderont dans leur gestion une marge suffisante d'autonomie, c'est-à-dire lorsqu'elles seront décentralisées.

Cependant, la décentralisation n'est pas sans dangers : étant un principe d'autonomie, elle diminue la force du pouvoir central. Étant un système de défense des intérêts locaux, elle pousse à la prédominance de ces intérêts, souvent assez étriqués, sur les intérêts généraux du pays. Elle comporte également un coût et le risque de doubles emplois.

L'organisation administrative française, traditionnellement et assez uniformément présentée comme marquée par un fort degré de centralisation, a été profondément modifiée par la loi du 2 mars 1982, elle-même préparée et prolongée par des textes constituant une large réforme de décentralisation. On s'interroge aujourd'hui sur certains « excès » de la décentralisation, auxquels on s'efforce de remédier par de nouvelles

exigences ou contraintes de la législation nationale, la limite étant dans le respect du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales complété en 2003 du principe de subsidiarité (art. 72 de la Constitution).

Section 2

Portée pratique de la décentralisation et de la déconcentration

La décentralisation est *une notion juridique* qui exprime l'institution de personnes morales publiques distinctes de l'État. Mais elle ne renseigne pas sur le *degré d'autonomie réelle* de ces collectivités ou établissements décentralisés.

L'approche juridique doit ainsi être complétée par la connaissance de données *politiques*, tenant aux traditions, aux ressources financières des collectivités décentralisées ou aux modalités de désignation ou d'élection de leurs agents.

On constate alors que les personnes publiques décentralisées sont organisées sur des modèles extrêmement différents, que, par exemple, certaines ignorent totalement l'élection tandis que d'autres utilisent exclusivement ce procédé pour la désignation des autorités qui agissent en leur nom, que certaines ont une véritable autonomie de ressources, voire disposent de réserves ou réalisent des bénéfices, tandis que d'autres vivent de subventions, que certaines ne sont que des services personnalisés tandis que d'autres expriment des centres d'intérêts et de préoccupations distincts de ceux de l'État.

De la sorte on est conduit, dans de nombreux cas, à nuancer l'opposition que le juriste fait naturellement entre déconcentration et décentralisation. Il existe en réalité toute une gradation vers l'autonomie que les notions juridiques de décentralisation et de déconcentration ne révèlent que partiellement. Tel service déconcentré, fort de ses traditions et de l'autorité personnelle de ses membres, aura plus d'autonomie réelle qu'un établissement public « de façade » créé par l'État pour faciliter ses interventions mais sans assises sociologiques réelles.

Titre 2

L'administration locale française

L'administration locale française a été déterminée par l'histoire. Et c'est par un rappel général des conditions de formation historique du système local français qu'il convient de commencer (Chap. 1). La loi du 2 mars 1982, relative aux « droits et libertés des communes, des départements et des régions » marque certes une étape importante de cette évolution ; plusieurs de ces dispositions trouvent cependant leur origine dans des réflexions ou des projets de réforme déjà engagés par le passé ; la description du droit actuel de l'administration locale française permettra de s'en rendre compte (Chap. 2) ; la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 n'est pas en rupture avec cette évolution, non plus que les propositions faites par la commission chargée en 2008 d'examiner les évolutions possibles de l'administration territoriale de la France ¹.

1. V. encore le rapport très critique de *la gestion par l'État de la décentralisation* établi par la Cour des comptes en 2009, D. adm. 2009, note 75 et D. adm. déc. 2009, alerte 77 par R. Noguellou.

Chapitre 1

Formation et évolution historique

Il y a eu dans l'histoire de notre administration locale deux moments essentiels auxquels ont correspondu des systèmes administratifs opposés qui ont, l'un après l'autre, laissé des marques profondes dans l'organisation française ; c'est d'abord la Révolution, ensuite l'An VIII.

Du système révolutionnaire notre administration locale a reçu et gardé la structure des circonscriptions.

Du système napoléonien elle a reçu et gardé la structure des administrations.

En revanche, sur le troisième point, c'est-à-dire le problème de la décentralisation, c'est progressivement, au cours du XIX^e siècle, que notre système d'administration locale s'est orienté en se donnant une physionomie également distincte des deux formules extrêmes de la Révolution et de l'An VIII. La loi du 2 mars 1982 a considérablement accéléré ce mouvement de décentralisation.

Section 1

La Révolution

La première grande idée de la Révolution en matière d'administration locale a été d'unifier et d'uniformiser ; cette idée tient à l'esprit unitaire et égalitaire de la Révolution et procède en même temps du désir de réagir contre l'extrême diversité et complexité de l'Ancien Régime. Elle n'est pas sans rapport avec l'abolition des privilèges — d'abord ceux des corps intermédiaires et des villes — par la Déclaration de la nuit du 4 août 1789.

1^o La Révolution a inauguré une nouvelle *structure des circonscriptions* qui a remplacé celle de l'Ancien Régime dont la province était l'élément essentiel, mais où s'enchevêtraient de multiples autres cir-

conscriptions, spéciales aux divers services publics (gouvernements d'armée, ressorts de Parlements, généralités financières, diocèses ecclésiastiques...).

À ces divisions multiples, la Révolution substitue le découpage du pays en départements, circonscriptions électorales et administratives, des départements en districts, des districts en cantons, des cantons en communes. Cette structure des circonscriptions constitue l'apport définitif de la Révolution sauf certains changements de terminologie (district devenu « arrondissement »).

2° Dans ces diverses circonscriptions la structure des administrations est caractérisée par une uniformité qui se manifeste doublement.

D'abord uniformité d'administration pour toutes les circonscriptions de même nature : par exemple toutes les communes recevaient la même organisation qu'elles fussent grandes ou petites, urbaines ou rurales, alors que l'Ancien Régime avait connu des privilèges locaux différents suivant les villes. Cette uniformité est demeurée en France une règle de notre régime local qui le distingue à cet égard de certains systèmes étrangers (notamment du système anglais où les statuts des comtés et des bourgs, fixés d'ailleurs par la tradition plus que par la loi et modifiés individuellement par la procédure des bills privés, sont essentiellement variables). Elle a trouvé un relais dans le principe d'égalité appliqué aux collectivités locales de même nature.

D'autre part, la Révolution a poussé plus loin encore l'uniformité : la structure administrative qu'elle a imaginée était la même pour les diverses catégories de circonscriptions ; à chaque échelon (département, district, commune) on retrouvait : 1° un conseil, assemblée collégiale ; 2° un directoire ; 3° un procureur syndic.

3° Enfin le système révolutionnaire est caractérisé par une décentralisation importante, en réaction contre l'esprit général de l'Ancien Régime, dominé par l'institution des intendants, dont la centralisation n'était tempérée que par la difficulté des communications ; le conseil, le syndic et le directoire étaient tous élus, les deux premiers par le peuple, le troisième par le conseil.

Section 2

L'an VIII

1° Le système établi par la loi du 28 pluviôse an VIII maintient la structure révolutionnaire des circonscriptions mais bouleversa par réaction les deux autres éléments.

2° C'est la structure nouvelle des administrations imaginée en l'an VIII qui a constitué l'acquisition définitive de cette époque. Elle présentait, comme beaucoup d'institutions de la période consulaire, un aspect géométrique basé sur un axiome. L'axiome est celui de Sieyès : « délibérer est le fait de plusieurs, exécuter est le fait d'un seul. » Le système d'organisation consiste en conséquence à juxtaposer dans chaque circonscription un conseil, organe collectif chargé de la délibération, et un agent, organe unitaire chargé de l'exécution. Dans le département le préfet est l'agent unitaire d'exécution, le conseil général, l'organe collectif de délibération (plus le conseil de préfecture, organe collectif de consultation) ; dans l'arrondissement sous-préfet et conseil d'arrondissement répètent le même schéma, que l'on retrouve encore dans la commune avec le maire et le conseil municipal.

Ce dualisme agent-conseil s'est maintenu comme un trait caractéristique de notre système administratif.

3° La législation de l'an VIII a jeté bas la décentralisation qui avait sombré dans l'anarchie locale et, passant à l'extrême opposé, a adopté un régime de centralisation hiérarchique totale dont l'expression d'« administration napoléonienne » est demeurée le synonyme : tous les organes qu'on vient d'énumérer étaient en effet nommés par le pouvoir central dont ils devenaient des représentants locaux ; il n'y avait plus en France d'autorité administrative « locale ».

Section 3

L'évolution depuis l'an VIII

La structure révolutionnaire des circonscriptions, la structure napoléonienne des administrations sont demeurées. C'est le troisième élément, les rapports entre le pouvoir central et le pouvoir local, qui a évolué pour aboutir, en dehors des solutions extrêmes de la Révolution et de l'an VIII, à un régime de compromis combinant la centralisation et la décentralisation. La Monarchie de juillet inaugura le mouvement décentralisateur en établissant l'élection des conseils. L'élection des maires fit une partielle apparition en 1848, mais ne fut acquise que sous la III^e République.

Ces progrès et ces alternances aboutirent au système équilibré et transactionnel de la III^e République, qui, dans les deux grandes lois du 10 août 1871 (organisation du département) et 5 avril 1884 (dite loi municipale), combine et dose centralisation et décentralisation ; la commune devient une collectivité largement décentralisée dont tous les orga-

nes (maire et conseil municipal) sont élus ; le département et l'arrondissement deviennent des collectivités à demi décentralisées (un conseil élu, un agent exécutif nommé).

Quant au contrôle du pouvoir central, il suivit naturellement les remous des régimes politiques successifs : La Monarchie de juillet l'avait accentué en élargissant les attributions des assemblées locales (lois de 1837, 1838). Le Second Empire a surtout édicté des mesures de déconcentration, malgré le nom utilisé de « décrets de décentralisation » (décrets de 1852 et 1861). La III^e République accentua progressivement la décentralisation, d'abord par les lois fondamentales précitées de 1871 et 1884, puis par le décret-loi du 5 novembre 1926 (ministère Poincaré) qui a accru sensiblement l'autonomie départementale et communale, notamment en ce qui concerne le régime de tutelle. Le régime de Vichy avait interrompu le mouvement décentralisateur en supprimant le régime électif sauf pour les conseils municipaux des petites communes (moins de 2 000 habitants).

La Constitution de 1946 annonçait des lois destinées à étendre les libertés locales et posait même le principe de la substitution du président du conseil général élu au préfet nommé, comme représentant du département, mais les mesures ainsi annoncées sont restées lettre morte, malgré plusieurs projets de loi (Ramadier, 1947), jusqu'à la loi du 2 mars 1982.

La Constitution de 1958 consacre son titre XII aux « collectivités territoriales » et rappelle que « ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi ». Depuis le début de la V^e République, diverses mesures, de portée variée, sont intervenues à l'égard de l'administration locale : elles ont concerné d'abord d'une part, l'extension des « libertés locales », d'autre part, le régime des groupements intercommunaux (syndicats de communes, districts urbains, communautés urbaines), les institutions administratives de la région parisienne, ou l'organisation régionale ; la loi du 2 mars 1982 a inauguré une réforme d'une grande envergure. Enfin la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, parfois présentée comme l'acte II de la décentralisation, a largement réécrit le titre XII de la Constitution, sans en modifier profondément les principes.

Section 4

Les réformes de décentralisation à partir des lois de 1982-1983

L'administration territoriale de la France a alors été profondément modifiée par une réforme d'ensemble qui s'appuie sur de nombreux

textes, dont, au départ, la loi du 2 mars 1982 « relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions », la loi du 22 juillet 1982 et la loi du 7 janvier 1983 « relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État ». Plusieurs de ces éléments trouvent leur origine dans des réflexions ou dans des projets déjà engagés par le passé.

On présente ici les grands traits de cette réforme dans ses données actuellement traduites dans le droit positif, en distinguant ce qui a trait aux structures, aux contrôles et aux compétences.

§ 1. Les structures

La loi du 2 mars 1982 fait de la région une nouvelle catégorie de collectivités territoriales s'ajoutant au département et à la commune auxquels la Constitution de 1958, art. 72, reconnaissait déjà expressément cette qualité ; la solution a été reprise par la Constitution elle-même (loi constitutionnelle du 28 mars 2003).

Si l'on veut considérer que le grand nombre des établissements publics territoriaux a fait apparaître depuis plusieurs années un niveau d'administration territoriale intermédiaire entre la commune et le département, la France se trouve désormais dotée de quatre niveaux d'administration confiés à des personnes territoriales autres que l'État.

Comme par le passé, une large coïncidence est assurée entre les circonscriptions de l'administration d'État déconcentrée et la carte des collectivités décentralisées.

a) *Les régions ont été érigées en collectivités territoriales* à compter de la première réunion des conseils régionaux élus au suffrage universel (1986), sauf la Corse qui a été directement constituée en collectivité territoriale et organisée selon un schéma particulier encore plusieurs fois modifiée par la suite.

Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région. Un comité économique et social est placé auprès de lui, qui a un rôle purement consultatif mais doit être préalablement saisi des documents relatifs au plan et au budget régional.

Les régions de Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion sont organisées par un texte spécifique, la loi du 31 décembre 1982, leur particularisme tenant notamment à ce qu'elles ne comprennent chacune qu'un département¹.

1. V. c. consti., 2 décembre 1982, AJDA, 1983, p. 129, note F. Luchaire.

b) *Le principe de l'élection pour la désignation des organes des collectivités décentralisées est généralisé.* Dès auparavant les organes d'administration de la commune, conseil municipal et maire, procédaient de l'élection. En revanche l'exécutif départemental et régional était assuré par le préfet de département ou de région, nommé par le pouvoir central et d'autre part représentant de celui-ci dans le département ou la région.

La loi nouvelle retire l'exécutif départemental et régional aux préfets nommés pour les confier au président du conseil général et au président du conseil régional élus par ces assemblées. Le mécanisme de gestion des collectivités territoriales est uniforme : chacune est administrée par un organe collégial délibérant élu et par un exécutif individuel également élu (assisté, le cas échéant, d'un bureau).

Le représentant de l'État dans le département et dans la région est désormais uniquement un agent de l'État, sauf les quelques hypothèses de substitution que la loi maintient, notamment en matière de police municipale. De nouveaux décrets du 10 mai 1982 relatifs aux pouvoirs des commissaires de la République (dénomination transitoire, aujourd'hui abandonnée pour revenir à celle de préfet) confirment l'autorité de ceux-ci sur l'ensemble des services déconcentrés de l'État et consacrent une large déconcentration sans vraiment ajouter, de façon significative, aux décrets du 14 mars 1964 modifiés (v. aussi la loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République et le décret du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration).

c) *Les services départementaux et régionaux sont réorganisés* précisément pour tenir compte de la coexistence dans une même circonscription géographique d'un représentant de l'État ayant autorité sur les services déconcentrés et d'un exécutif local élu, chef des services nécessaires à l'exercice des compétences propres du département ou de la région.

La mise à la disposition du président du conseil général ou du conseil régional des services extérieurs de l'État est posée en principe par la loi de 1982. Elle est de droit dans la limite des compétences dévolues au département ou à la région et fait l'objet d'une convention annuelle entre le préfet et le président du conseil général ou du conseil régional qui peut être reconduite tacitement, ou, à défaut, d'une décision unilatérale du préfet. Les chefs des services extérieurs de l'État dans le département ou la région fournissent au président du conseil général ou régional les informations, rapports et études utiles.

d) *L'organisation administrative de Paris, Lyon et Marseille* est régie par le droit communal général, sauf les aménagements apportés par deux lois du 31 décembre 1982 (la seconde étant consacrée à certaines dispositions électorales pour l'élection des conseils municipaux de Lyon et Marseille et du conseil de Paris).

Ces aménagements consistent principalement en l'institution de conseils d'arrondissement assistés d'adjoints élus. Le conseil d'arrondis-

sement a une compétence délibérative sur certains équipements propres à l'arrondissement et une large compétence d'avis ou de proposition à l'égard du conseil municipal et du maire de la commune.

§ 2. Les contrôles

a) La loi du 2 mars 1982 supprime les contrôles *a priori* portant sur les actes des agents des collectivités locales. Ces actes sont exécutoires de plein droit dès leur transmission au préfet, représentant de l'État.

Toutefois le préfet conserve son pouvoir de substitution à l'égard des arrêtés de police du maire, ainsi qu'en matière budgétaire, en relation avec la chambre régionale des comptes.

b) Le contrôle de tutelle, jusqu'alors confié à des autorités administratives de l'État, prend la forme d'un contrôle juridictionnel de la compétence des tribunaux administratifs et aligné pour l'essentiel sur le contrôle juridictionnel de droit commun de l'excès de pouvoir. Il est ainsi exclusivement un contrôle de légalité (lois des 2 mars et 22 juillet 1982).

Le régime du recours formé par le préfet ou déferé est proche de celui de droit commun du recours pour excès de pouvoir quant aux délais et généralement aux conditions de recevabilité. Mais le préfet n'a pas le monopole de l'action contentieuse qui est ouverte à tout intéressé dans les conditions de droit commun.

Des solutions particulières sont cependant consacrées en matière de sursis quand le recours émane du préfet : la loi ne retient que la condition tenant au sérieux des moyens invoqués (et non celle prise du caractère irréparable du préjudice qu'entraînerait l'exécution) pour justifier le prononcé de sursis ; en outre et dès 1982 s'agissant du recours du préfet, le sursis est de droit et doit être prononcé dans les 48 heures lorsque l'acte déferé est de nature à compromettre l'exercice d'une « liberté publique ou individuelle ».

c) La loi du 2 mars 1982 met en place un nouveau mécanisme de contrôle financier sur les collectivités territoriales. Consacrant l'institution de chambres régionales des comptes, la loi nouvelle leur confie un rôle essentiel en matière de contrôle des budgets des collectivités locales. Lorsque le budget n'est pas adopté à temps ou n'est pas voté en équilibre, le préfet saisit la chambre régionale des comptes qui, dans le mois et par un avis public, formule des propositions de règlement. Le préfet règle le budget sur la base de ces propositions et le rend exécutoire, sauf, s'il s'écarte de ces propositions, à motiver sa décision.

Les chambres régionales des comptes sont composées de magistrats inamovibles et organiquement liées à la cour des comptes.

La loi du 5 janvier 1988, dite « d'amélioration de la décentralisation », rétablit le système de l'apurement administratif des comptes par les trésoriers-payeurs généraux ou les receveurs particuliers des finances, pour les communes de moins de 2 000 habitants.

d) Des dispositions fort importantes assurent un allègement des *tutelles techniques*, dont on peut rapprocher la suppression de pouvoirs « d'instruction » reconnus jusqu'alors aux autorités de l'État à l'égard des collectivités locales, notamment par le procédé de l'acte-type. Les cahiers des charges types et les règlements types deviennent de simples « *modèles* » de cahiers des charges et de règlements d'application facultative.

§ 3. Les compétences

La réforme de décentralisation comporte un transfert de compétences de l'État vers les collectivités locales dont les principes et les premiers éléments sont exposés dans la loi du 7 janvier 1983. Les transferts de compétences se sont poursuivis, dans le cadre de lois ultérieures, en matière de transports, d'action sociale, de santé, d'éducation, d'environnement, d'action culturelle, etc.

Selon les lois de décentralisation de 1982/83, le mouvement de transfert des compétences présente les caractéristiques suivantes.

a) C'est l'État qui se dessaisit au bénéfice des différentes collectivités locales, tout spécialement les communes en matière d'urbanisme (loi du 7 janvier 1983), pour l'ensemble des matières sans doute surtout au profit du département. En revanche l'État prend en charge les dépenses et charges de la justice à partir de 1984 et, là où le conseil municipal le demande, institue le régime de police d'État à partir de 1985.

b) Le législateur a manifestement le souci de préserver des blocs de compétences, les transferts devant aboutir, dans la mesure du possible, à saisir dans sa totalité chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes pour les attribuer à l'État ou à une catégorie de collectivités locales. Cette directive de bon sens s'avère difficile à suivre en pratique.

De toutes les façons, au cas de compétences concurrentes ou complémentaires, aucune forme de tutelle ne pourra s'exercer d'une collectivité territoriale sur l'autre.

En revanche, la loi envisage avec faveur l'intervention de conventions entre collectivités locales ou avec l'État pour harmoniser leurs interventions. De telles conventions peuvent comporter la mise à disposition de services d'une collectivité locale à la collectivité cocontractante (art. 6, art. 12 de la loi de 1983). La réforme sera prolongée sur ce point par

l'institution, par la révision constitutionnelle de 2003, de la collectivité dite « chef de file »

c) Les transferts de compétences sont accompagnés du transfert concomitant par l'État aux collectivités bénéficiaires des ressources et des biens nécessaires à l'exercice de ces compétences, sur la base d'une évaluation des charges préalable au transfert. Les services extérieurs de l'État nécessaires à l'exercice des compétences transférées sont mis à la disposition des collectivités bénéficiaires de ces transferts. Il est institué une dotation globale de décentralisation (DGD), destinée à assurer, pour chaque collectivité, la compensation intégrale des charges résultant des compétences transférées et qui ne sont pas couvertes par des transferts de fiscalité.

Section 5

La révision constitutionnelle de 2003²

§ 1. Présentation de la réforme

En 2003 a été adoptée une profonde — au moins sur le plan formel — révision du titre XII de la Constitution consacré aux collectivités territoriales. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 ambitionne de donner à la République « l'organisation décentralisée » (c'est le titre de la loi constitutionnelle) qui apparemment lui manquait. Pourtant la France d'avant la réforme était déjà une République décentralisée ; elle le reste dès lors que le seul terme de fédéralisme se heurte à tout le poids de son histoire. La seule question est donc de savoir si, au-delà d'un effet d'annonce, l'organisation de la République est aujourd'hui davantage décentralisée qu'avant 2003.

La réponse est différente pour l'outre-mer et pour la métropole. Pour l'outre-mer, la réponse est celle d'une plus grande diversité de statuts, d'une large liberté de choix dans la diversité, mais aussi d'une organisation recentrée dans le cadre de la République.

Pour la France métropolitaine — et aussi sur plusieurs points pour l'outre-mer —, l'impression donnée est celle d'une dialectique institutionnelle visant à revenir sur certaines jurisprudences du conseil constitutionnel considérées comme un frein à la diversité, cependant que sont

2. V. not. *La République décentralisée*, sous la direction de Y. Gaudemet et O. Gohin, éd. Panthéon-Assas, 2004.

plus contournées que surpassées les — irréductibles ? — contradictions de la décentralisation à la française : collectivité « chef de file », mais maintien du principe — si peu conforme à la nature des choses — de l'égalité en droit des collectivités locales et de l'absence de tutelle entre elles ; « expérimentation législative », mais limitée dans le temps même si elle est concluante ; « pouvoir réglementaire » des autorités locales, dont on peine à comprendre ce qu'il ajoute à la situation existante ; large ouverture du référendum local à la merci d'entreprises qui pourraient s'avérer de pur lobbying, etc.

Il n'est d'ailleurs pas évident que l'exigence politique de la décentralisation — qui par ailleurs coûte cher en compétences et en argent — soit encore celle qui parcourait l'Europe des années 60 et 70. La géographie de nos pays a été redessinée, la démographie profondément transformée, l'autonomie aujourd'hui revendiquée est davantage culturelle, voire linguistique.

Mais ce qui est certain — les exemples étrangers là encore le montrent —, c'est qu'il ne peut y avoir de réforme institutionnelle de décentralisation véritable tant que restent fermés les deux dossiers du remodelage des circonscriptions décentralisées et de la fiscalité locale. Or la réforme de 2003 — comme les précédentes — contourne la question de la fiscalité locale.

Plus grave encore, la France de l'égalité des droits continue à vouloir la même dignité de « collectivité locale » pour la moindre paroisse dépeuplée héritée de l'Ancien Régime et pour la première région économique d'Europe qu'est la Région Ile-de-France ; l'extraordinaire entrelacs de l'intercommunalité davantage qu'un remède, est la manifestation au quotidien de ce qu'une réforme des structures — déjà envisagée par la Constitution de 1946 — demeure le préalable nécessaire d'une vraie décentralisation.

La révision constitutionnelle de 2003 est riche sur le plan institutionnel. Elle n'a peut-être pas le souffle des grandes réformes. La remise en chantier de ces questions, en 2009, dans le cadre d'une nouvelle commission de réflexion, le manifeste d'évidence.

§ 2. Vers de nouvelles réformes ?

De nouvelles réformes, présentées comme d'abord de simplification, sont à l'ordre du jour qui s'inspirent des travaux et conclusions du comité présidé par E. Balladur et institué à cet effet.

Deux projets de loi principalement sont prévus qui devraient être adoptés pour l'été 2010, l'un concernant le mode de scrutin pour les élections locales, l'autre sur l'architecture des collectivités territoriales ;

à ce second titre, il est prévu notamment la création de conseillers territoriaux substitués aux conseillers généraux et régionaux et la désignation des délégués dans les intercommunalités au suffrage universel direct. Parallèlement est annoncé, pour fin 2013, l'achèvement de la couverture du pays par les intercommunalités, la faculté de regroupements régionaux ou départementaux et la possibilité de créer des métropoles sur la base de volontariat.

Chapitre 2

Description des principales collectivités territoriales

La réforme de 1982 a fait de la région une collectivité territoriale, ce que confirme la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 en l'érigant au niveau constitutionnel (v. *supra*). Mais, outre que cette transformation n'a été acquise qu'en 1986, les spécificités de la région et les hésitations du droit en la matière durant de nombreuses années justifient qu'il en soit fait une étude particulière.

En revanche la réforme de 1982 a encore accentué le parallélisme déjà naturel par le passé des institutions départementales et de celles de la commune : département et commune seront donc examinés au sein d'une même section, le cas de Paris et de la région parisienne étant cependant à mettre part. Enfin un dernier point est consacré aux structures de regroupement des collectivités locales, départements et surtout communes.

Section 1

La région

§ 1. Le débat du régionalisme

Depuis la Révolution française, les cadres territoriaux de l'administration décentralisée ont été, en France, les départements et les communes. Ce sont les seules divisions administratives qui constituaient des « collectivités territoriales », c'est-à-dire des circonscriptions territoriales dotées de la personnalité morale.

Sans doute, depuis longtemps existaient, à un niveau territorial plus vaste que le département, des régions administratives, mais ces régions n'avaient pas de personnalité juridique — ou du moins n'en avaient pas jusqu'à 1972 — et servaient seulement de cadre aux services extérieurs des diverses administrations spécialisées (régions militaires, sanitaires, postales, académiques, etc.). Du reste, ces circonscriptions régionales des services publics ne coïncidaient pas entre elles mais variaient en nombre et configuration d'une administration à une autre.

Cependant, depuis déjà longtemps également, un courant d'opinion réclamait l'institution d'un véritable régionalisme administratif avec la création de régions érigées en collectivités territoriales et susceptibles de servir de cadre à une administration générale.

Le mouvement régionaliste est un mouvement déjà ancien, qui a réuni jadis les noms d'écrivains, historiens, hommes politiques autant que de juristes et de théoriciens de l'administration et qui, du reste, invoquent, en faveur de la région, des considérations très diverses : politiques, culturelles, traditionalistes autant que de pure technique administrative. Un des arguments favoris réside dans la critique des départements, que l'on accuse d'être trop exigus et de ne pas correspondre à des réalités économiques et naturelles. Mais, au-delà de cette « querelle autour du département », il est de plus en plus apparu qu'une organisation régionale serait utile, à la fois pour servir de cadre à l'*administration économique*, de plus en plus développée et manifestement trop à l'étroit dans le cadre départemental, et aussi pour avoir, dans la perspective d'une politique de *décentralisation*, une taille et un poids suffisants en face de tendances centralisatrices de plus en plus critiquées.

Cependant, ces dernières idées, qui ont gagné beaucoup de terrain après la Seconde Guerre mondiale, n'ont pas éteint les controverses sur la conception du régionalisme. Les controverses ont d'abord porté sur le problème du maintien ou de la disparition des départements. Mais on peut dire que cette première discussion a beaucoup perdu de sa virulence car l'utilité du cadre départemental, dans lequel l'administration française s'est habituée à vivre depuis un siècle et demi, a fini par être généralement reconnue, de sorte que le courant régionaliste est pratiquement en faveur de la superposition et non de la substitution de la région au département, solution que consacre finalement la loi de 1982, et qui n'est pas vraiment remise en cause par des projet récents.

Mais les controverses portaient aussi sur la conception du régionalisme. Faut-il faire des régions de véritables collectivités territoriales ? Faut-il cantonner leurs attributions dans le domaine économique ou leur donner des compétences très générales ? Faut-il doter les régions d'une autorité et de moyens très développés ? Faut-il réaliser d'un seul coup cette promotion régionale ou procéder de manière prudente, progressive, empirique, avancer par étapes en commençant par un stade expérimental ?

Sur tous ces points s'opposaient les partisans d'un régionalisme audacieux et ceux qui penchaient pour la prudence et se méfiaient des risques de déviation vers un régionalisme politique.

C'est dans ces conditions que, depuis la Seconde Guerre mondiale, des réformes ont été introduites en trois temps, en 1964 puis en 1972, enfin par la loi du 2 mars 1982. Dans l'intervalle, un projet avait été soumis au référendum national en 1969 et écarté, cette consultation s'avérant négative.

§ 2. La réforme de 1964

Dès 1955, avaient été créées vingt-deux « régions de programme » (appelées par la suite « circonscriptions d'action régionale ») afin de servir de cadres à l'application de plans économiques régionaux. Mais c'est seulement un décret du 14 mars 1964 qui a institué dans ces circonscriptions une administration régionale.

Dans chaque circonscription d'action régionale, le décret de 1964 institue un préfet de région (qui cumule ces fonctions avec celles de préfet de l'un des départements groupés), assisté de deux organes consultatifs, à savoir la conférence administrative régionale, composée, sous la présidence du préfet de région, des préfets des départements groupés et du trésorier payeur général de la région, et la commission de développement économique régional (CODER), composée de représentants des collectivités locales et des intérêts économiques et professionnels régionaux.

Selon le décret de 1964, ces circonscriptions d'action régionale n'avaient pas la personnalité morale ; il y était seulement opéré une déconcentration, qui fut progressivement développée par la suite, entre les mains du préfet de région, mais aucune décentralisation proprement dite.

Quant à l'objet de l'administration régionale ainsi déconcentrée, il était essentiellement économique, lié à l'aménagement du territoire et à la planification économique, et principalement axé sur cette dernière : les circonscriptions d'action régionale étaient en effet destinées à servir de cadre à la planification régionale, c'est-à-dire à la préparation et à l'exécution des « tranches régionales » du plan national.

§ 3. Le projet de 1969

En 1969, une tentative de réforme régionale assez profonde fut soumise au référendum. La réforme régionale y était associée à d'autres

modifications, de nature constitutionnelle et touchant principalement au Sénat.

Ce projet dotait les régions de la personnalité morale et les érigeait en collectivités territoriales.

D'autre part, et en tant que structures d'administration déconcentrées, le projet élargissait les fonctions des régions, sans en faire toutefois des cadres d'administration générale ; elles devaient « contribuer au développement économique, social et culturel ainsi qu'à l'aménagement de la partie correspondante du territoire national » et recueillaient, en matière d'équipements collectifs, toute une série de compétences exercées jusque-là par l'État dans des secteurs énumérés.

À côté du préfet de région, une assemblée délibérante était instituée, le conseil régional, composé de trois catégories de membres : les députés élus dans la région, des conseillers régionaux « territoriaux », élus par les conseils municipaux et généraux, enfin des conseillers régionaux socioprofessionnels désignés par les organisations professionnelles et syndicales, les associations et institutions éducatives, sociales ou culturelles, etc.

L'échec du référendum le 27 avril 1969 — qui entraîna par ailleurs le départ du Président de Gaulle — ne permit pas à ce projet d'aboutir.

§ 4. La réforme de 1972

La loi du 5 juillet 1972, « portant création et organisation des régions », introduit de notables changements au régime résultant du décret de 1964, encore que cette nouvelle réforme soit restée de portée limitée.

Les régions, qui correspondent sous cette nouvelle appellation aux vingt-deux circonscriptions d'action régionale, sont désormais dotées de la personnalité morale avec la qualification d'établissements publics et non de collectivités territoriales.

La loi laisse subsister comme organes régionaux le préfet de région qui demeure le préfet de l'un des départements groupés, et la conférence administrative régionale qui demeure un conseil simplement consultatif ; mais la CODER cède la place à un conseil régional, compétent pour régler par ses délibérations les affaires de l'établissement public régional.

Ce conseil est composé : 1° des députés et sénateurs de la région ; 2° de représentants des collectivités locales élus par les conseils généraux constituant au moins 50 % de l'effectif total du conseil ; 3° de représentants des agglomérations désignés en leur sein par les conseils municipaux et les conseils des communautés urbaines. Enfin, la loi institue un comité économique et social, organe consultatif composé de représentants des activités à caractère économique, social, professionnel, culturel, etc.

En ce qui concerne les attributions de l'administration régionale, il convient de distinguer la région comme cadre de l'administration d'État et comme établissement public ayant une personnalité juridique distincte de l'État et siège d'une administration proprement régionale.

1° La région demeure le cadre d'administration d'État qu'elle était déjà. Sur ce point le préfet de région reste l'autorité régionale, le conseil régional ne faisant que l'assister à titre consultatif de même que la conférence administrative régionale et le comité économique et social. Par ailleurs, cette administration d'État continue de porter essentiellement sur l'économie et plus particulièrement sur la planification économique régionale. Des mesures successives ont accru les pouvoirs du préfet de région, en ce qui concerne l'exécution de la planification régionale, c'est-à-dire la réalisation des investissements ; en particulier, le décret du 13 novembre 1970 a permis à l'autorité régionale de recevoir des dotations financières globales, lui donne une plus grande liberté de répartition des crédits et interdit au pouvoir central de paralyser l'efficacité de la déconcentration en « évoquant » lui-même des affaires pour lesquelles le préfet de région a reçu des délégations de compétences (décret « antiremontée »).

2° Quant à l'établissement public régional, organe de décentralisation, il n'exerce qu'un rôle assez limité.

Devenue personne morale, la région a désormais en tant que telle des attributions, des ressources, un budget, etc. Et, dans ce domaine, le conseil régional est assemblée délibérante, le préfet de région « concourant » de son côté à l'administration de la région comme organe d'instruction et d'exécution des délibérations du conseil régional.

Mais les attributions régionales sont limitées. La région n'a, d'office et comme attributions propres, que des attributions d'études, propositions et participation volontaire au financement d'équipements collectifs. Hors de là, elle peut réaliser des équipements collectifs d'intérêt régional, mais seulement avec l'accord et pour le compte de collectivités locales ou de l'État et exercer des attributions confiées à elle par l'État ou par des collectivités locales (à l'exception, pour ces dernières, de « tâches de gestion »).

Quant aux ressources régionales, elles ne peuvent excéder un certain « plafond ».

§ 5. La réforme de 1982-2003

A La région, collectivité territoriale

Reprenant sur ce point la solution du projet de 1969, la loi du 2 mars 1982 fait de la région une collectivité territoriale aux côtés du département et de la commune ; cette transformation est cependant différée « jusqu'à la première réunion des conseils régionaux élus au suffrage universel dans des conditions qui seront établies par une loi ultérieure » (mars 1986). Il n'en va autrement que pour la région de Corse, qui fait alors l'objet d'une loi particulière également datée du 2 mars 1982 et depuis remplacée par la loi du 13 mai 1991 ; la collectivité territoriale remplace l'établissement public régional dans les 6 mois de la loi de 1982.

L'érection de la région en collectivité territoriale est reprise, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, par la Constitution elle-même ; la région est désormais citée parmi les collectivités territoriales de la République par l'article 72 de la Constitution, dans sa nouvelle rédaction.

1. Les organes

Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région. Il est élu au suffrage universel direct dans des conditions fixées par une loi du 10 juillet 1985. Le mode de scrutin retenu est la représentation proportionnelle sur listes bloquées et avec répartition des restes à la plus forte moyenne. Le conseil régional se réunit au moins une fois par trimestre. Il vote le budget de la région. Hors la compétence budgétaire, il peut déléguer une partie de ses compétences à son bureau.

Le président, les vice-présidents et éventuellement les autres membres du bureau du conseil régional sont élus par ce conseil. Le président est l'organe exécutif de la région. Il prépare et exécute les délibérations du conseil régional. Il est l'ordonnateur des dépenses de la région et le chef hiérarchique des services dont cette collectivité se dote.

2. Les contrôles

Les délibérations, arrêtés et actes des autorités régionales, ainsi que les conventions qu'elles passent sont exécutoires de plein droit dès leur transmission au préfet de région. Celui-ci peut saisir le tribunal administratif des actes qu'il estime contraires à la légalité en assortissant, le cas échéant, son recours d'une demande de sursis.

Le contrôle financier est assuré par la chambre régionale des comptes qui juge les comptes du comptable de la région et contrôle les actes

budgétaires de la région, conjointement avec le représentant de l'État, dans les mêmes conditions que les actes budgétaires du département.

B L'élargissement des compétences de la région

Les régions, et dès auparavant les établissements publics régionaux issus de la loi de 1972, ont pour mission, dans le respect des attributions des départements et des communes et, le cas échéant, en collaboration avec ces collectivités et avec l'État, de contribuer au développement économique, social et culturel de la région. Certaines facultés d'intervention dans le domaine économique leur sont reconnues.

Surtout la loi du 2 mars 1982 transfère l'exécutif régional de l'ancien préfet de région au président du conseil régional, et permet à celui-ci de se doter de services propres.

Le comité économique et social est conservé comme une instance consultative auprès des autorités régionales, ses compétences d'avis étant sensiblement accrues.

C La région : circonscription déconcentrée de l'administration d'État

Enfin la région reste une circonscription déconcentrée, dans laquelle sont organisés et coordonnés les services extérieurs de l'État. Le préfet de région représente chacun des ministres dans la région et dirige les services régionaux de l'État.

Section 2

Le département et la commune

La commune et le département ne sont plus les seules collectivités territoriales décentralisées (avec les collectivités d'outre-mer) ; la région est désormais également à ranger dans cette catégorie (v. *supra* sect. 1). Mais la décentralisation de ces collectivités de base, département et commune, présente en droit français un caractère traditionnel. En outre la réforme de 1982 organise sur un même modèle l'administration et le contrôle de ces deux collectivités, modèle qui a été repris pour l'administration et le contrôle de la région.

§ 1. Caractères généraux

A Caractères juridiques

1. La personnalité morale

Étant des collectivités décentralisées, départements et communes sont constitués en personnes morales distinctes de l'État.

Il en a pratiquement toujours été ainsi pour la commune, mais non pour le département. Longtemps celui-ci a été considéré comme une simple circonscription territoriale. Ce n'est guère qu'avec la loi du 10 mai 1838 que sa personnalité juridique est devenue incontestée.

La personnalité morale se traduit, pour ces collectivités, par les traits juridiques que l'on connaît : départements et communes ont un patrimoine propre, des agents, un budget alimenté à la fois par des impôts différents de ceux de l'État, des emprunts qu'ils peuvent contracter (puisqu'ils sont sujets de droits et d'obligations), des revenus qu'ils tirent de l'exploitation de leurs domaines respectifs ; ils peuvent plaider en justice par l'intermédiaire de leur instance exécutive, président du conseil général ou maire selon les cas.

2. Spécialité locale ou compétence générale

En principe les collectivités locales ne sont pas maîtresses de leur spécialité ; celle-ci leur est donnée et délimitée par la loi, en l'espèce par les deux lois fondamentales d'organisation du département (L. 10 août 1871) et de la commune (L. 5 avril 1884), et aujourd'hui les lois du 2 mars 1982, du 7 janvier 1983 et les autres lois de transfert de compétences ; ces textes sont repris au Code général des collectivités territoriales. Toutefois c'est la Constitution elle-même qui pose le principe de libre administration des collectivités territoriales (art. 72).

Il y a ainsi : 1^o des services publics locaux par détermination de la loi, qui d'ailleurs, de ce fait, non seulement rentrent dans la compétence de ces collectivités, mais sont généralement obligatoires pour elles ; 2^o un domaine de service public correspondant à la notion d'affaires locales et dont la création est laissée à l'initiative de la collectivité. Mais dans l'exercice de cette initiative les collectivités locales sont naturellement liées par la définition même de la notion d'affaires d'intérêt local et par le principe général de liberté du commerce et de l'industrie, compris comme protecteur de l'initiative privée.

Interventions dans le domaine économique et social. — C'est ici que l'on rencontre l'importante question des interventions des collectivités locales dans le domaine économique.

Depuis le début du siècle, le phénomène général du développement de l'interventionnisme public en matière économique s'est manifesté sur le plan local (où il a parfois été désigné, pour les communes, du nom de « socialisme municipal ») par un certain engouement des autorités locales pour créer des entreprises économiques, ou encore pour intervenir dans la vie économique locale par d'autres procédés, tels que des subventions.

Le conseil d'État a d'abord estimé qu'en principe ces interventions étaient illégales parce que violant la règle de la liberté du commerce et de l'industrie et faussant le jeu de la libre concurrence. Mais de nombreuses dérogations et assouplissements ont été progressivement apportés à cette interdiction, dans le droit fil de décrets datant de 1926 et consacrant un large interventionnisme municipal.

D'abord il a toujours été admis que des entreprises locales de caractère économique peuvent être créées lorsqu'elles doivent occuper le domaine public (création de services publics de tramways, eau, gaz, électricité) ou lorsqu'elles poursuivent un but de police, par exemple police de l'hygiène.

D'autre part, le conseil d'État a progressivement assoupli sa jurisprudence en levant l'interdiction « lorsqu'en raison des circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie l'intervention »¹.

Cette formule très souple fut d'abord utilisée dans l'hypothèse où, dans la localité, il y a défaillance ou insuffisance de l'initiative privée ; l'intervention est alors légitime puisqu'il n'y a pas de concurrence à préserver. Il en va de même lorsque l'intervention locale vise à orienter dans une certaine mesure les activités privées². Cette jurisprudence s'est encore progressivement assouplie par la suite, en faveur des interventions locales.

Plus récemment le législateur à son tour a élargi les possibilités d'intervention des départements et des communes dans le domaine économique et social et de façon particulièrement nette dans la loi du 2 mars 1982 qui permet à la fois des interventions économiques ou sociales, des aides directes (primes, bonifications d'intérêts, prêts et avances) et indirectes (garanties d'emprunt, ventes ou locations de bâtiments industriels).

Principe de subsidiarité. — La révision constitutionnelle de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a introduit à l'article 72 de la Constitution — sans en employer le mot — un principe de subsidiarité qui voudrait faire de la compétence des collectivités locales à l'échelon local

1. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, S., 1931.3.73, concl. Josse.

2. CE, 24 novembre 1933, *Zenard*, S., 1934.3.105.

le principe et de l'intervention de l'État l'exception, justifiée seulement par plus d'efficacité dans la prise de décision correspondante :

« Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Reste à voir quelles pourront être les conséquences positives de ce principe et s'il peut vraiment constituer un standard de constitutionnalité de la loi.

B Données sociologiques

Si le département et la commune présentent des traits juridiques communs, leurs caractères naturels et sociologiques sont assez nettement différents.

La collectivité communale correspond à une réalité sociologique très caractérisée et universelle ; elle n'est pas une création plus ou moins artificielle, une invention administrative, mais une des premières associations qui se constituent dès que les hommes se sédentarisent ; on peut la suivre en France depuis le municipe gaulois. En conséquence, elle est le siège d'une vie locale traduite par un sentiment de solidarité toujours intense, parfois jaloux.

Il faut ajouter qu'elle a longtemps présenté un aspect qui la différenciait des autres groupements locaux et qui n'est pas étranger à certains traits encore actuels de son régime : elle peut apparaître d'une certaine façon comme un syndicat privé d'habitants et presque une personne morale de droit privé plutôt que comme un groupement proprement administratif.

Le département français a des racines moins profondes, une solidarité intérieure moins évidente et qui a même été parfois discutée ; sa personnalité morale et même son existence sont apparues tardivement. Bref, il correspond à une réalité sociologique moins intense. Toutefois l'institution paraît aujourd'hui établie dans le paysage administratif français ; c'est peut-être ce qui explique que la réforme de 1982 en accentue considérablement le caractère décentralisé.

§ 2. Les autorités administratives

Les collectivités départementales et communales sont administrées par des assemblées élues et par une autorité administrative individuelle qui, aujourd'hui, procède également de l'élection dans tous les cas. Il existe d'autre part, essentiellement dans le cadre départemental, des représentants locaux du pouvoir central dont les activités sont placées sous l'autorité d'un délégué du gouvernement.

A Les assemblées

Les assemblées locales sont le conseil général dans le département, le conseil municipal dans la commune. Les anciens conseils d'arrondissement n'existent plus à l'heure actuelle.

1. Composition

Les assemblées locales sont élues au suffrage universel local. Le régime électoral général est fixé par le Code électoral selon des principes communs aux élections des députés, des conseillers généraux et des conseillers municipaux.

a) Mode de scrutin

Les *conseillers généraux* sont élus au scrutin uninominal majoritaire à deux tours, à raison d'un conseiller par canton.

Les *conseillers municipaux* étaient, jusqu'à la dernière guerre, élus au scrutin de liste majoritaire. En 1947, la représentation proportionnelle fut introduite dans les communes de 9 000 habitants au moins, puis limitée, en 1959, aux communes de plus de 120 000 habitants. Le régime a été ensuite modifié par une loi du 27 juin 1964 qui a éliminé la représentation proportionnelle et généralisé le scrutin de liste majoritaire.

Enfin la loi du 19 novembre 1982 réforme le régime électoral des conseils municipaux en distinguant entre les communes de moins de 3 500 habitants et les communes de 3 500 habitants ou plus.

1° *Dans les communes de moins de 3 500 habitants*, les conseillers municipaux sont élus au scrutin majoritaire, selon le système généralement applicable dans l'état antérieur du droit.

2° *Dans les communes de 3 500 habitants ou plus* en revanche, le système électoral est entièrement modifié. Le système nouveau combine le scrutin majoritaire ancien avec un système de représentation proportionnelle ; il retient un scrutin de liste à deux tours, avec dépôt de listes complètes, sans adjonction ni suppression ni modification de l'ordre des noms. Mais la composition des listes et l'ordre de présentation peuvent être modifiées pour le second tour ; le second tour est ouvert aux listes ayant obtenu au premier tour au moins 10 % des suffrages exprimés ; les candidats figurant sur des listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés peuvent être repris sur une autre liste qui remplit les conditions pour être présente au second tour.

La liste qui a obtenu la majorité absolue au premier tour ou la majorité au second tour obtient la moitié du nombre des sièges à pourvoir ; l'autre moitié est répartie entre toutes les listes (ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés) à la représentation proportionnelle suivant le système de la plus forte moyenne.

b) Durée des mandats

Les conseillers municipaux sont élus pour six ans.

Les conseillers généraux également, avec traditionnellement un renouvellement par moitié des conseillers généraux tous les trois ans. Cependant une loi du 11 décembre 1990 avait abandonné ce dernier système pour lui substituer, au bénéfice de mesures transitoires qui devaient s'appliquer jusqu'en 1998, un système de renouvellement intégral tous les six ans ; entretemps, la loi du 18 janvier 1994 a abrogé la loi du 11 décembre 1990 et revient au système traditionnel du renouvellement triennal par moitié des conseils généraux.

c) Éligibilité

Pour toutes les assemblées locales, il faut, pour être éligible : a) être électeur ; b) être âgé de 18 ans au moins ; c) être domicilié dans la circonscription locale ou y être inscrit au rôle des contributions directes, le nombre des non-domiciliés ne pouvant dépasser le quart des membres du conseil. Il existe, en outre, diverses inéligibilités absolues ou relatives et incompatibilités.

d) Nombre des conseillers

Il est variable suivant les circonscriptions : pour les conseils généraux, il est lié au nombre de cantons (un conseiller par canton). Pour les conseils municipaux, il varie entre un minimum de 9 et un maximum de 69, suivant le nombre d'habitants de la commune (le conseil de Paris compte 163 membres, celui de Marseille, 101 et celui de Lyon, 73).

e) Gratuité

Les fonctions de membres des assemblées locales étaient traditionnellement gratuites, sous la réserve de diverses indemnités représentatives de frais.

Mais une loi du 6 février 1992 est venue doter les élus locaux d'un véritable statut, comportant notamment une rémunération des fonctions un peu sur le modèle de l'indemnité parlementaire (v. *infra* B).

f) Contentieux

Le contentieux électoral des assemblées locales relève des tribunaux administratifs avec appel au conseil d'État. Primitivement pour les conseils généraux avait fonctionné le système de la vérification des pouvoirs.

2. Fonctionnement

a) Sessions

- Les *conseils généraux* tiennent au moins une session ordinaire par trimestre, au lieu de deux sessions annuelles par le passé. Ils peuvent être convoqués en session extraordinaire.

- En ce qui concerne les *conseils municipaux*, la loi du 31 décembre 1970 a abandonné la formule des sessions qui était pratiquée jusque-là

(quatre sessions par an) ; désormais le conseil municipal se réunit au moins une fois par trimestre et peut être réuni en outre chaque fois que le maire le juge utile ou que le préfet ou la moitié des conseillers le demandent. Ce système est conservé par la loi de 1982.

b) Organisation des travaux

Les assemblées locales organisent leur règlement intérieur, leur travail, la discipline des séances. Leurs séances sont publiques. Elles élisent leur président (qui est le maire pour le conseil municipal).

Dans le département, le conseil général élit une commission permanente composée du président, de vice-présidents et d'un ou plusieurs autres membres. Le conseil général peut déléguer l'exercice de certaines de ses attributions à la commission. C'est la loi du 6 février 1992 qui a remplacé le bureau du conseil général par une commission permanente.

Le préfet est entendu par le conseil général soit à la demande du premier ministre soit par accord du président du conseil général.

3. Attributions

L'attribution générale et essentielle des assemblées locales et la gestion des affaires locales. C'est par cette compétence générale des assemblées locales élues que se réalise pleinement la décentralisation.

Dans ce domaine l'une des attributions capitales des assemblées locales est le vote du budget local. Le budget local comprend un budget primitif et un budget supplémentaire (rectification, en cours d'exercice du budget primitif). Le budget se divise en sections de fonctionnement et d'investissement.

Les assemblées locales exercent ces attributions au moyen de délibérations exécutoires, ou encore d'*avis* et de *vœux*.

B Les autorités administratives individuelles

Les exécutifs départemental et communal sont traditionnellement constitués par des autorités administratives individuelles, selon un schéma qui trouve son origine dans l'histoire de l'administration française.

D'autre part, l'État est représenté auprès de ces collectivités locales et dans le cadre du département par un « délégué du gouvernement » (art. 72 originel de la Constitution), le préfet, désormais (loi du 28 mars 2003) maladroitement dénommé « le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du gouvernement »³.

La loi de 1982 confie l'exécutif départemental à une autorité élue, le président du conseil général, alors que jusqu'alors le préfet cumulait

3. V. pour cette critique, Y. Gaudemet, « Le représentant de l'État », in *La République décentralisée*, sous la direction de Y. Gaudemet et O. Gohin, p. 87.

les fonctions d'agent de l'État dans le département et d'exécutif départemental, selon un schéma de dédoublement fonctionnel. Désormais l'exécutif départemental est donc une instance élue comme l'est depuis longtemps l'exécutif communal.

1. Le maire et le président du conseil général

a) *Le maire*

Le maire est d'abord une autorité locale décentralisée ; il est le représentant de la commune. Mais il exerce aussi certaines attributions au nom de l'État, cette fois-ci en tant qu'agent déconcentré dans la circonscription communale.

Recrutement. — L'histoire administrative française a connu les deux systèmes de la *nomination* des maires par le pouvoir central et de l'*élection*. Le premier a été celui des périodes impériales et monarchiques, ces dernières le tempérant par l'obligation de choisir dans le sein du conseil municipal. Le régime de Vichy avait établi dans les communes de plus de 2 000 habitants la nomination des maires par le ministre ou par le préfet (suivant l'importance de la commune), sans obligation de choix dans le conseil municipal.

La tradition républicaine, consacrée par la loi municipale de 1884, rétablie depuis 1944, est celle de l'élection.

Le maire est élu par le conseil municipal parmi ses propres membres ; la majorité absolue est requise pour les deux premiers tours de scrutin. La durée de ses pouvoirs est la même que celle du conseil municipal. La seule condition spéciale d'éligibilité est de faire partie du conseil municipal. Le contentieux de l'élection revient au tribunal administratif.

Le maire est assisté d'un ou de plusieurs *adjoints* élus dans les mêmes conditions.

Abandon de la gratuité des fonctions. — La loi de 1884 (art. 74) posait le principe de la *gratuité*, sauf remboursement des frais de mission (applicable également aux conseillers municipaux) et faculté de recevoir des frais de représentation votés par le conseil municipal.

Le régime de Vichy avait ajouté une *indemnité de fonctions*, c'est-à-dire une véritable rémunération dérogeant au principe de gratuité, à fixer par le préfet (L., 29 mai 1942).

À la Libération, on est revenu au système selon lequel les conseils municipaux peuvent allouer aux maires et adjoints des indemnités de fonctions dans les limites de maxima légaux.

Enfin la loi récente du 6 février 1992 consacre le principe d'indemnités de fonction des titulaires de mandats locaux et notamment des maires (art. 15 et s. de la loi).

Attributions. — 1° Comme *agent de l'État*, le maire exerce d'abord des attributions d'ordre administratif : il publie et exécute les lois, règlements, mesures de police générale ordonnés par le gouvernement, participe à l'exécution de certains services d'État : listes électorales, enquêtes diverses, recensements.

D'autre part, il exerce, toujours comme agent de l'État, d'importantes attributions de caractère judiciaire, pour lesquelles il est placé sous la surveillance du procureur de la République. Il est, à ce titre : a) officier de police judiciaire (recherche et dénonciation des infractions) ; b) ministère public devant les tribunaux de simple police à défaut de commissaire de police ; c) officier de l'état civil (réception, conservation et communication des actes de naissance, mariages, décès).

2° En qualité d'*agent de la commune*, le maire a d'abord un rôle de collaboration avec le conseil municipal : il est organe d'initiative des délibérations du conseil municipal (notamment, il prépare le budget communal) ; il est aussi leur organe d'exécution (recouvrement des recettes, réalisation des dépenses, passation des marchés, etc.) ; enfin, il participe à ces délibérations et, plus encore, les dirige, car il est président du conseil municipal.

Le maire a encore, comme agent de la commune, des pouvoirs propres de décision qu'il exerce en dehors du conseil municipal : il est le chef hiérarchique des agents communaux ; il gère le domaine communal. Enfin et surtout il exerce la police municipale au moyen d'arrêtés réglementaires ou de mesures individuelles.

b) Le président du conseil général

Depuis la loi du 2 mars 1982 le président du conseil général est l'organe exécutif du département.

Cette fonction était auparavant traditionnellement exercée par le préfet, autorité nommée et parallèlement chargée de représenter l'État dans le département. Dès le vote de la loi de 1871 la question d'un exécutif départemental élu avait été posée. Le projet de Constitution du 19 avril 1946 et surtout la Constitution elle-même du 27 octobre 1946 se prononçaient formellement en ce sens. Pourtant aucun des projets de loi déposés par la suite (notamment projet Ramadier en 1947) n'aboutit, de telle sorte que la disposition constitutionnelle était restée lettre morte. La Constitution du 4 octobre 1958, si elle prévoit la libre administration des collectivités locales « par des conseils élus », laisse la question ouverte, prévoyant simplement la présence d'un « délégué du gouvernement » dans le cadre départemental mais sans en faire nécessairement l'exécutif départemental.

Élection. — Le président du conseil général est élu à la majorité absolue des membres du conseil ; au troisième tour de scrutin, la majorité

simple suffit. Les membres du bureau qui assiste le président sont élus dans les mêmes conditions.

Attributions. — À la différence du maire, le président du conseil général est exclusivement une autorité décentralisée : il est l'organe exécutif du département. L'exercice des compétences de l'État dans le département est assuré par le préfet nommé par le gouvernement.

Le président du conseil général prépare et exécute les délibérations du conseil général dont il préside les séances. Il est ordonnateur des dépenses du département et prescrit l'exécution des recettes départementales. Il est le chef des services du département. À ce titre les services de la préfecture nécessaires à l'exercice de ses attributions sont placés sous son autorité. Il peut en outre disposer en tant que de besoin des services extérieurs de l'État dans le département. La loi du 2 mars 1982 a essayé de prévenir les difficultés pratiques fort vraisemblables qui résultent de la répartition des services et des moyens autrefois regroupés sous l'autorité du préfet, entre le président du conseil général et le représentant de l'État dans le département.

Le président du conseil général peut déléguer l'exercice d'une partie de ses fonctions aux vice-présidents ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, à d'autres conseillers généraux. Ces délégations peuvent être librement rapportées.

2. Le représentant de l'État dans le département : le préfet

a) Situation

Le préfet est et a toujours été le type de l'agent centralisé. Soumis à un recrutement largement discrétionnaire, nommé et révoqué par décret du président de la République en conseil des ministres, déplacé *ad nutum*, il se trouve vis-à-vis du pouvoir central dans un état d'étroite dépendance.

Le statut du corps préfectoral résulte d'un décret initialement du 29 juillet 1964 qui, tout en donnant aux préfets certaines garanties statutaires, consacre leur situation d'étroite dépendance ; en particulier ils sont soumis à des obligations spéciales, ne peuvent se grouper en syndicats mais seulement en associations. Mais l'institution est elle-même fondée dans la Constitution (art. 72), qui prévoit la présence dans les départements et les territoires d'outre-mer d'un « représentant de l'État » ayant « la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».

Pour exercer ses fonctions, le préfet est entouré d'un personnel qui constitue l'administration départementale et dont l'organisation comprend un secrétaire général de préfecture, un chef de cabinet et éventuellement d'un directeur de cabinet. Le secrétaire général de la préfecture possède des pouvoirs de décision soit par suppléance du préfet, soit par délégation

de signature de celui-ci ; mais cette dernière attribution ne peut résulter que d'un arrêté préfectoral formel, non d'une délégation verbale ou tacite.

b) Attributions

Le préfet dispose, à l'égard des services de l'État fonctionnant dans le département, d'attributions considérables.

Si, en effet, la situation du préfet en fait un personnage très dépendant, son rôle en fait un personnage puissant ; en un mot, il y a à la fois forte centralisation et forte déconcentration. Cette déconcentration est double.

- Déconcentration par l'étendue des attributions. — Les attributions du préfet dans le département sont multiples :

Attributions *politiques*. — Le préfet joue un rôle d'information et d'action politique pour le gouvernement.

Attributions de *police judiciaire*. — Prévue à l'origine par le célèbre article 10 du Code d'instruction criminelle, les attributions de police judiciaire des préfets (participation à la poursuite des infractions pénales par des mesures de perquisitions, saisies, arrestations) ont toujours donné lieu à de vives discussions. Elles s'exerçaient sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La réforme de la procédure pénale (loi du 4 janvier 1993, art. 148) a supprimé ces pouvoirs de police judiciaire des préfets.

Attributions *administratives*. — Ce sont naturellement les plus développées. Le préfet surveille l'exécution des lois et l'application des décisions du gouvernement. Il exerce une action générale dans l'ensemble des interventions de l'État et des services publics d'État : police dans le département, contrôle des collectivités décentralisées, multiples compétences particulières, telles que l'intervention dans la procédure de conflits, dans l'expropriation, l'occupation temporaire en matière de travaux publics, etc. Naturellement l'extension des interventions de l'État a encore gonflé la compétence de ces agents.

Un décret du 14 mars 1964 avait renforcé l'autorité du préfet sur les chefs départementaux des services extérieurs des diverses administrations d'État : pour l'ensemble des administrations, avec quelques exceptions (armée, universités, justice, ainsi que certaines matières), les compétences de décision appartiennent, dans le département, au préfet qui peut seulement les « redistribuer » aux chefs des services extérieurs au moyen de délégations.

L'article 34 de la loi du 2 mars 1982 a confirmé cette solution et dispose : « le représentant de l'État dans le département représente chacun des ministres et dirige les services de l'État dans le département sous réserve des exceptions limitativement énumérées par un décret en conseil d'État ». Puis des décrets du 10 mai 1982 relatifs aux pouvoirs des préfets ont encore repris ces solutions et en ont précisé les modalités (v. aussi

la loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République et le décret du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration).

• Déconcentration par le renforcement des pouvoirs. — Dans l'exercice de ses attributions le préfet possède un pouvoir d'action dont l'accroissement progressif a constitué le second aspect de la déconcentration. Son action peut revêtir en effet deux formes : ou bien il prend lui-même la décision, ou bien il ne fait que la proposer au ministre. À l'origine, cette seconde forme d'intervention était presque exclusive ; l'évolution a consisté à allonger de plus en plus la liste des attributions pour lesquelles le préfet possède un pouvoir de décision propre. C'est actuellement le cas le plus général.

§ 3. Les contrôles

Le pouvoir central exerce un contrôle sur les autorités locales. Celui-ci est évidemment différent, par sa nature et par son étendue, selon qu'il porte sur des agents déconcentrés de l'État exerçant dans le cadre local ou sur des autorités décentralisées agissant au nom de la commune, du département ou de la région. Dans le premier cas le contrôle s'exprime par le lien hiérarchique qui existe entre les autorités centrales et l'agent déconcentré. Le contrôle sur les autorités décentralisées revêtait en revanche la forme moins contraignante de la tutelle ; celle-ci étant présentée comme supprimée par la loi récente du 2 mars 1982, il vaut mieux parler aujourd'hui de « contrôle administratif », expression qui est d'ailleurs celle de l'article 72 de la Constitution (et déjà celle de l'art. 88 de la Constitution de 1946).

A Le contrôle hiérarchique sur les agents de l'État

Ce sont les agents déconcentrés, c'est-à-dire essentiellement les préfets et sous-préfets et les différents chefs de services extérieurs, qui sont soumis au pouvoir hiérarchique avec toutes ses conséquences à la fois quant à leur situation personnelle (ils peuvent être déplacés dans l'intérêt du service) et quant à leur activité, soumise aux règles de la subordination hiérarchique (pouvoir d'instruction, de substitution, d'évocation, s'exerçant sur l'ensemble de leurs actes et activités et incluant un contrôle de l'opportunité).

En outre, le maire est lui-même soumis au pouvoir hiérarchique exercé au nom de l'État par le préfet (et comportant notamment le pouvoir d'instruction) dans les domaines où il agit comme agent de l'État et non comme agent de la commune.

B Le contrôle administratif sur la région, la commune et le département

Le « contrôle administratif », communément désigné par l'expression de tutelle, est celui qui s'exerce sur les organes décentralisés c'est-à-dire : a) les assemblées, conseils régionaux, généraux et municipaux ; b) les exécutifs, maires et présidents des conseils régionaux et généraux (sauf, le cas mentionné ci-dessus, où le maire agit comme organe déconcentré de l'État). Il porte sur les organes et sur les actes. Il est exercé par les autorités centrales de l'État et par le préfet, spécialement investi de ce contrôle par l'article 72 de la Constitution.

1. Le contrôle sur les organes

1° À l'égard des *assemblées communales et départementales*, l'État disposait traditionnellement de la possibilité de les dissoudre par décret motivé ou encore de déclarer individuellement leurs membres démissionnaires d'office lorsqu'ils négligent ou refusent d'exercer les fonctions imposées par la loi.

La loi du 2 mars 1982 limite l'étendue de ce contrôle sur les assemblées collégiales décentralisées. Le régime de dissolution des conseils municipaux n'est pas modifié, mais la démission d'office d'un membre du conseil municipal n'est plus possible qu'au cas de refus d'exercice des fonctions constaté judiciairement par le tribunal administratif.

Pour les conseils régionaux et généraux, la loi nouvelle entoure le prononcé de la dissolution d'un certain nombre de conditions et de garanties et prévoit un décret motivé en conseil des ministres avec information du Parlement dans les plus brefs délais ; le régime de la démission d'office disparaît.

2° En ce qui concerne les *autorités exécutives décentralisées*, la question ne se posait jusqu'à la loi de 1982 que pour le maire. Le maire et les adjoints pouvaient être *suspendus*, pour un mois par le préfet, trois mois par le ministre, et *révoqués* par décret du chef de l'État. Ces décisions devaient être motivées et, par leur procédure, respecter le principe des droits de la défense.

Dans la loi nouvelle, le maire et les adjoints peuvent être suspendus par le ministre pour une durée d'un mois ou révoqués par décret en conseil des ministres ; ils doivent être entendus et invités à s'expliquer par écrit sur les faits qui leur sont reprochés.

2. Le contrôle sur les actes

a) État du droit avant la loi de 1982

Les délibérations des *assemblées locales* étaient soumises à un contrôle de tutelle réglementé par la loi de façon stricte et d'ailleurs

diverse suivant les assemblées. Les traits généraux étaient les suivants : le procédé normal de contrôle est celui de l'annulation ; le procédé exceptionnel celui de l'approbation préalable. Par ailleurs, le contrôle était plus poussé et, par suite, la décentralisation moins grande pour le conseil municipal que pour le conseil général. Enfin, la tendance générale avait été d'accroître la décentralisation en desserrant le contrôle.

Les actes du *maire*, agissant comme agent de la commune étaient aussi assujettis à un contrôle de tutelle exercé par le préfet. Ce contrôle incluait même, spécialement en matière de réglementation de police, des éléments d'opportunité et certaines facultés de substitution, en théorie peu compatibles avec les principes mêmes de la décentralisation. Le contrôle était particulièrement important sur les arrêtés de police du maire.

b) La loi du 2 mars 1982

1) La loi du 2 mars 1982, complétée par la loi du 22 juillet 1982, supprime la tutelle administrative sur les actes et délibérations des autorités communales, départementales et régionales. Ces actes, délibérations et arrêtés, sont exécutoires de plein droit dès leur transmission au préfet. Toutefois le préfet conserve la faculté de se substituer au maire, après mise en demeure, en matière de police municipale.

Pour le reste, la loi de 1982 transforme le contrôle des autorités décentralisées en un contrôle juridictionnel exercé par le tribunal administratif. Le tribunal est saisi par le préfet des délibérations et actes que celui-ci estime contraires à la légalité, dans les deux mois de la transmission de ces actes ; le préfet peut assortir sa requête d'une demande de sursis à exécution ; ce sursis est de droit et doit être prononcé dans les 48 heures à l'égard des actes susceptibles de compromettre l'exercice d'une liberté « publique ou individuelle ».

Il est avéré que, actuellement, l'encombrement et la lenteur des tribunaux administratifs d'une part, la force des habitudes acquises d'autre part, se conjuguent pour laisser en fait un rôle important au préfet dans le département quant au contrôle des actes des autorités décentralisées et à son effectivité.

2) La loi de 1982 donne également une forme juridictionnelle au contrôle budgétaire et financier des collectivités communales, départementales et régionales. Celui-ci est exercé, en liaison avec le préfet, par des chambres régionales des comptes que crée la loi nouvelle. Ces chambres régionales sont composées de magistrats inamovibles et présidées par un conseiller maître ou un conseiller référendaire à la cour des comptes. Elles jugent les comptes des comptables communaux (sauf pour les communes de moins de 2 000 habitants), départementaux et régionaux, ainsi que ceux de leurs établissements publics. Elles interviennent le cas

échéant, sur requête du préfet, pour l'établissement des budgets régionaux, départementaux et communaux et l'inscription de certaines dépenses à ces budgets.

Section 3

Le régime spécial des collectivités parisiennes

L'organisation parisienne a toujours été particulière. Les raisons sont à la fois politiques (le fait que Paris est le siège des pouvoirs publics) et administratives (les problèmes que provoque l'importance exceptionnelle de la population agglomérée et la disproportion en même temps que l'étroite imbrication de la ville de Paris et de son environnement). Mais le statut adopté pour tenter de régler cette situation a varié. Depuis la Seconde Guerre mondiale, deux réformes se sont succédé : en 1964, puis en 1975-1976. Après certaines hésitations, la loi du 2 mars 1982 étend finalement pour l'essentiel ses solutions à Paris. On envisage aujourd'hui l'institution, sous une forme à déterminer, d'un « Grand Paris » qui, sans revenir sur la suppression du département de la Seine, donnerait une forme de solidarité institutionnelle à l'échelle de l'agglomération parisienne, notamment dans l'organisation des transports publics.

§ 1. Le régime antérieur à 1964

Jusqu'à la réforme de 1964, la ville de Paris constituait en effet une commune qui faisait partie d'un département, la Seine. Mais l'organisation de chacune de ces deux collectivités territoriales comportait des règles fortement dérogatoires au droit commun et une étroite liaison était établie entre elles deux.

Le conseil général de la Seine était composé des 90 membres élus du conseil municipal de Paris complétés par 60 conseillers élus par les communes suburbaines. L'autonomie de ces assemblées était moindre que dans le droit commun.

Deux préfets coexistaient et constituaient des organes communs à la ville et au département : le préfet de la Seine, chargé des attributions habituelles des préfets et aussi de celles des maires autres que les attributions de police, et le préfet de police, qui exerçait les compétences de police dans la ville et dans le département.

Dans chaque arrondissement de Paris, un maire nommé avait compétence à l'égard des seuls services publics de l'État (en particulier l'état civil).

§ 2. Le régime de la loi du 10 juillet 1964

A Suppression du département de la Seine

La loi du 10 juillet 1964 supprime le département de la Seine et la ville de Paris devient une « collectivité territoriale à statut particulier ayant des compétences de nature communale et départementale », limitée au territoire de la ville de Paris.

De nouveaux département — de droit commun — sont créés dans le périmètre des anciens départements de la Seine et de la Seine-et-Oise.

Un seul conseil subsiste, le conseil de Paris, composé de 90 membres.

Par ailleurs, la loi de 1964 maintenait la dualité des préfets, le préfet de la Seine devenant « préfet de Paris ».

Le système des maires d'arrondissements demeurerait sans changement.

B L'organisation de la région parisienne

Mais une nouveauté est apparue, à savoir la création d'une organisation régionale, en relation avec l'avènement en France d'institutions régionales qui n'existaient pas avant 1964. L'organisation de la région parisienne était assez sensiblement différente de celle des autres régions, fixée, on l'a vu, par le décret du 14 mars 1964, puis par la loi du 5 juillet 1972 (laquelle précise qu'elle n'est pas applicable à la région parisienne) : sans doute était-il créé un préfet de la région parisienne ainsi que l'équivalent des CODER sous la forme d'un comité consultatif économique et social de la région parisienne ; mais, même après 1972, la région parisienne n'avait pas reçu la personnalité morale. C'est qu'existait alors une institution propre à la région parisienne, créée dès 1961 (L. 2 août 1961), et possédant, elle, la personnalité morale en tant qu'établissement public : le district de la région parisienne, organisme d'étude, coordination et animation en matière d'aménagement et équipement de la région.

§ 3. Le statut issu des lois de 1975-1976

Une nouvelle réforme du régime administratif de la ville de Paris a été opérée par la loi du 31 décembre 1975 et le statut de la région parisienne a été lui-même transformé par la loi du 6 mai 1976.

A La ville de Paris

Le nouveau statut de la ville de Paris rapprochait le régime de Paris du droit commun départemental et communal, tout en maintenant cependant certaines particularités (telles que la survivance du préfet de police) ou en en créant (commissions d'arrondissements).

Paris est désormais à la fois une commune et un département, mais, à la différence du régime de 1964, ces deux collectivités territoriales sont distinctes, tout en ayant le même territoire et un organe commun, le conseil de Paris.

Le conseil de Paris est composé de 109 membres élus par arrondissement ou groupe d'arrondissements. Il joue à la fois le rôle de conseil municipal de Paris commune et de conseil général de Paris département.

L'institution d'un maire de Paris, élu par le conseil, constitue la grande innovation du statut de 1975, conservée par la suite.

Celles des commissions d'arrondissements en est une autre mais ne donne naissance qu'à un embryon de structures locales : composées des élus de l'arrondissement, des officiers municipaux nommés par le maire dans l'arrondissement et de membres élus par le conseil de Paris, ces commissions exercent, dans chaque arrondissement, un rôle consultatif.

Le préfet de police et le préfet de Paris subsistent l'un et l'autre. Le premier garde les pouvoirs et attributions qu'il détenait dans le régime antérieur. Le second exerce les fonctions de droit commun des préfets tant à l'égard de la commune que du département.

B La région Île-de-France

La loi du 6 mai 1976 réforme d'autre part le régime de la région parisienne qui prend le nom de région d'Ile-de-France. Comme pour la ville de Paris, l'objectif a été de rapprocher le statut de cette région du droit commun, c'est-à-dire ici du régime des régions organisé par la loi du 5 juillet 1972.

La région d'Ile-de-France est un établissement public qui se substitue à la région parisienne, avec désormais la personnalité juridique, ainsi qu'au district de la région parisienne qui disparaît.

Le conseil régional est composé de 157 membres, désignés en partie par les députés et sénateurs de la région, en partie par les collectivités territoriales de la région (conseil de Paris, conseils généraux, communes).

Comme dans les autres régions, un comité économique et social joue, à côté du conseil régional, un rôle consultatif.

Le rôle et les attributions de la région d'Ile-de-France sont calqués sur ceux des autres régions ; il s'y ajoute cependant certaines tâches justifiées par l'acuité de divers problèmes dans la région parisienne : transports, espaces verts, cohérence des investissements d'intérêt régional.

§ 4. Les réformes de 1982

Les réformes de décentralisation inaugurées en 1982 n'ont pas mis fin au régime issu des lois de 1975 (pour Paris) et 1976 (pour la région Ile-de-France). Les régimes administratifs décrits à la section précédente restent applicables, sauf les points particuliers sur lesquels ils ont été modifiés par les lois du 2 mars et du 22 juillet 1982 d'une part, par deux lois du 31 décembre 1982 d'autre part ; ces dernières ont étendu certaines modifications apportées au régime électoral et administratif de Paris aux villes de Lyon et de Marseille.

A Les lois des 2 mars et 22 juillet 1982

1. Paris

Les institutions. — Les solutions de droit commun sont en principe étendues à Paris, en tant que commune et en tant que département. Ainsi l'exécutif départemental est confié au président du conseil de Paris qui est également, on le sait, le maire de Paris. Le préfet de Paris est désormais exclusivement le représentant de l'État à Paris-département, ainsi qu'il en va dans les autres départements.

Cependant, l'institution du préfet de police n'est pas modifiée par la réforme, celui-ci continuant à exercer l'essentiel des compétences de police municipale à Paris.

Les contrôles — Les dispositions de la loi de 1982 relatives au régime des actes administratifs et budgétaires des communes et des départements sont applicables à Paris.

Toutefois l'application du droit commun est écartée dans les hypothèses suivantes :

1° les compétences du conseil de Paris relatives au personnel communal et départemental connaissent certaines limites ;

2° le préfet de police conserve ses attributions propres telles que définies par les lois antérieures.

2. La région Ile-de-France

La loi du 2 mars 1982 modifie la loi du 6 mai 1976 sur certains points, mais ne remet pas en cause l'alignement général de la région Ile-de-France sur le droit commun des régions.

La région Ile-de-France, restée dans un premier temps établissement public, s'est transformée en collectivité territoriale, comme les autres régions métropolitaines lors de l'élection du conseil régional au suffrage universel (mars 1986). L'exécutif régional est transféré au président du conseil régional, ainsi qu'il en est pour les autres régions. Les attributions de la région Ile-de-France sont élargies dans les mêmes termes que celles des autres régions.

Bien que toujours régie par un texte législatif distinct, la loi de 1976 modifiée, la région Ile-de-France est encore plus proche du droit commun des régions depuis la loi du 2 mars 1982.

B Les lois du 31 décembre 1982 relatives à Paris, Marseille et Lyon

Les lois du 31 décembre 1982, traduisent d'une certaine façon un mouvement de retour dans l'évolution qui tendait à aligner de plus en plus complètement la ville de Paris sur le droit commun de l'organisation municipale. D'abord limité à Paris, le dispositif en a été finalement étendu aux villes de Marseille et de Lyon.

La première loi du 31 décembre 1982 fixe les effectifs du conseil de Paris à 163 membres, ceux des conseils municipaux de Marseille et Lyon respectivement à 101 et 73 membres. Ces trois communes ne sont pas soustraites en général au droit commun municipal, dont la loi affirme au contraire qu'il est en principe applicable, sauf par certains aspects d'ailleurs importants ; il s'agit pour l'essentiel de l'institution de conseils d'arrondissement et de maires et adjoints d'arrondissement élus disposant de moyens propres.

En ce sens la seconde loi du 31 décembre 1982 modifie le Code électoral et prévoit qu'à Paris, Lyon et Marseille des conseillers d'arrondissement sont élus en même temps que les membres du conseil de Paris ou du conseil municipal.

1. Les conseils d'arrondissement

a) Composition

Les communes de Paris, Marseille et Lyon sont divisées en arrondissements : les limites des arrondissements ne peuvent être modifiées que

par décret en conseil d'État après avis conforme du conseil de Paris ou des conseils municipaux de Marseille ou Lyon.

La loi prévoit l'existence d'un conseil d'arrondissement par arrondissement ou groupe d'arrondissements (20 à Paris, 6 puis 8 à Marseille, 9 à Lyon). Chaque conseil est composé pour un tiers de conseillers municipaux et pour deux tiers de conseillers d'arrondissement élus dans la circonscription (pour Marseille, voir loi du 9 juillet 1987 « modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de Marseille », et décret d'application du 6 mai 1988).

b) Attributions

Le conseil d'arrondissement peut poser des questions écrites au maire ou avec débat devant le conseil municipal sur toute affaire intéressant l'arrondissement. Il peut émettre des vœux sur tous les projets concernant l'arrondissement préalablement à leur examen par le conseil municipal. Il est consulté sur l'octroi de subventions municipales aux associations de l'arrondissement. Il a de même un rôle consultatif pour les décisions de planification urbaine ou d'urbanisme opérationnel intéressant l'arrondissement.

Dans le cadre des dépenses votées par le conseil municipal, le conseil d'arrondissement « délibère » sur l'implantation et le programme d'aménagement de certains équipements locaux (crèches, maisons de jeunes, espaces verts de moins d'un hectare, stades, etc. — v. art. 10, L. 31 décembre 1982) ; il gère ces établissements lorsque ceux-ci sont exploités en régie et sous réserve des attributions du conseil municipal : ce dernier peut lui déléguer la gestion de certains équipements locaux.

c) Fonctionnement

Le principe est ici, sauf solution particulière de la loi, l'application du droit commun du fonctionnement et des délibérations des conseils municipaux. Toutefois les délibérations du conseil d'arrondissement sont normalement transmises au préfet, par l'intermédiaire du maire de la commune qui a la faculté de demander une nouvelle délibération avant cette transmission : cette demande doit être motivée. À l'issue de cette seconde délibération, le maire de la commune doit transmettre, mais il peut saisir le juge de l'excès de pouvoir et son action bénéficie alors du même régime contentieux (notamment pour le prononcé du sursis) que celle du préfet.

2. Les maires d'arrondissement

a) Désignation

Le maire d'arrondissement est élu par le conseil d'arrondissement, parmi ceux de ses membres qui sont membres du conseil municipal. Il ne peut être le maire de la commune.

Les adjoints sont également choisis par le conseil d'arrondissement en son sein : l'un d'entre eux au moins doit être conseiller municipal : leur nombre ne peut excéder 30 % du conseil d'arrondissement.

b) Attributions

Le maire d'arrondissement exerce un certain nombre d'attributions au nom de l'État (état civil, service national, listes électorales). Le maire et les adjoints sont officiers d'état civil dans l'arrondissement.

Le maire préside le conseil d'arrondissement. Il peut bénéficier de délégations du maire de la commune.

Le maire d'arrondissement préside de droit la caisse des écoles de l'arrondissement et désigne les représentants de la commune au conseil de cet organisme.

Il donne son avis sur les autorisations d'utilisation du sol et les autorisations domaniales délivrées par le maire de la commune dans l'arrondissement. Il donne son avis sur les acquisitions et aliénations d'immeubles de la commune dans l'arrondissement. Il décide, à concurrence de la moitié de ceux-ci, de l'attribution des logements de l'arrondissement relevant de la commune (l'autre moitié étant attribuée par le maire de la commune).

3. Nature juridique de l'arrondissement urbain

Tel que conçu par la loi du 31 décembre 1982, l'arrondissement apparaît comme une institution ambiguë. La question de sa nature juridique — qui commande les solutions auxquelles la loi n'apporte pas de réponse explicite — a été débattue. Le conseil constitutionnel le considère pour sa part comme une « division administrative » au sein des trois communes où il est institué⁴.

Section 4

Les groupements de collectivités locales

§ 1. Historique

Les collectivités territoriales peuvent trouver utilité à se grouper pour assurer la gestion d'intérêts communs ; il en est surtout ainsi dans un pays comme la France, caractérisé par un morcellement communal extrême et

4. C. consti. 28 décembre 1982 précité, AJDA, 1983, p. 129.

la multiplicité de très petites communes. Aussi, le phénomène du groupement de ces collectivités — en particulier les communes — n'est-il pas nouveau. Mais il a connu une profonde évolution, tant de son développement que de ses objectifs et de sa technique.

1° Le développement des formules de groupement des collectivités locales a été progressif.

À l'origine, ce mouvement a été regardé avec méfiance, comme entraînant un démembrement des attributions des communes et départements et menaçant par là leur autonomie. Aussi les lois de 1871 et de 1884 avaient-elles seulement admis la formule de conférences interdépartementales et de conférences intercommunales créées à l'initiative des assemblées locales, simples procédés de discussion en commun, sans personnalité morale ni pouvoirs de décision, auxquelles il faut ajouter, pour ce qui est des communes, les commissions syndicales chargées de la gestion de biens indivis. Ces formules embryonnaires dépourvues de personnalité juridique propre n'ont du reste pas disparu.

Puis l'utilité des groupements de collectivités et la nécessité de la personnalité morale l'ont emporté. Mais la résistance s'est portée sur l'octroi à ces groupements de la qualité de collectivités territoriales ; pour eux, c'est, aujourd'hui encore, la qualification d'établissement public qu'impose le législateur. Ces développements ont été inaugurés par la loi du 22 mars 1890 créant l'institution, dès lors classique, des syndicats de communes.

Plus tard, les départements furent habilités par une loi du 9 janvier 1930 à créer entre eux des établissements publics administrés par des conseils d'administration où chaque conseil général intéressé est représenté, les ententes interdépartementales ; le décret du 10 juin 1983 abroge le décret du 28 juillet 1931 pris pour l'application de la loi de 1930 et fixe la réglementation nouvelle applicable aux « institutions interdépartementales » qui sont des établissements publics.

Plus tard encore, départements et communes furent admis à s'associer entre eux — et aussi avec des établissements publics — en groupements mixtes, qui furent d'abord des associations mixtes (D. 30 oct. 1935), puis des syndicats mixtes (D. 20 mai 1955).

Enfin, depuis la Seconde Guerre mondiale, la catégorie des groupements de collectivités locales s'est considérablement enrichie avec les districts, communautés urbaines, district de la région parisienne (disparu en 1976), auxquels il faut encore ajouter aujourd'hui les institutions de coopération entre les régions. Le régime de plusieurs de ces institutions (syndicats de communes, districts) a été ensuite modifié, en vue de « faciliter la coopération intercommunale », par la loi du 31 décembre 1970 sur la gestion municipale et les libertés communales.

Mais, en même temps qu'un enrichissement de la catégorie des groupements de collectivités locales, ces nouveaux venus traduisaient une évolution des objectifs poursuivis.

2° Ce sont en effet également les objectifs et, par là, la signification du phénomène des groupements de collectivités locales qui ont aussi évolué.

Le procédé des groupements de collectivités locales a été utilisé pour résoudre des problèmes généraux d'inadaptation de l'organisation territoriale traditionnelle aux besoins et aux conditions actuels de la vie administrative, problèmes qui se posent essentiellement au niveau communal : exiguïté excessive du cadre communal, problèmes posés par les « agglomérations multicommunales », c'est-à-dire les agglomérations composées d'une grande ville ceinturée par des communes suburbaines.

3° C'est enfin la technique juridique des groupements qui a évolué. Le désir d'encourager et développer les groupements des collectivités s'est traduit dans les règles applicables à la création des groupements et dans celles concernant leur durée.

En vue de favoriser les groupements et de surmonter les résistances susceptibles de s'opposer à leur constitution, les textes ont substitué à la tradition du consentement unanime des collectivités appelées à se grouper la règle de la majorité qualifiée, le groupement pouvant être décidé lorsque la volonté en a été exprimée par les deux tiers des conseils municipaux intéressés représentant plus de la moitié de la population totale ou par la moitié des conseils représentant plus des deux tiers de la population. On verra que c'est la formule adoptée pratiquement pour tous les types de groupements. Cependant la loi du 22 juillet 1977 a introduit le correctif que la majorité qualifiée doit nécessairement comprendre les conseils municipaux des communes dont la population totale est supérieure au quart de la population totale concernée.

D'autre part, et s'agissant cette fois de la durée de ces groupements, la tendance générale, non exempte d'ailleurs d'hésitations, paraît être d'exclure ou de limiter toute forme de « sécession » pour donner au groupement un caractère définitif.

§ 2. Sources actuelles

1° *La loi du 2 mars 1982* n'a pas fondamentalement modifié le droit des établissements publics territoriaux. Elle leur étend cependant les règles nouvelles, notamment de contrôle, applicables aux collectivités locales (art. 16 de la loi pour les établissements publics intercommunaux ; art. 56 pour les établissements publics interdépartementaux et les établissements publics communs aux communes et aux départements ; art. 68 de la loi du 31 décembre 1982 complétant l'article 60 de la loi du 2 mars 1982 pour les établissements publics régionaux).

Ultérieurement la loi du 31 décembre 1982 consacre son chapitre III à diverses modifications du Code des communes relatives aux établissements publics de coopération intercommunale. Ces modifications concernent surtout les communautés urbaines, mais aussi la durée des syndicats de communes, districts et communautés.

La loi du 5 janvier 1988 d'« amélioration de la décentralisation » comprend également un titre IV regroupant des « dispositions relatives à la coopération intercommunale ».

2° Mais c'est surtout la loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République qui a développé et multiplié les formules de « coopération locale », notamment au niveau communal. Elle crée d'autre part une commission départementale de la coopération intercommunale, dans chaque département (actuellement art. L. 5211-42 et s. du code général des collectivités territoriales). La commission est présidée par le préfet et composée d'élus des conseils municipaux, établissements publics territoriaux et conseils généraux. Elle est permanente et « tient à jour un état de la coopération intercommunale dans le département » ; elle élabore le schéma de coopération intercommunale qui est ensuite publié par le préfet ; elle doit être consultée collégialement et non par simple interrogation écrite de chacun de ses membres.

3° La loi du 4 février 1995 relative à l'aménagement du territoire prévoit, en son article 78, une réforme de ce que l'on appelle désormais « l'intercommunalité » ; la méthode en a été exposée à la suite du conseil des ministres du 12 juin 1996 : elle vise à « simplifier sans trop supprimer » et insiste notamment sur les aspects financiers et tenant à la fiscalité locale (institution d'une dotation nationale pour l'intercommunalité à fiscalité propre ; création d'une fiscalité intercommunale mixte, fondée sur une taxe additionnelle et sur la taxe professionnelle d'agglomération).

4° La loi du 12 juillet 1999 relative à la coopération intercommunale modifie de nombreuses dispositions dans le sens du renforcement de la coopération intercommunale et de l'intégration financière des communes regroupées. Elle réserve les communautés urbaines aux « programmes » de plus de 500 000 habitants et crée la catégorie nouvelle des communautés d'agglomération.

La loi a été commentée, quant aux conditions de création des nouvelles structures de coopération intercommunale à fiscalité propre (sur cette notion, voir *infra*), par une circulaire du 13 juillet 2000. Une instruction du 31 mai 2000 présente le cadre juridique d'ensemble des structures de coopération intercommunale et le régime fiscal applicable aux établissements publics de coopération intercommunale anciens et nouveaux.

5° L'ensemble de la matière figure aujourd'hui au code général des collectivités territoriales sous un livre intitulé « La coopération intercommunale » (art. L. 5210-1 et s.).

§ 3. Principes de l'intercommunalité et structures nouvelles

La loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale — dont les orientations générales, notamment sur le plan institutionnel, sont conservées par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales — a voulu poser les principes généraux de l'« intercommunalité ».

Ces principes sont présentés comme tels par l'exposé des motifs de la loi. Il s'agit de renforcer la solidarité intercommunale en milieu urbain, de simplifier en déterminant des règles communes aux différents établissements publics de coopération intercommunale, dont les catégories s'étaient multipliées, d'accroître la légitimité de ces établissements publics territoriaux, c'est-à-dire en fait surtout de renforcer leur autonomie financière, enfin de favoriser la démarche conventionnelle dans la création des établissements publics de coopération intercommunal. L'article L. 5210-1 du code général des collectivités territoriales dispose ainsi : « Le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein des périmètres de solidarité ».

A Aspects institutionnels

La loi de 1999, dont le dispositif est d'ailleurs lié à celui de la loi du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, consacre notamment les modifications et apports suivants⁵.

— Création des communautés d'agglomération, destinées à remplacer les communautés de villes qui avaient échoué (cinq communautés de villes seulement avaient été créées) ; les communautés d'agglomération regroupent 50 000 habitants au moins autour d'au moins une ville-centre de 15 000 habitants où d'une ville chef-lieu de département. La communauté d'agglomération reçoit de plein droit des compétences, dites compétences obligatoires, que détaille la loi.

5. La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales s'abstient volontairement de toute nouvelle modification importante : elle conserve le statut des établissements publics de coopération intercommunauté à fiscalité propre ; elle ne comporte aucune modification substantielle des règles relatives au contrôle de ces établissements publics. — V. N. Portier, *Loi du 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité*, AJDA 2005, p. 140.

— Le statut des communautés urbaines, formule destinée aux grandes villes (actuellement 14 communautés urbaines), est redéfini dans le sens du renforcement des pouvoirs de la communauté. Leur création suppose une population d'au moins 500 000 habitants.

— Les districts et les communautés de villes sont supprimés. Les premiers peuvent se transformer en communauté de communes, en communauté d'agglomération ou en communauté urbaine ; les secondes sont appelées à devenir des communautés d'agglomération, pourvu qu'elles en remplissent les conditions démographiques, ou, à défaut, des communautés de communes.

— La règle est rappelée selon laquelle une même commune ne peut pas adhérer à deux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre.

— La loi pose encore un principe de continuité territoriale excluant les enclaves ; mais cela ne s'applique pas aux communautés existantes.

— Les règles de création des établissements publics intercommunaux sont largement uniformisées et augmentent les pouvoirs du préfet à cet effet.

Au-delà des différentes catégories d'établissements publics de coopération intercommunale, la grande distinction est entre ceux qui disposent d'une fiscalité propre et ceux qui sont tributaires des seules contributions versées par les communes adhérentes (qui peuvent être budgétaires ou elles-mêmes « fiscalisées », c'est-à-dire provenant d'une quote-part sur une ressource fiscale de la commune).

La loi favorise la fiscalité propre, facteur évident de relative autonomie de l'établissement de coopération vis-à-vis des communes adhérentes. En outre les établissements de coopération à fiscalité propre sont de plein droit éligibles à la dotation d'intercommunalité, dotation de base et dotation de péréquation (art. L. 5211-28, c. gén. coll. terr.). Ils sont d'autre part, comme l'État et les collectivités territoriales, exonérés de la taxe foncière sur les propriétés bâties (Instr. DGI, 9 sept. 1999).

B Compétences

Les compétences de l'établissement public de coopération — qui ne sauraient s'étendre au-delà des affaires relevant normalement de la compétence des communes adhérentes — sont celles que les communes ont transférées à celui-ci et que ses statuts l'habilitent à exercer ; ce transfert est en principe total et exclusif. Il en résulte en particulier qu'une commune ne peut pas appartenir à deux établissements de coopération intercommunale ayant les mêmes compétences. Ainsi le principe de base est celui de la substitution d'un syndicat aux communes adhérentes, pour

l'objet de ce syndicat selon ses statuts et dans les limites des actes d'adhésion des communes.

En outre un groupement, et notamment un syndicat de communes, peut intervenir, lorsque cela est prévu par ses statuts, sur la base d'une convention spéciale, pour réaliser des travaux ou gérer des services au profit de communes qui n'ont adhéré au groupement que pour certaines de ses compétences ou même au profit de communes non membres. Une convention est alors conclue avec les communes intéressées, pour une ou plusieurs opérations : l'intervention syndicale en la matière est exclusive de celle de la ou des communes intéressées. La jurisprudence rappelle simplement que cette intervention « à la carte », sur la base d'une convention spéciale, doit respecter les principes d'égalité dans la concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie.

Les réunions des bureaux des établissements publics de coopération sont régies par les règles applicables aux réunions du conseil municipal lorsqu'elles portent sur des attributions déléguées par l'assemblée délibérante, par le règlement intérieur de l'établissement dans le cas contraire.

C Principes généraux de la coopération locale

La coopération locale, s'entendant de la coopération entre collectivités locales, ne se limite pas à l'établissement public de coopération intercommunale ; conformément au principe de libre administration des collectivités locales et à la clause générale de compétence, les collectivités locales usent librement de formules aussi diverses que ceux de l'association, de la société d'économie mixte commune ou encore du procédé non personnalisé de l'entente intercommunale de la loi de 1937 et que les réformes récentes n'ont pas fait disparaître ; elles peuvent aussi créer des structures d'études ou des commissions communes.

Mais le procédé principal de coopération est aujourd'hui l'établissement public de coopération intercommunale qui fait pour cette raison l'objet de règles communes applicables aux syndicats de communes, aux communautés de communes, aux communautés d'agglomération et aux communautés urbaines. Ces règles communes figurent aux articles L. 5211-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, sous l'intitulé précisément « dispositions communes ». Il s'agit de règles relatives à la constitution de ces établissements publics, à leur administration et à leur fonctionnement, à l'exercice des compétences qui leur sont transférées par les collectivités membres. Il est également rappelé que, en tant qu'établissements publics soumis au principe de spécialité, ces structures de coopération ne peuvent agir que dans les limites de l'intérêt communautaire.

Cadre de la coopération intercommunale, l'établissement public de coopération n'est pas une collectivité territoriale mais le lieu d'exercice de certaines des compétences — transférées — des collectivités territoriales qui l'ont constitué.

§ 4. Chiffres

Au 1^{er} janvier 1993 on dénombrait en France 18 441 établissements publics territoriaux, répartis en 14 500 syndicats intercommunaux à vocation unique, 2 500 syndicats à vocation multiple, 252 districts à fiscalité propre, 975 syndicats mixtes, 9 communautés urbaines, 9 syndicats d'agglomération nouvelle, 193 communautés de communes et 3 communautés de villes.

En 1995, les chiffres donnés par le ministère de l'Intérieur sont les suivants : 14 490 syndicats intercommunaux à vocation unique, 2 298 syndicats intercommunaux à vocation multiple, 322 districts à fiscalité propre, 10 communautés urbaines, 9 syndicats d'agglomération nouvelle, 4 communautés de villes et 894 communautés de communes.

Au 1^{er} janvier 1997, on dénombrait 1 446 groupements à fiscalité propre rassemblant 31 millions d'habitants et 16 200 communes ; 652 groupements ne rassemblaient que des communes rurales, pour un peu moins de 3 millions d'habitants ; 71 groupements uniquement des communes urbaines pour un peu plus de 6,2 millions d'habitants et les autres, les plus nombreux et regroupant près de 21 millions d'habitants, réunissaient des communes urbaines et des communes rurales.

Six mois après la promulgation de la loi du 12 juillet 1999, le ministère de l'Intérieur indiquait que 51 communautés d'agglomération avaient été constituées regroupant plus de 6 millions d'habitants soit 7 créations nouvelles, 25 issues d'un district préexistant, 15 d'une communauté de communes, 4 d'une communauté de villes ; la formule de la communauté d'agglomération avait été adoptée par 7 capitales régionales et 21 chefs-lieux de départements. Deux communautés urbaines nouvelles avaient été créées (Arras et Dunkerque). 136 nouvelles communautés de communes avaient adopté la taxe professionnelle unique.

En 2008, et selon la Direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur, on dénombrait 2 583 établissements à fiscalité propre regroupant 33 636 communes et 54,8 millions d'habitants, soit 14 communautés urbaines, 171 communes d'agglomération, 2 393 communautés de communes et 5 syndicats d'agglomération nouvelle. Les groupements sans fiscalité propre étaient constitués par 11 739 syndicats intercommunaux à vocation unique, 1 451 syndicats intercommunaux à vocation multiple et 2 943 syndicats mixtes.

Troisième partie

L'action de l'administration

On étudiera successivement les moyens de l'action de l'administration (Titre 1) et les fins de cette action (Titre 2).

Titre 1

Les moyens d'action de l'administration

L'administration pour remplir ses missions dispose, sur le plan juridique, de deux instruments qui ne sont pas d'une égale originalité. L'un est l'acte administratif unilatéral qui, s'il n'est pas sans équivalent dans les relations entre particuliers, y est d'un usage rare alors qu'il fonde le droit administratif. L'autre est le contrat que l'administration, quand elle y a recours, peut utiliser dans les mêmes conditions que les particuliers ou en lui imprimant des caractères particuliers qui en feront une catégorie spéciale : les contrats administratifs.

Entre les deux, les techniques actuelles d'administration font une place toujours plus grande aux procédés de politique contractuelle ou de contractualisation, présentés comme un moyen terme. Il s'agit, du point de vue du droit, selon les cas, d'une simple concertation formalisée, sans portée juridique propre, ou bien d'actes unilatéraux négociés ou bien encore parfois de véritables contrats ¹.

On étudiera successivement l'acte unilatéral (Sous-titre 1) puis le contrat (Sous-titre 2).

1. Sur les procédés de régulation, v. *infra* p. 389 et s.

Sous-titre 1

Les actes unilatéraux de l'administration ¹

Les actes administratifs unilatéraux se divisent en deux catégories : les actes réglementaires, c'est-à-dire les mesures à portée générale accomplies soit par le Premier ministre ou le président de la République (décrets réglementaires) soit par les autorités locales (arrêté réglementaire d'un préfet, d'un maire, délibération d'un conseil municipal) ou encore par des autorités administratives spéciales ; et les actes individuels, c'est-à-dire à portée particulière (autorisation, nomination).

L'acte réglementaire a une portée générale ; il vise une situation et détermine le droit applicable à tous ceux qui se trouvent ou se trouveront dans cette situation. L'acte individuel désigne une personne pour lui conférer, refuser ou retirer des droits.

La pratique contentieuse contemporaine a fait apparaître une troisième catégorie d'actes administratifs unilatéraux, les actes non réglementaires, dits encore décisions d'espèce ; ils empruntent au régime de l'acte réglementaire et de l'acte individuel (par ex., une déclaration d'utilité publique, un arrêté autorisant un lotissement,...).

Pour tenir compte de l'importance du rôle joué par le pouvoir réglementaire et des problèmes qu'il soulève, on lui consacrera une première série de développements : après quoi, on s'attachera à l'étude de la théorie générale des actes administratifs unilatéraux.

1. P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey 1983 — G. Darcy, *La décision exécutoire*, AJDA 1994, p. 663 — R.G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1967.

Chapitre 1

Le pouvoir réglementaire

Le pouvoir réglementaire est un pouvoir qui appartient à certaines autorités administratives et qui consiste en l'édiction de dispositions à portée générale. Les règlements constituent une partie essentielle de l'activité juridique de l'administration. Ces actes portent d'ailleurs des noms divers : décrets réglementaires du président de la République ou du Premier ministre, arrêtés réglementaires des ministres, préfets, maires ; mais une caractéristique essentielle leur est commune : la généralité, l'impersonnalité des dispositions qu'ils édictent et qui les opposent aux mesures individuelles que prennent les mêmes autorités sous les dénominations souvent identiques de décrets et arrêtés individuels.

Section 1

Le pouvoir réglementaire du gouvernement

Le pouvoir réglementaire du gouvernement a toujours existé¹ mais la Constitution de 1958 a introduit un bouleversement juridique *a priori* considérable en en faisant l'activité administrative centrale de droit commun.

1. J.-C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Bibl. Droit public, 1968. — J.-M. Duffau, *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé*, thèse Paris, 1976. — Maryvonne Hecquart-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Bibl. Droit public, 1977. — Michel Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, PUF, 1991.

Avant 1958, la théorie du pouvoir réglementaire reposait principalement sur des considérations pratiques : il est nécessaire que le gouvernement allège la tâche du législateur en édictant des réglementations générales, soit pour venir compléter les lois elles-mêmes, soit aussi dans des domaines où des lois ne sont pas déjà intervenues.

1° Mais, alors que le domaine de la loi était illimité, celui du règlement était limité.

Le domaine de la loi était illimité en ce sens que le législateur pouvait appréhender n'importe quelle matière pour y édicter des lois, au contraire le domaine du règlement était limité. En France ces limites résultaient de la coutume présentée ensuite comme la tradition républicaine. On admettait que le pouvoir réglementaire pouvait s'exercer :

a) pour régler les développements et conditions d'application des lois formelles, soit que la loi elle-même y ait invité le gouvernement (il s'agissait alors des règlements d'administration publique, pris avec l'avis du conseil d'État), soit même en dehors d'une telle « invitation »² ;

b) en dehors de toute loi antérieure, dans les domaines largement entendus : la police administrative, l'organisation des services publics, la réglementation applicable aux dépendances d'outre-mer (colonies, puis territoires d'outre-mer).

2° En toute hypothèse le règlement était subordonné à la loi ; il ne pouvait jamais, sous peine d'être illégal, enfreindre, contredire, une disposition de loi formelle.

La Constitution de 1958 a profondément modifié cette construction, du moins dans les principes et en apparence. Désormais le régime du pouvoir réglementaire est commandé par des règles nouvelles que l'on va exposer.

2. L'institution des règlements d'administration publique généralement considérée depuis la Constitution de 1958 comme s'accordant mal avec le système juridique nouveau introduit par les articles 34 et 37 de cette Constitution a fini par être remplacée par celle de simples décrets en conseil d'État qui sont pris également sur l'avis du conseil d'État mais n'ont pas exactement les mêmes effets que les traditionnels RAP. Ce changement a fait l'objet d'une loi du 7 juillet 1980.

§ 1. Délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement³

Il existe maintenant une délimitation constitutionnelle des domaines respectifs de la loi et du règlement.

A Domaine de la loi

L'article 34 de la Constitution énumère les matières qui sont réservées à la loi (et qui en même temps constituent les seules sur lesquelles le législateur peut statuer). Cette énumération comprend deux sortes de matières : certaines sont entièrement réservées à la loi car la loi « fixe les règles qui les concernent ». D'autres ne relèvent de la loi qu'en ce qui concerne leurs règles de base, car la loi se borne à « en déterminer les principes fondamentaux ».

Relèvent de la première catégorie les matières suivantes, dont la loi « fixe les règles » : droits civiques et garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; sujétions imposées par la Défense nationale aux personnes et aux biens ; nationalité, état et capacité des personnes, régimes matrimoniaux, successions et libéralités ; crimes, délits et peines, procédure pénale, amnistie, création de nouveaux ordres de juridiction et statut des magistrats ; assiette, taux et modalités de recouvrement des impositions de toute nature ; émission de la monnaie, régime électoral des assemblées parlementaires et locales ; création de catégories d'établissements publics ; garanties fondamentales des fonctionnaires civils et militaires de l'État ; nationalisations et transferts de propriété du secteur public au secteur privé.

Relèvent de la seconde catégorie les matières suivantes, dont la loi détermine seulement les « principes fondamentaux » : organisation générale de la Défense nationale ; libre administration des collectivités locales, leurs compétences et leurs ressources ; enseignement ; régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; droit du travail, droit syndical et sécurité sociale ; à quoi la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a ajouté « la préservation de l'environnement. »

Il convient de souligner que ces énumérations sont susceptibles d'être étendues par le Parlement lui-même par voie de loi organique. L'article 34 prévoit, en effet, que « les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique ».

3. *Le domaine de la loi et du règlement*, Colloque d'Aix-en-Provence, 1977, PUF — *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque de Paris II, 1988, LGDJ, Montchrestien, 1988.

B Domaine du règlement

Quant au domaine réglementaire, il comprend toutes les matières autres que celles qui figurent à l'article 34. En effet, aux termes de l'article 37, « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

Cela signifie, rappelons-le, non seulement que ces matières sont ouvertes au pouvoir réglementaire mais qu'elles lui sont réservées, la loi ne devant pas statuer sur elles.

En revanche, le pouvoir réglementaire ne peut s'exercer sur les matières législatives.

Cependant le pouvoir réglementaire « complémentaire des lois » continue d'exister, c'est-à-dire que des règlements peuvent venir compléter des lois ; mieux même et contrairement à ce que la distinction de l'article 34 de la Constitution entre les règles et les principes aurait pu donner à penser, le conseil constitutionnel n'a pas adopté le raisonnement selon lequel le législateur peut s'il le veut, arrêter toutes les dispositions lorsqu'il est compétent pour fixer les règles : la compétence du législateur n'est jamais exclusive et il appartient toujours au pouvoir réglementaire « d'édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles ».

C Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution

À cela s'ajoute une dérogation. Il s'agit de l'institution des « ordonnances » prévue par l'article 38 de la Constitution, reprise de la vieille pratique des décrets-lois, née sous la III^e République et qui permettait au Parlement d'habiliter le gouvernement, pendant un délai limité, à prendre des décrets susceptibles de modifier des lois formelles.

Aux termes de l'article 38 de la Constitution, le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander l'autorisation au Parlement de prendre par ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du conseil d'État. Elles sont signées par le président de la République. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais doivent être, sous peine de caducité, déposées en vue de leur ratification devant le Parlement dans un délai fixé par la loi d'habilitation. À l'expiration de la période pendant laquelle le gouvernement est ainsi habilité à agir par ordonnances, les ordonnances édictées ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif⁴.

4. V. Y. Gaudemet, *Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée*, Mélanges P. Pactet, p. 157. — *La loi administrative*, RDP 2006, p. 65.

Le caractère exceptionnel du recours aux ordonnances ne faisait aucun doute pour les auteurs de la Constitution de 1958. Réservé comme temporaire et justifié seulement par des nécessités conjoncturelles et sectorielles, il n'est en aucun cas un procédé ordinaire de légalisation, la compétence normative de principe du gouvernement étant désormais assurée par le mécanisme répartiteur des compétences des articles 34 et 37 qu'on vient d'exposer.

On est fort éloigné aujourd'hui de ces prémisses, les lois d'habilitation se succédant régulièrement avec un périmètre très large et le nombre d'ordonnances adoptées chaque année dépassant maintenant celui des lois formelles, ainsi que l'établissent les rapports que le Sénat a spécialement consacrés à cette question.

Cette forme d'abus de la législation déléguée a été critiquée devant le conseil constitutionnel. Dans un premier temps, celui-ci a semblé vouloir préserver l'équilibre normatif résultant de la Constitution. Dans sa décision du 12 janvier 1977⁵, il juge d'abord que le Gouvernement a « l'obligation d'indiquer avec précision... quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre » ; puis il précise que le « programme du gouvernement » dont il est fait mention à l'article 38 de la Constitution n'est ni le programme ni la déclaration de politique générale dont parle l'article 49 au sujet de l'engagement de la responsabilité du gouvernement, car, « d'une part, (cela) ne ferait aucune place... aux notions de circonstances imprévues ou de situations requérant des mesures d'urgence et, d'autre part,... (cela) aurait pour résultat d'étendre, sans limites définies, le champ d'application de la procédure d'habilitation prévue audit article 38, au détriment du respect des prérogatives du Parlement ». Là est en effet l'essentiel, et fort bien dit, dans cette décision.

Mais par la suite, le conseil constitutionnel va s'écarter de cette jurisprudence ; dans sa décision du 16 décembre 1999⁶, il rejette le grief pris de l'imprécision et de l'étendue de l'habilitation donnée par la loi au motif d'abord que, « si l'article 38 de la Constitution fait obligation au gouvernement d'indiquer avec précision au parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au gouvernement de faire connaître au parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation », et au motif, en second lieu, que « l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution » (en l'espèce l'urgence était celle de l'achèvement des neuf codes mentionnés par la loi d'habilitation, alors que l'ordre du jour parlementaire était « encombré »).

5. *Rec.* p. 31.

6. *Rec.* p. 136.

§ 2. Sanctions de la délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement

A Sanction de la délimitation du domaine législatif

L'obligation pour le Parlement de ne point sortir du domaine législatif est sanctionnée par le droit pour le gouvernement de modifier par voie de règlements les lois qui seraient intervenues en dehors de ce domaine. C'est là une innovation de la nouvelle Constitution ; elle repose sur l'idée que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire » (art. 37). Deux hypothèses peuvent se réaliser à cet égard.

1° Une loi antérieure à la Constitution de 1958 a porté sur le domaine aujourd'hui réglementaire. Dans ce cas, le texte peut être modifié par décret pris après avis du conseil d'État.

2° Le Parlement vote, après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, une loi portant sur le domaine réglementaire. Normalement, cette hypothèse ne doit pas se produire car le Parlement doit naturellement s'abstenir d'empiéter sur le domaine réglementaire et l'article 41 permet au gouvernement d'opposer l'irrecevabilité à toute proposition de loi ou amendement qui sortirait du domaine de la loi (le conseil constitutionnel statuant, s'il y a désaccord entre le gouvernement et le président de l'Assemblée intéressée). Mais on voit, par là même, que l'hypothèse de la loi portant sur le domaine réglementaire peut malgré tout se produire si le gouvernement n'a pas opposé l'irrecevabilité. En ce cas, le gouvernement pourra modifier la loi en question par décret en conseil d'État après que le conseil constitutionnel a déclaré que la matière intéressée avait un caractère réglementaire.

B Sanction de la délimitation du domaine réglementaire

L'autorité réglementaire ne pouvant empiéter sur le domaine législatif, le règlement qui porterait sur ce domaine serait, de ce fait, illégal.

La sanction de cette illégalité est la sanction générale des actes administratifs illégaux, en particulier l'annulation si le juge est saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir.

§ 3. Régime juridique des règlements

A Titulaires du pouvoir réglementaire

C'est au premier ministre que la Constitution de 1958 confie l'exercice du pouvoir réglementaire. Elle ajoute à cet effet à la formule consacrée par une longue tradition (« assurer l'exécution des lois ») l'indication précise et sans équivoque possible que « sous réserve des dispositions de l'article 13, il (le premier ministre) exerce le pouvoir réglementaire... » (art. 21).

Cependant la « réserve » des dispositions de l'article 13 implique précisément que le premier ministre n'est point le seul titulaire du pouvoir réglementaire : aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 13 « le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres ». Le président de la République, statuant en conseil des ministres, partage donc l'exercice du pouvoir réglementaire avec le chef du gouvernement ; il l'exerce en ce qui concerne ceux des décrets réglementaires qui sont délibérés en conseil des ministres ; aucun texte de portée générale ne précise du reste quels règlements doivent être délibérés en conseil des ministres.

Dans un arrêt du 10 septembre 1992, *Meyet*, le conseil d'État a jugé que par application littérale des termes de l'article 13 de la Constitution tous les décrets effectivement délibérés en conseil des ministres (et non les seuls décrets délibérés en vertu d'un texte) sont de la compétence du président de la République qui en devient juridiquement l'auteur et peut seul, dans les mêmes formes, les modifier ou les abroger ⁷.

Par la suite, le conseil d'État a complété ou « réctifié » la jurisprudence *Meyet* : il admet que le président de la République puisse lui-même, dans le cadre d'un décret en conseil des ministres dont il est donc signataire, prévoir l'abrogation ou la modification de cette réglementation par décret du premier ministre ; le président de la République peut ainsi, en quelque sorte, « restituer » sa compétence au premier ministre ⁸.

7. Rec. Lebon, p. 327, concl. D. Kessler ; AJDA, 1992, chron. jur., p. 643 ; 1993, p. 55, note D. Pouyaud ; D., 1993, p. 293, note O. Gohin ; RDP, 1992, p. 1799, concl. et note A. M. Le Bos-Le Pourhiet.

8. CE, 9 septembre 1996, *Ministre de la Défense c/ Collas*, D. 1997, p. 129, note O. Gohin ; et auparavant, de manière implicite, CE, 18 janvier 1993, *Association nationale pour les ingénieurs techniciens*, Rec. Lebon, p. 586.

B Modalités des règlements

La nouvelle extension du pouvoir réglementaire n'a pas fait disparaître la pratique traditionnelle des règlements ayant pour objet de compléter des lois formelles, ainsi qu'on l'a déjà fait observer plus haut. Ainsi, à côté des règlements « autonomes », portant sur les matières réglementaires interdites en principe à la loi, le pouvoir réglementaire continue de pouvoir s'exercer en vue de compléter des lois.

Mais, il apparaît aisément que ces deux sortes de règlements sont aujourd'hui assez profondément différentes, les règlements du type traditionnel étant strictement assujettis à la nécessité de respecter les dispositions des lois qu'ils viennent compléter alors que les nouveaux règlements s'exercent sur des domaines où précisément il ne doit point se rencontrer de lois.

C Régime contentieux

Le régime contentieux des règlements administratifs a toujours été dominé par leur caractère d'actes « formellement administratifs ». Il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard selon qu'ils constituent des règlements autonomes ou interviennent pour l'exécution des lois. Tous les règlements sont assujettis, comme les actes administratifs individuels, au même régime contentieux, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles de recours juridictionnels ; en particulier ils peuvent être attaqués en annulation pour illégalité devant le juge de l'excès de pouvoir.

Ce régime contentieux s'étend aux ordonnances de l'article 38, tant que celles-ci n'ont pas été ratifiées par le Parlement.

Section 2

Le pouvoir réglementaire des autres autorités administratives⁹

1° Les *ministres* ne sont pas normalement titulaires d'un pouvoir réglementaire général, mais ils peuvent être exceptionnellement habilités par des lois à prendre des arrêtés réglementaires intéressant la généralité des citoyens (p. ex. règlements faits pour la police des gares et voies ferrées par le ministre des Travaux publics en vertu de l'ordonnance du 15 novembre 1846).

En outre ils disposent toujours d'un pouvoir de réglementation interne de leur service, pouvoir qui appartient du reste normalement à tout chef de service¹⁰.

2° Les *autorités administratives locales* (*préfets, maires*) exercent, dans le cadre de leurs circonscriptions territoriales respectives, un pouvoir réglementaire prévu par les lois.

La solution est traditionnelle ; cependant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a tenu à inscrire, à l'article 72 de la Constitution, que « les collectivités locales disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences » ; ce qui peut être lu comme relevant de l'évidence.

3° Les *autorités administratives indépendantes* disposent pour plusieurs d'entre elles de compétences réglementaires.

Le conseil constitutionnel a admis en effet que : « les dispositions (de l'article 21 de la constitution) ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le premier ministre le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi »¹¹.

Dans la même ligne, il a été décidé plus récemment que, « s'il est loisible au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de confier à une autorité administrative indépendante des pouvoirs de sanction dans le

9. C. Wiener, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Bibl. Droit public, 1970, tome 98. — J. M. Auby, *Le pouvoir réglementaire des autorités locales*, AJDA, 1984, p. 468. — Y. Gaudemet, *Les pouvoirs des autorités administratives indépendantes : réglementation et sanction*, Courrier jur. des finances, juin 1997.

10. CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec. Lebon, p. 172.

11. C. consti., 18 septembre 1986, Rec., p. 141.

cadre des conditions et précisions qu'il édicte, il lui appartient toutefois d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »¹². Il en résulte que lorsque — comme c'est assez souvent le cas — les autorités administratives indépendantes ont reçu de la loi des compétences de sanction administrative, notamment à l'égard des entreprises, ces sanctions ne peuvent être prononcées qu'avec toutes les garanties que doit comporter aujourd'hui, le droit administratif répressif ; par exemple, les sanctions administratives infligées par la commission de contrôle des assurances doivent être précédées d'une mise en demeure¹³.

12. C. consti., 21 janv. 1994, Rec., p. 32.

13. CE, 21 fév. 1996, *Mutuelle antillaise d'assurances*, D. adm., 1996, n. 184.

Chapitre 2

Théorie générale

de l'acte administratif unilatéral

Section 1

Caractères de l'acte

administratif unilatéral

L'acte administratif unilatéral peut être examiné de trois points de vue : celui de son auteur, des formes qu'il revêt et de l'autorité qui est la sienne.

§ 1. Aspect organique : l'auteur de l'acte

administratif unilatéral

La qualification d'un acte comme administratif découle en premier lieu de la qualité de son auteur : l'acte unilatéral est une déclaration de volonté émise par une autorité administrative. Cette référence à la qualité d'autorité administrative de l'auteur de l'acte permet de délimiter la notion d'acte administratif de trois points de vue différents.

a) Elle exclut de cette notion les actes émanant d'organes privés, réserve étant faite de la jurisprudence qui a admis le caractère administratif d'actes pris par des personnes privées dans le cadre de la gestion d'un service public ¹.

b) Elle exclut de la notion d'acte administratif les actes dont les auteurs, bien qu'ils aient un caractère public, n'ont pas la qualité d'organes

1. CE, 3 juillet 1942, *Monpeurt*, 2 avril 1943, *Bouguen* — TC, 15 janvier 1968, *Époux Barbier* — CE, 12 novembre 1990, *M. Mahler*, AJDA, 1991, p. 332, note M. Hecquard-Théron.

administratifs : actes des autorités législatives, judiciaires, juridictionnelles.

c) Elle exclut enfin les actes des agents d'exécution dont le rôle se borne précisément à l'exécution et à la préparation des actes pris par d'autres.

§ 2. La forme de l'acte administratif

Acte verbal ou écrit. — Les actes administratifs peuvent se présenter sous une forme verbale ou sous une forme écrite. Celle-ci, pour être la plus fréquente et de loin — n'est en principe de rigueur que si elle est requise par les textes.

Décision expresse et décision implicite. — Ils pourront également se présenter sous la forme de décisions explicites ou implicites. Normalement, les décisions administratives sont des décisions explicites mais il arrive qu'un texte attache au silence gardé par l'administration pendant un certain temps à la suite d'une demande formulée par un administré la signification d'une acceptation² ou d'un rejet tacite ; le silence gardé par l'administration, aujourd'hui pendant deux mois, à la suite d'une réclamation d'un administré est, depuis la loi du 17 juillet 1900, considéré comme équivalent à une décision de rejet.

Consultations préalables. — Il est de plus en plus fréquent que les décisions de l'administration soient précédées de la *consultation* d'un organisme chargé de donner son avis sur la mesure à prendre. On distingue trois modalités de procédures consultatives : la consultation facultative est celle qui est sollicitée spontanément : l'autorité n'est tenue ni de demander l'avis ni de le suivre. La consultation obligatoire est celle qu'un texte impose tout en laissant l'autorité libre de sa décision. La consultation assortie de l'exigence de l'avis conforme est celle dans laquelle l'autorité administrative est tenue non seulement de solliciter l'avis mais de le suivre. Il arrive enfin qu'une autorité ne puisse agir que sur *proposition* : en pareil cas, l'autorité administrative chargée de la décision pourra ne pas suivre la proposition mais non la modifier.

2. M. Monnier, *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, Bibl. Droit public, 1992.

§ 3. L'autorité juridique de l'acte administratif unilatéral

1° Du point de vue du fond du droit, ce qui caractérise l'acte administratif, c'est le fait que dès son entrée en vigueur il a pour effet de modifier l'ordonnancement juridique, de conférer des droits ou de créer des obligations de par la seule volonté de son auteur.

C'est le privilège dit « du préalable » considéré comme « la règle fondamentale du droit public ». Ce trait permet de distinguer l'acte administratif des actes juridiques privés, de le distinguer aussi d'un certain nombre de manifestations unilatérales de volonté des autorités administratives qui n'ont pas pour effet de créer des obligations ou de conférer des droits.

2° C'est le cas des actes préparatoires et des actes dont l'objet est de pure information, de ceux dont l'objet se limite à l'univers administratif interne et que l'on qualifie très généralement de mesures d'ordre intérieur. C'est le cas enfin des circulaires et instructions de service qui ne présentent pas un caractère réglementaire.

a) *Actes préparatoires.* — On est conduit à exclure du champ des actes administratifs exécutoires les actes qui, prenant place à l'intérieur d'une procédure déterminée, sont destinés à en permettre l'évolution normale jusqu'à sa conclusion. Ainsi de la convocation et de la consultation de commissions, ainsi également des avis sauf dans les hypothèses assez rares où ils constituent des actes détachables susceptibles par eux-mêmes de faire grief et dans les cas où ils lient l'autorité compétente pour décider. Ainsi encore de la transmission d'un dossier entre les différentes autorités qui ont à en connaître.

Mais le juge administratif estime que le recours sera recevable contre le refus de convoquer une commission ou de transmettre un dossier ; le refus, en interrompant le déroulement d'une procédure, donne, en effet, à celle-ci une conclusion préjugant des droits.

De même le recours est possible contre la décision du premier ministre de publier un rapport ³

b) *Actes d'information.* — Les actes de pure information destinés à renseigner les administrés soit spontanément soit sur leur demande ne donnent pas prise au contrôle juridictionnel de légalité ⁴

3. CE, 21 octobre 1988, *Église de scientologie de Paris et a. c/ Association pour l'unification du christianisme mondial*, Rec. Lebon, p. 354, concl. Van Ruymbeke.

4. CE, 13 février 1991, *Sté « Ile de France Média » et a. à propos d'un appel à candidatures* et 13 février 1991, *Association Radio-Alpes Info.* à propos de la décision arrêtant un plan de fréquences radio.

Tout au plus et à certaines conditions sera-t-il possible de mettre en œuvre la responsabilité de l'administration qui aurait donné des informations ou des renseignements erronés.

c) *Mesures d'ordre intérieur.* — Les mesures d'ordre intérieur qui sont des mesures dont l'objet se limite au bon fonctionnement intérieur d'une administration ne sont pas considérées par le juge comme des décisions susceptibles d'être soumises à son contrôle qu'elles soient individuelles ou générales, qu'elles concernent l'organisation ou l'aménagement du service, les modalités de son exécution, les attributions du service ou celles des agents qui en font partie, qu'elles soient relatives à la désignation des autorités du service ou à l'affectation des agents.

Mais lorsque l'objet de ces mesures dépasse le cercle administratif intérieur pour affecter les droits que les agents tiennent de leur statut ou porter atteinte à leurs prérogatives ou à celles de leur corps, elles font grief et peuvent être soumises au contrôle juridictionnel. Si l'élève d'un établissement d'enseignement est l'objet d'une punition mineure, cette mesure ne pourra être discutée en justice mais si le même élève fait l'objet d'une mesure d'exclusion ou d'un refus de passage dans la classe supérieure, un tel acte pourra être déféré au juge.

Pour tenir compte notamment des exigences de la jurisprudence de la cour européenne du droit de l'homme, la jurisprudence administrative française considère aujourd'hui généralement les punitions infligées aux militaires ou aux détenus, non pas comme des mesures d'ordre intérieur, mais comme des décisions susceptibles de recours ⁵.

d) *Circulaires.* — Les circulaires et instructions de service ont, en principe, pour objet d'exposer le droit existant aux agents de l'administration, de le leur expliquer et de fournir des directives en vue de leur action dans le cadre de ce droit. Les instructions de service sont ainsi des dispositions qui n'intéressent que le fonctionnement intérieur de l'administration et reposent sur l'autorité hiérarchique qui lie chaque subordonné à son supérieur. Elles ne constituent pas des décisions susceptibles d'être discutées devant le juge. Elles ne pourront donc être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir et leur violation ne pourra être invoquée à l'appui d'un pourvoi.

Il arrive cependant que les circulaires ou instructions de service aient un objet qui leur fasse produire des effets en dehors de l'univers administratif interne et qui conduise à les considérer comme de véritables réglementations administratives susceptibles comme telles de tomber sous le contrôle du juge. Les circulaires en pareil cas sont dites réglementaires ou aujourd'hui « impératives », et le problème se pose dans ces conditions

5. CE, 17 février 1995, *Ardouin et Marie*, deux décisions, D. adm., 1995, n° 558 et 557.

de savoir quel est le critère qui permet de distinguer les circulaires interprétatives et les circulaires réglementaires.

On peut considérer que les circulaires qui posent une règle nouvelle par rapport à la législation ou à la réglementation existante, celles qui créent des droits ou des obligations pour les tiers, ont un caractère réglementaire ⁶.

Il en résulte que lorsqu'une circulaire ou une instruction de service, sous couvert d'interprétation d'un texte législatif ou réglementaire, fixe en réalité des règles et que ces règles violent les dispositions de ce texte soit parce qu'elles leur sont directement contraires soit parce qu'elles imposent des obligations, des sujétions non prévues par ces textes, la jurisprudence annule ces circulaires pour violation de la loi, reconnaissant par une seule et même démarche le caractère réglementaire et l'illégalité qui est une illégalité au fond.

Lorsque par contre la circulaire ou l'instruction de service comporte des dispositions qui fixent des règles d'application d'un texte en particulier d'un texte législatif et ne paraissent pas violer les dispositions dont elles font application, elles sont généralement considérées comme illégales en raison de l'incompétence de leur auteur.

La jurisprudence *Institution Notre Dame du Kreisker* a été, non pas abandonnée, mais complétée et affinée par l'arrêt du conseil d'État du 18 décembre 2002, *Mme Duvignières* ⁷, qui, du point de vue de la recevabilité des recours contentieux, distingue désormais entre les circulaires impératives et les circulaires non impératives ⁸.

Le décret du 28 novembre 1983, qui a posé de délicats problèmes d'interprétation, prévoit que « tout intéressé est fondé à se prévaloir à l'encontre de l'administration des instructions, directives et circulaires publiées dans les conditions prévues par l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978... lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements » ; cependant que l'article 9 de la loi de 1978 dispose que les directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, font l'objet d'une publication régulière.

e) *Les directives*. — Les directives sont des mesures qui formellement s'apparentent aux circulaires. Il s'agit de documents par lesquels l'administration, dans les domaines où elle dispose d'un pouvoir de libre apprê-

6. CE, 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. Lebon, p. 64 ; RPDA, 1954, p. 50, concl. Tricot.

7. RFDA, 2003, p. 280.

8. V. G. Koubi, *Distinguer « l'impératif » du « réglementaire » au sein des circulaires interprétatives*, RDP, 2004, p. 499.

ciation, définit à l'avance les critères par référence auxquels elle exercera ce pouvoir.

Dans l'arrêt *Crédit foncier de France* du 11 décembre 1970⁹, le conseil d'État a estimé que le fait qu'une décision individuelle octroyant ou refusant un avantage est prise par référence à des orientations générales définies par une directive, n'entache pas cette décision d'une erreur de droit. L'administré auquel aura été opposée une décision de refus motivée par référence à une directive pourra attaquer cette décision en invoquant l'application qui lui a été faite de la directive : il lui appartiendra alors d'établir une particularité de sa situation au regard des normes contenues dans la directive ou une considération de nature à justifier qu'il y soit dérogé. L'administré pourra également attaquer la décision en invoquant l'illégalité de la directive.

Section 2

L'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux

§ 1. Règles générales

A Entrée en vigueur

L'acte administratif entre, en principe, en vigueur à partir de son émission par l'autorité administrative. Il peut cependant se produire qu'une disposition réglementaire fixe elle-même une date d'entrée en vigueur postérieure à sa publication. L'entrée en vigueur d'un texte réglementaire peut également être subordonnée à l'intervention de textes précisant ses modalités d'application. L'application d'un acte administratif pourra enfin n'être que progressive.

B Opposabilité

Ceci étant, un acte administratif n'est opposable aux intéressés ou aux tiers qu'à compter de sa publication ou de sa notification. Le principe est que les actes réglementaires doivent faire l'objet d'une publication et les actes individuels d'une notification. Pour les actes collectifs (listes

9. Rec. Lebon, p. 750, concl. Bertrand ; RDP, 1971, p. 1224, note Waline.

d'aptitude ou résultats d'examen ou de concours par exemple), il est admis que la publication suffit à l'égard de tous.

Le problème se pose de savoir si l'administration peut prendre des décisions individuelles d'application d'un texte réglementaire signé mais non encore publié. Si ce texte n'est, par la suite, jamais publié, la décision individuelle d'application sera dépourvue de base légale. Si le texte est publié, la décision individuelle d'application sera au contraire considéré comme ayant une base légale.

Le problème se pose également de savoir si les actes administratifs peuvent faire naître des droits dès leur signature, c'est-à-dire avant l'intervention de toute publicité. Ici, le bénéfice des actes individuels pourra être invoqué par les intéressés dès leur signature, avant qu'ils aient été notifiés. Au contraire, les actes réglementaires ne pourront faire naître des droits au profit des tiers avant leur publication.

§ 2. La non rétroactivité des actes administratifs

A Le principe

Les actes administratifs ne peuvent produire d'effets pour une période de temps antérieure à leur édicition.

Le principe de non rétroactivité des actes administratifs, qui est considéré comme un principe général du droit ¹⁰, a une portée très générale. Pour autant, le principe ne fait pas obstacle à ce que par exemple pour établir une réglementation nouvelle, l'autorité administrative fasse état d'éléments anciens antérieurs à la mise en vigueur de cette réglementation.

B Exceptions

Par ailleurs, le principe de non rétroactivité comporte certaines exceptions et certaines restrictions : le législateur peut généralement autoriser ou, dans certaines limites, valider une rétroactivité, sauf en matière pénale ; l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte a pour effet de faire considérer cet acte comme n'ayant jamais existé : elle implique aussi très fréquemment pour l'administration, afin d'assurer l'exécution de la décision juridictionnelle, non seulement le pouvoir mais encore

10. CE, 25 juin 1948, *Société du Journal L'Aurore*, S., 1948.3.69, concl. Letourneur ; D., 1948, p. 437, note Waline ; JCP, 1948.II.4427, note Mestre.

l'obligation de prendre des mesures de régularisation qui comportent nécessairement une portée rétroactive. Le retrait d'un acte administratif, comme l'annulation contentieuse, fait disparaître rétroactivement l'acte retiré (V. *infra*, sect. 4).

Enfin, les restrictions que connaît le principe de non rétroactivité s'expliquent parfois par la nécessité de ne pas laisser se produire un vide juridique.

Section 3

L'exécution

des actes administratifs unilatéraux

Il arrive que l'exécution des actes administratifs ne soulève pas de difficultés particulières : c'est le cas lorsque l'exécution ne nécessitant ni acte juridique ni acte matériel particulier, la modification de l'ordonnancement juridique que provoque l'acte suffit à en assurer l'exécution : également lorsque l'acte a pour destinataire l'administration elle-même ou lorsque la norme qu'il pose est une norme permissive (une autorisation par exemple). Enfin, en général, l'exécution des actes administratifs sera volontaire, spontanée.

Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il faut donc prévoir l'hypothèse où l'intéressé ne se soumettrait pas et aménager des moyens pour amener l'acte à exécution.

§ 1. Sanctions pénales

Il arrive tout d'abord que l'obéissance aux actes administratifs soit sanctionnée pénalement.

En ce qui concerne les actes réglementaires, l'illustration la plus caractéristique est fournie par les règlements de police, le code pénal punissant d'amendes ceux qui auront contrevenu aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative ou aux arrêtés publiés par l'autorité municipale (aujourd'hui article R. 610-5 du code pénal).

§ 2. Sanctions administratives

Dans certains cas, la loi permet aux autorités administratives d'infliger elles-mêmes à des administrés des sanctions qui tout en étant différentes des sanctions pénales leur ressemblent par leur caractère punitif ¹¹.

Les sanctions administratives sont entièrement assujetties au régime juridique et contentieux des actes administratifs. Si, par ailleurs, les sanctions administratives comme les sanctions pénales obéissent au principe de la personnalité des peines, le principe du non cumul des peines y apparaît beaucoup moins strict : les sanctions administratives sont par ailleurs applicables aux personnes morales et la transaction y est possible. La tendance actuelle est au rapprochement du régime des sanctions administratives et du régime des sanctions pénales, sous la double influence du conseil constitutionnel et de la cour européenne des droits de l'homme.

Enfin, en principe, les lois créant des sanctions administratives sont d'interprétation stricte.

§ 3. L'exécution par la voie administrative

Si, dans la plupart des cas, la loi pénale sanctionne la désobéissance aux actes administratifs, l'exécution forcée est possible également sous certaines conditions.

A Conditions de l'exécution forcée

L'administration peut, dans certains cas, procéder d'elle-même à une exécution forcée ¹².

a) D'abord, lorsque la loi l'y autorise (loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions militaires par exemple).

b) Ensuite, lorsque la loi n'a prévu aucune sanction contre le particulier qui résiste. Cela s'entend non seulement des sanctions pénales mais

11. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger. De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992. — J. L. de Corail, *Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression*, Mélanges R. Chapus, 1992. — G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif, l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, Bibl. Droit public, Th. Paris II, 1997.

12. TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, p. 713, concl. Romieu ; S., 1904.3.17, note Hauriou.

aussi de *toute voie de droit* appropriée à ramener l'administré à obéissance¹³

c) Enfin, en cas de circonstances exceptionnelles, de nécessité absolue ou de péril grave¹⁴

B Modalités de l'exécution forcée

Le recours à la force lorsqu'il est ainsi permis, n'est pas pour autant inconditionnel. Permis, il n'est possible que dans les conditions et selon les modalités suivantes.

1° Il faut qu'il y ait résistance, désobéissance ouverte, condition dont le respect ne peut être établi que s'il y a eu mise en demeure ou sommation.

2° L'usage de la force ne doit pas dépasser ce qui est strictement indispensable pour obtenir obéissance.

3° Ces conditions s'entendent sous cette réserve que l'exécution forcée n'est possible que pour une décision légale. L'administration si elle y a recours le fait donc à ses risques et périls. Si l'administration procède à l'exécution forcée dans des conditions régulières d'un acte que le juge annule ultérieurement pour excès de pouvoir, elle s'expose à des dommages-intérêts¹⁵ et l'on se trouve même en présence d'une voie de fait si l'administration procède à l'exécution forcée d'un acte « manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire »¹⁶.

De même, l'administration engage sa responsabilité si elle procède à l'exécution forcée dans des conditions irrégulières d'une décision légale ou illégale et elle commet une voie de fait si la mesure porte atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale¹⁷.

13. CE, 12 mars 1909, *Commune de Triconville*, Rec. Lebon, p. 275, concl. Charbonnet — 17 mars 1911, *Abbé Bouchon*, Rec. Lebon, p. 341, concl. Blum — 23 janvier 1925, *Anduran*, D., 1925.3.43, concl. Josse.

14. TC, 19 mai 1954, *Office publicitaire de France*, Rec. Lebon, p. 703 ; JCP, 1954.II.8382, note Rivero.

15. CE, 27 février 1903, *Zimmermann*, Rec. Lebon, p. 180 ; S., 1905.3.17, note Hauriou.

16. TC, 17 février 1947, *Consorts Perrin*, Rec. Lebon, p. 501 — 18 novembre 1949, *Carlier*, Rec. Lebon, p. 490 ; S., 1950.3.49, note Drago ; RDP, 1950, p. 172, concl. Gazier, note Waline ; JCP, 1950.II.5535, note GV — 10 décembre 1956, *Randon et a.*, Rec. Lebon, p. 592 ; concl. Guionin ; RDP, 1957, p. 883, note Waline.

17. TC, 30 juin 1949, *Aubert*, Rec. Lebon, p. 602 ; 27 novembre 1952, *Flavigny*, S., 1953.3.47, concl. Letourneur.

§ 4. L'exécution par voie de justice

Lorsque la loi a édicté des sanctions pénales, l'administration peut sans aucun doute provoquer des poursuites pénales contre le récalcitrant. En revanche, la question de savoir si l'administration peut demander au juge administratif ou au juge civil un jugement d'exécution, soulève plus de difficultés.

La jurisprudence est hostile à l'emploi par l'administration de l'action civile mais cet emploi est reconnu à l'administration en matière contractuelle pour l'application des sanctions contractuelles¹⁸, en matière domaniale également pour l'expulsion de particuliers occupant sans titre le domaine public¹⁹, la juridiction judiciaire se reconnaissant en la matière une compétence concurrente de celle de la juridiction administrative.

Section 4

La disparition des actes administratifs unilatéraux

Indépendamment des cas où un acte administratif est affecté d'un terme et où la survenance de ce terme entraîne la disparition de l'acte et des cas dans lesquels un acte fait l'objet d'une annulation contentieuse, un acte administratif pourra disparaître soit à la suite d'un retrait soit à la suite d'une abrogation ; le premier, comme l'annulation contentieuse, fait disparaître l'acte rétroactivement ; la seconde le prive d'effets pour l'avenir.

La théorie du retrait et celle de l'abrogation sont commandées par une double distinction : une distinction entre les actes réguliers et les actes irréguliers ; une distinction entre les actes créateurs de droits et les actes non créateurs de droits.

§ 1. Le retrait

Le retrait est l'opération par laquelle il est mis fin aux effets d'un acte à partir du moment où il est intervenu. Le retrait est — comme

18. CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, RDP, 1956, p. 575, concl. Long.

19. CE, 13 juillet 1961, *Compagnie fermière du casino de Constantine*, RDP, 1961, p. 1087, concl. A. Bernard.

l'annulation contentieuse — rétroactif : l'acte est censé n'avoir jamais existé. Le retrait étant lui-même un acte administratif, on voit qu'il est en lui-même une dérogation au principe de la non-rétroactivité des actes administratifs.

A La jurisprudence *Dame Cachet*

Après avoir admis qu'un acte même illégal ne pouvait faire l'objet d'un retrait rétroactif, puis considéré qu'un acte illégal ne pouvait créer de droits, la jurisprudence dans l'arrêt *Dame Cachet*²⁰ s'est arrêtée à une solution intermédiaire.

Selon cette jurisprudence de principe, lorsqu'une décision n'a conféré aucun droit, elle peut être retirée à tout moment qu'elle soit régulière ou irrégulière.

Lorsqu'au contraire une décision a créé des droits, elle ne peut être retirée que si elle est irrégulière et ce retrait n'est possible que tant que les délais de recours contentieux ne sont pas expirés. Lorsqu'un recours juridictionnel a été formé, le retrait est encore possible pendant toute la durée de l'instance mais dans la limite seulement des conclusions présentées par le requérant.

L'application du système élaboré par l'arrêt *Dame Cachet* ne soulève aucun problème dans deux hypothèses : pour les actes réglementaires le point de départ du délai pour le retrait comme pour le recours contentieux ne peut se situer qu'à la date de la publication. Pour les actes individuels qui n'intéressent ou ne lèsent que leur destinataire, le point de départ est nécessairement la notification à l'intéressé.

Mais il peut se produire qu'une décision intéresse à la fois son destinataire et des tiers. En pareil cas, le conseil d'État a décidé dans l'arrêt *Ville de Bagneux* du 6 mai 1966²¹ qu'en l'absence d'une publication l'administration peut toujours retirer pour illégalité un acte qui n'est pas devenu définitif bien qu'il ait été notifié à son destinataire. Cependant quand le délai n'a pas couru par la faute de l'administration, qui s'est abstenue d'indiquer celui-ci, avec les voies de recours, sur la notification de l'acte, elle ne peut en prendre argument pour retirer spontanément la décision après expiration du délai de deux mois²².

Enfin, lorsque les textes donnent au supérieur hiérarchique le pouvoir d'annuler ou de réformer pour opportunité les décisions de ses subordonnés, la naissance des droits est reportée à la date de la décision de

20. CE, 3 novembre 1922, S., 1925.3.9, note Hauriou ; RDP, 1922, p. 552, concl. Rivet, GA, n° 40.

21. Rec. Lebon, p. 303 ; RDP, 1967, p. 339, concl. Braibant ; AJDA, 1966, p. 485.

22. CE, 24 oct. 1997, *Mme de Laubier*, RFDA, 1997, p. 1331.

l'autorité supérieure ou à l'expiration du délai qui lui est imparti pour statuer²³.

B La jurisprudence *Ève* et les décisions implicites

Le conseil d'État a jugé d'autre part dans un arrêt *Ève* du 14 novembre 1969²⁴ que, lorsque le silence observé par l'administration sur une demande pendant un certain délai vaut acceptation de cette demande, l'autorité administrative se trouve « dessaisie et il ne lui est plus possible même dans le délai du recours contentieux de revenir sur ladite décision ».

Il en va différemment cependant lorsque les textes ont organisé un système de publicité obligatoire s'appliquant même aux décisions implicites. En pareil cas, ces décisions sont soumises aux règles générales du retrait et peuvent en cas d'illégalité être retirées dans le délai du recours contentieux²⁵.

Par ailleurs et surtout en application de l'article 23 de la loi du 12 avril 2000 une décision implicite d'acceptation peut être retirée pour illégalité dans le délai de deux mois et pendant toute la durée de l'instance si un recours contentieux a été formé.

C Le droit du retrait aujourd'hui

Il est résulté de tout ceci, aggravé encore par des solutions jurisprudentielles dont on dira un mot ci-après, une multiplicité de solutions différentes, selon les caractéristiques des actes en cause et leur portée, distinguées par exemple dans une importante note de P. Delvolvé à la RFDA de 2003²⁶.

En outre ces solutions, pour plusieurs d'entre elles, consacrent un « décrochage » de la doctrine de l'arrêt *Dame Cachet* qui ne justifiait la rétroactivité de l'acte de retrait que pour permettre à l'administration d'épargner au juge — qui avait été saisi ou qui pouvait encore l'être — l'annulation (elle-même rétroactive) qu'appelait l'illégalité de l'acte. Ainsi dans l'arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001, en fixant le délai de retrait à « quatre mois suivant la prise de décision », le juge dissocie

23. CE, 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec. Lebon, p. 215, concl. Vught ; AJDA, 1968, p. 335, chron. jur.

24. Rec. Lebon, p. 498, concl. Bertrand ; RDP, 1970, p. 784, note Waline.

25. CE, 1^{er} juin 1973, *Min. de l'Équipement et du Logement c/ Époux Roulin*, Rec. Lebon, p. 390 ; AJDA, 1973, p. 478 ; JCP, 1973.II.17513, note Liet-Veaux.

26. Note ss CE, 29 novembre 2002, *Assistance publique — Hôpitaux de Marseille*, RFDA, p. 235, concl. G. Bachelier, note P. Delvolvé.

complètement le retrait de l'annulation contentieuse ; ce sont les fondements mêmes de la jurisprudence *Dame Cachet* qui sont abandonnés²⁷.

§ 2. L'abrogation

L'abrogation peut être définie comme l'opération qui consiste à mettre fin à un acte administratif sans porter atteinte aux effets que cet acte a produit antérieurement.

Le problème de l'abrogation se pose de façon distincte selon qu'il s'agit d'actes réglementaires ou non réglementaires.

A Abrogation des actes réglementaires

L'abrogation des actes réglementaires ne soulève pas de difficultés de principe. Sa possibilité ne découle d'ailleurs pas du fait que les règlements ne sauraient donner naissance à des droits mais de ce que nul n'a droit au maintien d'un règlement. Il en est ainsi même si le règlement en cause est abrogé avant le terme qu'il fixait lui-même à son application²⁸.

Le problème s'est posé cependant de savoir si l'administration n'avait pas l'obligation d'abroger un règlement illégal dès l'origine ou devenu illégal. Il a donné lieu à une évolution.

Initialement, les autorités administratives étaient tenues de s'abstenir spontanément d'appliquer un règlement illégal²⁹ tandis que les administrés pouvaient indéfiniment par la voie de l'exception d'illégalité s'opposer à l'application qui leur était faite de règlements illégaux dès l'origine ou devenus illégaux par suite de changements dans les circonstances de fait ou de droit³⁰ ; mais l'autorité compétente n'était pas tenue d'abroger un règlement illégal dès l'origine s'il n'avait pas été attaqué dans le délai du recours contentieux.

Les changements de fait ou de droit ouvraient bien une nouvelle faculté de demander l'abrogation du texte que leur survenance rendait illégal. Encore fallait-il, s'il s'agissait d'un changement de droit, deman-

27. CE, 26 octobre 2001, *Ternon*, RFDA, 2002, p. 77, concl. Seners, note P. Delvolvé — et, pour une critique, Y. Gaudemet, *Faut-il retirer l'arrêt Ternon ?* AJDA, 2002, p. 178 — V. aussi Ph. Lollière, *Le retrait des décisions individuelles créatives des droits : un régime juridique peu satisfaisant*, AJDA 2008, p. 334.

28. CE, 27 janvier 1961, *Vannier* Rec. Lebon p. 60, concl. J. Kahn.

29. CE, 14 novembre 1958, *Ponard*, Rec. Lebon, p. 554.

30. CE, 22 janvier 1982, *Butin*, Rec. Lebon, p. 27.

der l'abrogation du règlement devenu illégal dans les deux mois de la publication du texte créant une situation juridique nouvelle ³¹.

Une évolution plus libérale avait semblé se dessiner ³² mais elle avait été contredite par un arrêt du 30 janvier 1981, *Min. Trav. c/ Société Afrique France Europe Transaction* ³³.

Cependant le décret du 28 novembre 1983, article 3, a posé le principe que l'administration est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal soit que le règlement ait été illégal dès la date de sa signature soit que l'illégalité résulte de circonstances de fait ou de droit postérieures à cette date ; et trois décisions rendues en formation de sous-sections réunies avaient appliqué ultérieurement ces dispositions du décret, admettant ainsi implicitement leur légalité ³⁴.

L'arrêt d'assemblée du 3 février 1989, *Cie Alitalia* a définitivement tranché la question ³⁵ en voyant un principe général du droit dans l'obligation, pour l'autorité compétente saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, d'y déférer soit que ce règlement est illégal dès la date de sa signature soit que l'illégalité résulte de circonstances de fait ou de droit postérieures à cette date.

B Abrogation des actes non réglementaires

En ce qui concerne les actes non réglementaires, le principe est celui de leur intangibilité, au moins pour les actes créateurs de droits en la personne de leur destinataire. Toutefois :

— Les actes non réglementaires créateurs de droits peuvent être abrogés dans les conditions prévues par les lois et les règlements (ainsi les droits qu'un fonctionnaire peut tenir de sa nomination ou de sa titularisation peuvent disparaître par l'effet d'une révocation).

— Les actes non réglementaires qui n'auront pas fait acquérir de droits, peuvent faire l'objet d'une abrogation, ainsi qu'il a été dit plus haut.

— En matière de police et plus généralement d'autorisations et agréments divers dispensés par l'administration, celle-ci peut mettre fin aux

31. CE, 10 janvier 1930, *Despujol*, S., 1930.3.41, note Alibert ; D., 1930.3.16, note PLJ. ; 10 janvier 1964, *Syndicat des cadres des bibliothèques*, RDP, 1964, p. 439, note Waline, p. 459, concl. Questiaux.

32. CE, 12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon*, Rec. Lebon, p. 246.

33. Rec. Lebon, p. 32, concl. contr. M. D. Hagelsteen.

34. CE, 8 février 1988, *Société nouvelle des établissements Gargantua* — 15 avril 1988, *Société civile Le Tahiti* — 20 avril 1988, Rec. Lebon, p. 140 ; LPA, 1988, note Frier, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. Lebon, p. 146.

35. RFDA, 1989, p. 391, concl. Chahid-Nourai, note Baud et Dubouis ; AJDA, 1989, p. 387, note Fouquet.

effets d'une autorisation qu'elle a elle-même accordée lorsque soit les conditions posées à l'octroi de l'autorisation ne sont plus remplies, ou encore lorsque l'intervention de nouvelles circonstances de fait ou de droit rend son maintien illégal.

— Enfin, l'administration est tenue lorsque cela lui est demandé d'abroger un acte non réglementaire non créateur de droit si celui-ci est devenu illégal à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicton ³⁶.

36. CE, 30 novembre 1990, *Ass., Les Verts*, AJDA, 1991, p. 155.

Sous-titre 2

Le procédé contractuel : théorie des contrats administratifs ¹

Dans ses rapports avec les administrés, l'administration n'emploie pas toujours le procédé de l'acte unilatéral ; elle emploie également le procédé de l'acte bilatéral et spécialement du contrat ².

Mais le procédé du contrat n'est pas nécessairement, en droit administratif, un procédé de droit privé. Sans doute dans les deux disciplines (droit administratif et droit privé), la notion même de contrat est-elle la même : en cela qu'il s'agit toujours d'un accord de volontés générateur pour les deux parties d'obligations individuelles subjectives. Mais si la nature, l'essence de l'institution sont identiques, les régimes juridiques ne sont pas nécessairement les mêmes ; il faut distinguer à cet égard parmi les contrats conclus par l'administration d'une part les contrats administratifs, soumis à des règles spéciales de droit public et dont le contentieux relève des tribunaux administratifs, d'autre part les contrats de droit commun (ou de droit privé) soumis au régime du droit privé et à la compétence judiciaire.

Ainsi, contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, tous les contrats conclus par l'administration ne sont pas pour autant des contrats administratifs. La première question qui se pose est donc

1. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008 — A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, T. I, 1983, T. II, 1984. — G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif. Les contrats*, tome III, IV et V. — Péguignot, *Théorie générale du contrat administratif*, th., 1945. — R. Drago, *Paradoxes sur les contrats administratifs*, Mél. Flour. — Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2004. — F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, 2009. — F. Moderne, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, 1995. — S. Flogaïtis, *Contrat administratif et acte unilatéral*, Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, 229. — *Liberté contractuelle des personnes publiques*, Dossier AJDA, 1998, n° 9.

2. Il est à préciser qu'il ne peut en principe être recouru au procédé contractuel en matière de police (CE, 1^{er} avril 1994, *Commune de Menthon*, Rec. Lebon, p. 175). V. J. Moreau, Les « matières contractuelles », AJDA, 1998, p. 747.

celle de savoir à quoi l'on reconnaît qu'un contrat de l'administration est un contrat administratif, autrement dit quel est le critère de distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun de l'administration ; on traitera ensuite du régime du contrat administratif.

Chapitre 1

La distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun de l'administration

La qualification de contrats administratifs, parmi l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques, résulte soit de la détermination de la loi, pour certaines catégories de contrats, soit, dans le silence des textes, de la mise en œuvre de critères qui ont été dégagés par la jurisprudence. Sur cette double base, il est possible de donner une liste au moins des principaux contrats administratifs, compliquée par le fait que les différentes rubriques qui la composent n'ont pas exactement les mêmes contenus selon les définitions du droit communautaire et celles — traditionnelles — du droit français.

Une remarque préalable doit être faite, relative au critère organique qui, normalement, caractérise le contrat administratif.

Élément organique. — Le contrat administratif est normalement un contrat conclu par une personne publique ; ou, pour dire la même chose autrement, la présence d'une personne publique au contrat est la condition première et nécessaire pour que ce contrat soit qualifié de contrat administratif.

Il n'y a à cela que de rares exceptions en droit français : cas des contrats de travaux routiers passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes ou d'ouvrages d'art routier¹ ; cas des contrats d'occupation du domaine public passés par les concessionnaires (D.-L. du 17 juin 1938) (v. encore *infra*).

En revanche le droit communautaire ne s'arrête pas à la personnalité publique ou privée — selon le droit national — du cocontractant et

1. TC, 8 juillet 1963, *Entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel Côte d'Azur*.

soumet à une même réglementation impérative de concurrence et de procédure l'ensemble des contrats passés par ceux qu'il appelle des « entités adjudicatrices » ou des « pouvoirs adjudicateurs ».

Section 1

Identification des contrats administratifs

§ 1. Contrats administratifs par détermination de la loi

Il arrive qu'un texte attribue compétence à la juridiction administrative pour connaître du contentieux de certaines catégories de contrats de l'administration ; de cette attribution légale de compétence il résulte naturellement que les contrats de ces catégories sont toujours et nécessairement des contrats administratifs. C'est le cas notamment pour les *marchés de travaux publics* (loi du 28 Pluviôse an VIII), ainsi que pour les *contrats comportant occupation du domaine public* (D.-L., 17 juin 1938, aujourd'hui art. L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques).

Dans d'autres cas la qualification de contrat administratif est directement faite par la loi, sans le détour par l'habilitation contentieuse (ord. du 17 juin 2004 sur les contrats du partenariat public-privé ; loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financière ou loi MURCEF, qui désigne comme contrats administratifs tous les contrats passés en application du Code des marchés publics).

Ces hypothèses de qualification directe ou indirecte par la loi concernent aujourd'hui la plupart des catégories de contrats administratifs. Ainsi la loi du 11 décembre 2001 qualifie de contrats administratifs tous les contrats passés en application du code des marchés publics et l'ordonnance du 17 juin 2004 fait de même pour les contrats de partenariat public privé qu'elle régit.

§ 2. Critères jurisprudentiels ²

En dehors des contrats administratifs par détermination de la loi, les autres contrats de l'administration peuvent être, selon les cas, administra-

2. G. Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, Mélanges Mestre, p. 527. — P. Weil, *Le critère du contrat administratif en crise*, Mélanges Waline,

tifs ou de droit commun. Avant d'étudier les critères qui permettent de dire s'ils sont de l'une ou de l'autre nature, on fera deux remarques.

A Remarques liminaires

a) Un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif³, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé⁴.

b) Un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut pas être un contrat administratif même si l'une de ces personnes privées est investie d'une mission de service public⁵. Tel est le principe qu'on a rappelé ci-dessus.

Par dérogation à celui-ci, la jurisprudence a cependant admis que les marchés conclus avec des entrepreneurs par les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes sont passés pour le compte de l'État et, la construction des routes nationales ayant le caractère de travaux publics, sont soumis aux règles du droit public⁶.

Cette jurisprudence, qui a été ultérieurement étendue au cas des sociétés concessionnaires de travaux d'équipement lorsque celles-ci sont mandataires⁷, a été confirmée, pour les travaux routiers, par une décision du tribunal des conflits du 12 novembre 1984⁸ et étendue aux sociétés à capitaux exclusivement privés⁹.

1974, p. 831. — J. Lamarque, *Le déclin du critère de la clause exorbitante*, Mélanges Waline, 1974, p. 497.

3. TC, 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris et a. c/ Secr. État aux P. et T.*, Rec. Lebon, p. 597 ; AJDA, 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; D., 1984, p. 33, note J.-B. Auby et H.-G. Hubrecht.

4. CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, AJDA, 1990, p. 614, note F. Colly.

5. TC, 3 mars 1969, *Société Interprofessionnelle du lait et de ses dérivés*, Rec. Lebon, p. 682 ; AJDA, 1969, p. 307, concl. Kahn, note de Laubadère ; RDP, 1969, p. 695, note Waline.

6. TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, Rec. Lebon, p. 787 ; D., 1963, p. 534, concl. Lasry, note Josse ; JCP, 1963.II.13375, note Auby.

7. CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, AJDA, 1975, p. 375 ; D., 1976, p. 4, note Moderne — TC, 7 juillet 1975, *Commune d'Agde*, D., 1977, p. 8, note Bettinger.

8. *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, AJDA, 1985, p. 156, concl. Genevois.

9. CE, 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, Rec. Lebon, p. 69, concl. Guillaume ; AJDA, 1989, p. 391, note J. Dufau ; RFDA, 1989, p. 619, note Pacteau ; JCP, 1989.II.21323, note Level.

B Exposé des critères jurisprudentiels

Le critère du contrat administratif, en dehors des hypothèses de qualification par la loi, est double.

a) En premier lieu, le contrat est administratif, quelles que soient les clauses qu'il contient, s'il a pour objet de faire participer directement le cocontractant à l'exécution même d'un service public.

Cette idée a d'abord été appliquée aux contrats de concession de services publics, qui portent sur des services publics industriels ou commerciaux (v. plus loin la théorie de la concession de service public). Mais elle a été étendue à tous les genres de services publics¹⁰.

Pour mettre un terme à la complexité excessive à laquelle l'application de ce critère avait pu conduire¹¹, le tribunal des conflits a décidé dans un arrêt *Berkani* du 25 mars 1996 que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »¹².

b) Le second critère du contrat administratif est le critère dit des clauses exorbitantes : est contrat administratif tout contrat conclu par l'administration, dans lequel ont été insérées des clauses exorbitantes du droit commun, c'est-à-dire étrangères à celles que l'on rencontre normalement dans les contrats entre particuliers (par exemple la réserve au profit de l'administration de prérogatives rompant l'égalité des contractants, l'octroi au cocontractant de prérogatives à l'égard des tiers, la possibilité pour l'administration de résilier unilatéralement le contrat sans faute reprochée au cocontractant, etc.).

Le critère de la clause exorbitante a été adopté par le conseil d'État dans l'arrêt de principe du 31 juillet 1912¹³. Il est, depuis lors, constamment utilisé, en concurrence avec celui de la participation directe à l'exécution du service public, ces deux critères actuels étant, non cumulatifs, mais alternatifs.

Le contrat pourra d'ailleurs être administratif non seulement en raison de clauses exorbitantes y figurant mais aussi du fait d'éléments extérieurs aux stipulations elles-mêmes du contrat et rendant le régime de celui-ci exorbitant du droit commun¹⁴.

10. CE, 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Rec. Lebon, p. 167 ; D., 1956, p. 433, note de Laubadère ; RDP, 1956, p. 869, concl. Long, note Waline.

11. V. par exemple TC, 25 novembre 1963, *Dame Veuve Mazerand*, Rec. Lebon, p. 792.

12. Rec. Lebon, p. 535, concl. P. Martin ; AJDA, 1996, p. 355.

13. *Société des Granits des Voges*, S., 1917.3.15, concl. L. Blum.

14. CE, 13 janvier 1973, *Société d'exploitation de la rivière du Sant*, p. 48 ; CJEG, 1973, p. 239, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1973, p. 239 ; Rev. adm., 1973, p. 633, note Amsselek.

Inversement la jurisprudence se montre parfois réticente à considérer la clause d'un contrat comme exorbitante ; ainsi une clause d'occupation précaire du domaine public n'est plus considérée comme exorbitante ¹⁵.

c) Mais l'état du droit reste bien fixé au principe des critères alternatifs de l'association du service public et de la clause exorbitante.

Ainsi, pour le tribunal des conflits et à propos du contrat de location de matériels reprographiques par un lycée, il est jugé que, « s'ils permettaient à l'établissement de disposer de matériels nécessaires à l'accomplissement de sa mission, ces contrats n'avaient pas pour objet de faire participer le cocontractant de l'administration à l'exécution du service public ; que, conclus seulement pour les besoins du service public, ils ne comportaient pas de clauses exorbitantes du droit commun ; qu'il s'ensuit qu'il appartient à la juridiction judiciaire de connaître du litige né de leur résiliation par le lycée » ¹⁶.

Section 2

Les principaux contrats administratifs

C'est ici que le vocabulaire — très marqué par l'histoire — est déficient et source de confusions, surtout qu'il ne coïncide pas avec celui du droit communautaire.

§ 1. Les marchés publics

Les « marchés publics », au sens du droit français, sont définis par l'actuel code des marchés publics annexé au décret du 1^{er} août 2006 comme les contrats conclus à titre onéreux, par l'État, les établissements publics administratifs et les collectivités locales et les établissements publics locaux pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (art. 1 et 2 du décret).

On constate qu'ainsi les marchés publics sont caractérisés par le versement d'un prix par la personne publique, en contrepartie de la prestation fournie ; cette prestation peut consister en travaux, fournitures ou services, selon une trilogie qui est aussi celle du droit communautaire.

15. Cass. 3^e civ., 2 février 2005 ; *DNF*, *AJDA*, 2005, p. 741.

16. TC, 15 novembre 2004, *SA Slibail c/ Lycée régional Hélène-Boucher*, *AJDA*, 2005, p. 285.

Marchés publics et code des marchés publics. — Mais on doit tout de suite ajouter que tous les contrats de ce type passés par des personnes publiques ne sont pas des « marchés » au sens du Code des marchés publics ou — si l'on veut dire la même chose autrement — n'entrent pas dans le champ que celui-ci donne lui-même à son application.

— Ainsi les « marchés » passés par les établissements publics industriels et commerciaux ne sont pas des marchés régis par le code des marchés publics qui ne vise que les établissements publics administratifs. Ils sont soumis à un texte distinct, actuellement l'ordonnance du 6 juin 2005. Ils sont également des marchés au regard de droit communautaire.

— Ainsi les marchés passés par des « entités adjudicatrices » qui ne sont pas des personnes publiques, ne sont pas des marchés publics au sens du droit français ; mais ils sont soumis aux directives « marchés publics » du droit communautaire.

— Ainsi encore les « marchés globaux ou de partenariat », passés par des personnes publiques qui sont pourtant soumises au Code des marchés publics, ne sont cependant pas soumis à ce code, mais réglementés spécialement en dehors de lui. La raison en est que certaines de leurs caractéristiques ne sont pas compatibles avec la réglementation actuelle du Code des marchés publics. Ils sont cependant des marchés au sens du droit communautaire (v. *infra*, § 2).

On constate ainsi la non-coïncidence de la catégorie des « marchés publics » du droit français, soumis à la réglementation du code des marchés publics, et de celle des « marchés publics » du droit communautaire, relevant des directives « marchés ». La seconde est plus large que la première.

§ 2. Les contrats globaux de type partenariat

Venons-en à ces contrats globaux dont il vient d'être dit qu'ils ne relevaient pas du code des marchés publics. Ces contrats globaux ont été spécialement et récemment organisés par une ordonnance du 17 juin 2004 sous l'appellation de « contrats de partenariat ».

1° Il s'agit de contrats de longue durée, dont l'objet est précisément de confier au cocontractant à la fois des prestations d'études, de financement, de travaux, de fourniture, d'entretien et de services ; leur objet n'est donc pas intrinsèquement différent de celui des marchés, mais il l'est par son caractère global.

Or cet objet global n'est pas possible dans le cadre du code des marchés publics, en raison de deux dispositions au moins de ce code :

— l'interdiction du paiement différé, puisque, dans un contrat global, le cocontractant préfinance le contrat et est rémunéré par annuités constantes tout au long de celui-ci ; — des règles d'allotissement qui obligent le cocontractant à diviser son offre en plusieurs lots même si tous sont attribués au même cocontractant.

On est donc en présence de marchés publics au sens du droit communautaire, proches des marchés publics du code français des marchés publics, mais qui, cependant, ne relèvent pas de celui-ci et qui sont désignés pour ce motif comme des contrats globaux ou des contrats de partenariat, et non comme des « marchés publics ».

2^o Ces contrats globaux ne sont pas une nouveauté¹⁷. Ils se sont d'abord imposés dans la pratique sous le nom de « marchés d'entreprise de travaux publics » très pratiqués dans les années 80. Puis des textes dont l'objet principal étaient de donner une sécurité juridique suffisante aux investisseurs privés sur le domaine public ont été interprétés et appliqués comme le support de contrats globaux passés avec ces investisseurs¹⁸. Plus tard des lois spéciales propres à la police et à la gendarmerie¹⁹, au service pénitentiaire²⁰, puis aux hôpitaux²¹ ont prévu et permis ce même type de contrats globaux, chacun dans le domaine qui lui est propre.

Et cela jusqu'à ce que l'ordonnance du 17 juin 2004 « créant le contrat de partenariat public-privé » généralise le procédé et le réglemente définitivement en marge du code des marchés publics.

C'est donc là une seconde variété de contrats administratifs, les contrats globaux ou de partenariat, qui ont en commun avec les marchés la rémunération du cocontractant par un prix, qui sont des marchés au sens du droit communautaire, mais qui ne sont pas soumis au code français des marchés publics et sont réglementés en dehors de lui.

On précisera ici que ces deux premières catégories de contrats, marchés et contrats globaux ou de partenariat, sont aujourd'hui volontiers regroupées sous le vocable, repris du droit communautaire, de « commande publique ». Ils se distinguent ainsi des autres contrats qui n'ont pas un objet de prestation commandée par l'administration à son cocontractant.

17. V. Y. Gaudemet, *Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique*, BJCP, n. 36, 2005, p. 331.

18. Bail emphytéotique administratif de la loi du 5 janvier 1988 repris aux articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales. Loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

18. Loi du 9 août 2002.

20. Loi 9 sept. 2002.

21. Ord. 4 sept. 2004.

§ 3. Les conventions de délégation de service public

1° Dans les concessions et les affermagés, l'administration ne commande pas des prestations mais entend organiser un service public en s'assurant, par contrat, le concours d'un opérateur. Dans la concession, l'opérateur a la charge des investissements ; dans l'affermage il gère les infrastructures déjà disponibles ; dans l'un et l'autre cas, il n'est pas rémunéré par un prix versé par son cocontractant public, mais par les redevances qu'il est autorisé à percevoir sur les usagers du service.

2° Depuis la loi du 29 janvier 1993, il est habituel de regrouper ces deux procédés sous l'appellation commune de « délégation de service public ».

Ces délégations de service public ne sont pas des marchés au sens du droit communautaire et ne sont pas en conséquence soumises aux directives « marchés publics ». On considère néanmoins, avec la jurisprudence de la cour de justice des Communautés, qu'elles doivent respecter les principes généraux de concurrence communautaire, déduits directement du droit primaire des traités ²².

3° Elles font aujourd'hui l'objet d'une réglementation spécifique, sur la base de la loi du 29 janvier 1993 ou loi Sapin. Les lois du 2 février 1992 sur l'administration territoriale de la République et du 29 janvier 1993 sur la prévention de la corruption ont consacré la notion de contrat de délégation de service public faisant ainsi passer une réalité administrative au rang de concept doctrinal.

— Du point de vue de la formation du contrat, les règles applicables aux contrats de délégation de service public sont moins contraignantes que celles qui s'appliquent aux marchés. En matière de contrats de délégation de service public, la règle du libre choix du cocontractant de l'administration qui en matière de marchés sauf exception n'existe pas, demeure, même si des textes récents ont soumis ce choix à des règles de publicité préalable (art. 38, L. 29 janvier 1993 et décret du 24 mars 1993), à quoi s'ajoute le respect de la concurrence communautaire (v. *supra*).

— En ce qui concerne l'exécution du contrat, la principale parmi les règles spécifiques est représentée par la limitation de la durée des contrats de délégation ; les possibilités de prolongation des contrats étant également encadrées ²³.

22. Jurisprudence *Teleaustria* et *Telefonadress* de la CJCE, 7 décembre 2000.

23. Sur la réattribution des concessions, v. Y. Gaudemet, *Délégations du service public ; La réattribution des concessions*, Mon. TP, 5 novembre et 12 novembre, 1999, p. 57 et 54.

— Enfin la loi du 29 janvier 1993 (art. 49) a étendu aux conventions de délégation de service public le contrôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public peuvent — comme les marchés — faire l'objet d'une procédure de recours spécifique à caractère précontractuel qui permet aux entreprises qui s'estiment évincées à tort de saisir le juge pour faire sanctionner de façon préventive la méconnaissance des règles de formation du contrat (v. *infra*).

§ 4. Les contrats d'occupation du domaine public

On peut mentionner encore d'autres contrats qui ne sont pas davantage des marchés, comme les contrats d'occupation du domaine public par lesquels une personne publique propriétaire autorise un occupant à s'installer sur le domaine public, moyennant redevance, et pour y développer les activités autorisées par le titre ²⁴.

Ils sont parfois inclus dans des conventions de délégation de service public (v. *supra*).

24. V. *Traité de droit administratif*, tome 2, n° 468 et s.

Chapitre 2

Le régime juridique des contrats administratifs

L'intérêt de la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun de l'administration ne réside pas seulement dans les différences relatives à la compétence contentieuse pour connaître de ces deux catégories de contrats mais aussi dans les règles de fond qui leur sont applicables. Le régime juridique des contrats administratifs est, sur certains points, différent du droit privé contractuel, applicable, lui, aux contrats de droit commun de l'administration. Cette originalité concerne à la fois la conclusion et l'exécution du contrat.

Auparavant il faut dire un mot de la question — mal réglée à ce jour — des sources du droit des contrats administratifs.

Section 1

Les sources du droit des contrats administratifs

Le régime du droit des contrats administratifs n'a pas d'abord été pensé comme un tout. Les éléments principaux de celui-ci ont été dégagés historiquement par la jurisprudence, souvent dès l'Ancien Régime, principalement à propos du marché de travaux publics puis de la concession de travail et de service public.

Cependant depuis une vingtaine d'années, et en liaison avec l'irruption du droit communautaire dans la matière, la réforme du droit des contrats administratifs, entendue comme une législation d'ensemble cohérente et

unique, sous la forme notamment d'un code des contrats administratifs, est à l'ordre du jour ; on a pu la croire même, à plusieurs reprises, sérieusement engagée ¹.

§ 1. Les projets de codification

La codification du droit des contrats publics (ou des marchés) avait été inscrite, dès 1990, au programme de la commission supérieure de codification ; un rapporteur avait même été désigné pour ce code, dès le 1^{er} février 1990. Faute d'avoir abouti ni même progressé entre temps, le projet d'un code des contrats administratifs figure à nouveau au projet quadriennal de codification adopté en 1995 par la même commission supérieure de codification ; ce code devait reprendre l'ensemble des dispositions relatives aux « contrats d'intérêt général » et spécialement les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 sur les délégations de service public. Le projet est bien celui d'un code unique pour l'ensemble des contrats publics.

Mais dès alors la dispersion des lieux de préparation de cette codification, l'absence de coordination d'ensemble se font sentir. D'un côté, en effet, le gouvernement, au sein du ministère de l'Économie et des Finances, prépare une réforme du code des marchés publics, limitée, comme sa dénomination l'indique, aux seuls marchés couverts par cette réglementation spécifique. Et simultanément, en août 1995, le premier ministre chargeait un député d'une mission d'étude sur l'évolution du droit des marchés publics, pour proposer une réforme déjà placée sous le double signe de la cohérence et de la simplicité ; le rapport demandé (rapport Trassy-Paillogues) servit de base à un projet de loi déposé en mars 1997 sur le bureau de l'Assemblée nationale, projet de loi qui, la majorité de l'Assemblée nationale ayant changé entre-temps, n'est jamais venu en discussion.

Reprenant le chantier en 1999, le ministère de l'Économie et des Finances rendait public un document d'orientation pour une réforme à venir visant « à renforcer la transparence des procédures et la sécurité juridique des acheteurs publics, à simplifier la commande publique et à l'ouvrir plus largement aux petites et moyennes entreprises ». Ceci conduira, plus modestement, à un nouveau code des marchés publics — limité donc aux seuls marchés — publié par un décret du 7 mars 2001.

1. Voir sur tout ceci l'important article de F. Moderne aux *Mélanges Timsit*, p. 433, *À propos de la codification du droit des contrats publics, réflexions sur l'expérience française*, article dont on reprend ici les informations qu'il donne sur les tentatives successives de réforme.

Immédiatement contesté au contentieux et par les autorités communautaires, le code de 2001 fut remplacé par un nouveau code — également réglementaire — publié par un décret du 7 janvier 2004. De nouveaux contentieux ayant abouti à l'annulation de certaines des dispositions de ce code² ; et la réglementation communautaire ayant à nouveau changé, un nouveau code des marchés publics a été publié, annexé au décret du 1^{er} août 2006.

Parallèlement, le projet d'un code plus large dit « code de la commande publique » ou « code des contrats administratifs » réapparaît ; la loi du 9 décembre 2004 habilite le gouvernement à agir par voie d'ordonnances, dans des domaines variés dont celui du droit des contrats administratifs, toujours dans une perspective de simplification et de clarification du droit³.

Que lit-on dans cette loi pour la matière des contrats administratifs ?

— D'abord, à l'article 65 que, dans un délai de 6 mois : « Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans le respect de la transparence et de la bonne information du public : 1) les mesures nécessaires pour rendre compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics ; 2) les mesures permettant de clarifier les règles applicables aux marchés passés par certains organismes non soumis au code des marchés publics ; 3) les mesures permettant d'alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales ».

— Ensuite à l'article 84, que, dans un délai cette fois de 18 mois, le gouvernement est habilité à procéder par ordonnance à « l'adoption de la partie législative du Code de la commande publique » ; il s'agit cette fois, selon le point II du même article, d'une codification à droit constant.

Qu'est-ce à dire ? Que la transposition des directives, dans le code des marchés publics et en dehors du champ de celui-ci, doit se faire par voie d'ordonnance, ainsi encore que l'adoption de mesures permettant d'alléger les procédures pour les collectivités locales. Mais a-t-on besoin d'une ordonnance pour ce faire puisque le conseil d'État et le conseil constitutionnel considèrent — c'est peut-être discutable⁴, mais c'est le

2. CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, Mon. TP, 4 mars 2005, suppl., p. 464.

3. Le procédé de l'ordonnance reprend le procédé des décrets-lois des III^e et IV^e Républiques ; c'est déjà la formule de l'ordonnance qui a été utilisée pour les contrats de partenariat : ord. du 17 juin 2004, sur la base d'une habilitation de la loi du 2 juillet 2003.

4. V. *infra*, B.

cas — que la matière est réglementaire, au moins pour le code des marchés publics⁵.

Quant à un futur code de la commande publique — sur le périmètre duquel planent les plus grandes incertitudes —, l'exercice sera difficile, puisqu'il s'agit, si l'on comprend bien, de juxtaposer, dans un unique *instrumentum*, le code (réglementaire) des marchés publics, l'ordonnance (ratifiée) sur les contrats de partenariat, les textes (législatifs) sur la sous-traitance ou le financement des marchés, la législation relative aux marchés publics communautaires extérieurs au Code des marchés, voire les lois spéciales organisant tel ou tel contrat, élément de la commande publique.

Le délai d'habilitation ouvert par la loi du 9 décembre 2004 est expiré ; mais le projet d'un code de la commande publique a été repris et se heurte aux mêmes difficultés de fond que l'on vient de dire.

Et c'est là une seconde difficulté : les sources du droit des contrats administratifs ne sont pas toutes de même niveau.

§ 2. Loi et règlement comme sources du droit des contrats administratifs⁶

On pourrait penser que, si les contrats administratifs sont des contrats, les règles fondamentales de leur régime juridique relèvent de la loi, conformément à ce qu'exige l'article 34 de la Constitution. Les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 sont en ce sens.

Et en effet, les contrats de partenariats sont régis par la loi ; ainsi que la sous-traitance ou le droit de la maîtrise d'ouvrage publique ; ou encore les délégations de service public et les contrats d'occupation du domaine public.

Mais le conseil d'État au contentieux⁷ et comme plus récemment le conseil constitutionnel⁸ ont considéré que la matière des marchés,

5. V. encore la récente décision, CE, 23 février 2005, *ATMMP*, préc.

6. V. Y. Gaudemet, *Le contrat administratif, un contrat hors la loi*, Cah. cons. const., 2004, n. 17, p. 91 et *Traité de droit administratif*, tome 1, n. 1433 et s.

7. CE, 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, AJDA, 2003, p. 718, confirmant CE, 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. Lebon, p. 197.

8. Cons. const., 22 août 2002, Rec., p. 198, consid. n° 11 : « *considérant que ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exigent que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'État soient définies par la loi* ». On note que cette formule de la décision du conseil constitutionnel, en étendant la compétence réglementaire des marchés (solution du conseil d'État) à tous les « contrats », au moins pour ce qui est de leur « mode de passation », est en contradiction complète avec la pratique législative antérieure (« l'état de la législation antérieure ») pour tous les contrats administra-

voire la passation des contrats administratifs en général, est réglementaire, au bénéfice d'une construction discutable — et discutée —, mais que le juge paraît vouloir conserver⁹.

Section 2

La conclusion des contrats administratifs¹⁰

Distinction des marchés publics et des autres contrats administratifs.

— Si comme on vient de le dire le particularisme du régime juridique des contrats administratifs apparaît d'abord dans leur conclusion, il faut cependant dans ce domaine distinguer le cas des marchés publics et celui des autres contrats. C'est seulement en effet dans le cas des marchés que le régime juridique apparaît vraiment original.

Dans les contrats administratifs autres que les marchés, la conclusion du contrat n'est pas assujettie à des règles obligatoires originales pas plus en ce qui concerne le choix du contractant sur lequel l'administration se décide librement qu'en ce qui concerne la forme du contrat qui est également libre (le contrat peut par exemple être verbal aussi bien qu'écrit). Ils doivent cependant respecter les principes généraux de transparence et de concurrence communautaire déduits, pour tous les contrats passés par des « entités adjudicatrices » ou des « pouvoirs adjudicateurs » du droit primaire des traités communautaires¹¹.

Il en va très différemment pour les marchés publics en conséquence de règles strictes contenues dans le code des marchés publics. Ce code

tifs autres que les marchés, en contradiction également avec la jurisprudence, du conseil d'État qui limite la compétence réglementaire aux seuls marchés de l'État (et sur la base — contestable — d'une ancienne habilitation législative), et qu'on ne comprend pas enfin pourquoi cette attribution de compétence est limitée aux seules « modalités de passation » des marchés et non appréciée par rapport à tous les éléments fondamentaux du régime de ces contrats (p. ex. pouvoir de résiliation unilatérale sans faute ou de modification unilatérale ou encore les principes de cession du contrat).

9. CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité dans les marchés publics*, Rec. Lebon, p. 71.

10. P. Delvolvé, *Vers l'unification du droit des « marchés publics »*, Mél. Drago, p. 225. — Y. Weber, *Les acteurs des contrats de l'administration*, Mél. Peiser, p. 521. — *Code des marchés publics*, commenté et annoté par F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Litec, 2009. — F. Lichère, *La définition contemporaine du marché public*, RDP, 1997, p. 1753.

11. CJCE, 7 décembre 2000, *Teleaustria et Telefonadress*, AJDA, 2001, p. 106, note L. Richer.

a été réformé — comme on l'a vu — par un décret du 7 mars 2001 puis par un décret du 7 janvier 2004 ; un nouveau code est intervenu avec le décret du 1^{er} août 2006.

On décrira succinctement le régime en vigueur avant 2001, puis celui qui lui a succédé à cette date, largement conservé par les codes de 2004 et de 2006.

§ 1. Le régime en vigueur avant le code de 2001

A Le choix du cocontractant

Dans le régime antérieur au 8 septembre 2001, le problème se posait de savoir dans quelle mesure l'administration était libre de recourir selon son choix à l'une ou à l'autre des trois modalités de conclusion d'un marché qui étaient respectivement l'adjudication, l'appel d'offres et le marché négocié.

a) La procédure de l'adjudication avait pour objet de limiter le choix par l'administration de son cocontractant et aussi la discussion et la détermination du prix du marché.

Ces éléments étaient en effet déterminés de la manière suivante.

1° Publicité destinée à attirer les candidats et consistant dans un avis (par affiche ou par presse) d'adjudication indiquant les conditions, l'objet et la mise à prix du marché.

2° Remise par les candidats au bureau d'adjudication créé par l'administration sous pli fermé et cacheté de leurs soumissions c'est-à-dire la proposition du prix auquel ils consentaient à prendre le marché.

3° Désignation par le bureau d'adjudication des soumissionnaires admis à prendre part à l'adjudication. Il pouvait en effet y avoir des conditions exigées (nationalité, caution financière). Dans la forme dite adjudication restreinte le bureau avait le pouvoir discrétionnaire d'écarter les candidats dont la capacité professionnelle lui serait apparue insuffisante.

4° Les soumissionnaires admis étant désignés, les plis de soumission étaient ouverts et le marché obligatoirement attribué à celui qui avait fait le plus fort rabais par rapport à la mise à prix.

5° L'adjudication était approuvée par l'autorité administrative. L'administration avait d'ailleurs un pouvoir discrétionnaire pour approuver ou non et par conséquent pour conclure ou non le contrat mais le soumissionnaire lui était déjà lié par son offre.

b) Dans la procédure de l'appel d'offres, on retrouvait la règle de mise en concurrence réalisée sous la forme des soumissions mais elle n'avait pour but que d'éclairer l'administration sans la lier.

L'administration restait libre de choisir finalement son contractant sans être obligée d'attribuer le marché au concurrent qui a fait l'offre la plus avantageuse.

c) Enfin le marché négocié était celui dans lequel l'administration disposait d'une liberté complète dans le choix de son cocontractant sans même avoir à organiser une mise en concurrence quelconque.

B Le choix des procédures

Dans les marchés publics, antérieurement au décret du 7 mars 2001 la procédure du marché négocié ne pouvait être employée par l'administration que dans des cas limitativement énumérés (nécessité de secret, urgence, marchés d'essai, détention de brevet d'invention par le cocontractant, nécessités techniques ou d'investissements).

Dans tous les autres cas, le principe avait été pendant longtemps que l'administration était tenue de recourir à la procédure de l'adjudication parce que cette procédure était la plus favorable aux intérêts financiers des collectivités publiques, permettant de réaliser les travaux ou commandes aux moindres frais pour elles. Des raisons diverses (importance des considérations techniques ou administratives à côté des considérations purement pécuniaires, caractère parfois illusoire des vertus attribuées à l'adjudication) avaient conduit à assouplir le principe à partir d'un décret du 13 mars 1956 avant que le décret du 7 mars 2001 ne consacre la disparition de l'adjudication. Le principe était tant pour les marchés des collectivités locales que pour ceux de l'État que l'administration a en toute hypothèse la faculté d'employer à son choix soit l'adjudication soit l'appel d'offres.

C La forme écrite

Une seconde particularité de la conclusion des marchés publics était que la forme écrite était obligatoire pour eux sauf lorsque le montant de la prestation ne dépassait pas certains chiffres.

Cette rédaction écrite des marchés publics se présentait sous la forme des cahiers des charges, documents régissant les droits et obligations de chaque partie dans le marché.

Ces cahiers des charges comprenaient des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux étaient représentés par les cahiers des clauses administratives générales qui fixaient les dispositions applicables à toute une catégorie de marchés et les cahiers des clauses techniques générales qui fixaient les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les documents particuliers étaient représentés par les cahiers des clauses administratives particulières qui fixaient les dispositions administratives propres à chaque marché et les cahiers des clauses techniques particulières qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché.

Les deux premiers de ces documents peuvent paraître avoir un caractère réglementaire puisqu'ils se présentent dans leur rédaction comme des sortes de dispositions générales applicables à tous les marchés d'une certaine catégorie. En réalité il n'en est rien car ils ne contribuent (avec les documents particuliers) à régir le marché concerné que parce que celui-ci y renvoie et se les incorpore ainsi.

Tous ces documents sont donc exclusivement contractuels. Il en résulte que si l'un d'eux vient à être modifié par un arrêté ministériel nouveau les innovations sont inapplicables aux marchés passés sous l'empire du cahier antérieur.

D Comités de règlement amiable

Un décret du 25 février 1991 a institué auprès du premier ministre un comité consultatif de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés passés par les services centraux de l'État et de ses établissements publics autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial.

Sont constitués par ailleurs par un arrêté conjoint du premier ministre et du ministre chargé de l'économie et des finances auprès du préfet désigné par cet arrêté des comités consultatifs régionaux ou interrégionaux de règlement amiable des différends et litiges relatifs aux marchés passés par les services extérieurs de l'État autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial lorsque du fait de la localisation ou des attributions de ces établissements la compétence du Comité national ne se justifie pas. Ces comités ont pour mission de rechercher les éléments de droit ou de fait pouvant être équitablement adoptés en vue d'une solution amiable.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend le cas échéant les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par la personne responsable du marché après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs notamment les pouvoirs propres de leurs présidents sont fixés par décret.

L'institution a été conservée par le code des marchés publics de 2001, de 2004 et de 2006.

§ 2. Les codes des marchés publics de 2001 à 2006

Le code des marchés publics du décret du 7 mars 2001 consacre une évolution de la réglementation des marchés publics destinée à tenir compte des changements économiques et technologiques, des lois de décentralisation et des avancées du droit communautaire.

Le décret unifie les règles applicables aux collectivités territoriales, aux établissements publics et à l'État. Il indique les différences des régimes de passation entre les marchés publics normaux et ceux qui présentent des particularismes importants (marchés fractionnés, marchés de définition, marchés de maîtrise d'œuvre).

Ce parti d'ensemble a été conservé par le code du décret du 7 janvier 2004 et celui du 1^{er} août 2006 actuellement en vigueur. On en expose l'économie générale.

A Champ d'application et principes

Selon la définition donnée par le décret, les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Le texte, on le voit, établit que le cocontractant de la personne publique qui passe le marché peut être une personne privée ou une personne publique.

Le code de 2006 introduit, à côté des marchés publics proprement dits, la catégorie des accords-cadres qui ont pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et les quantités envisagées.

Les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Les dispositions du code s'appliquent aux marchés conclus par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics,

à l'exception d'un certain nombre de marchés et accords-cadres énumérés à l'article de 3 du code.

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en tenant compte les objectifs de développement durable. Le marché doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces prestations.

B Formes des marchés

Les marchés publics sont sauf exception des contrats écrits. Les pièces constitutives en sont l'acte d'engagement et les cahiers des charges.

L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. L'acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique.

Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutées (sur les cahiers des charges *v. supra*).

C Durée et prix du marché

En principe, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ; les contrats entre personnes publiques, contrats administratifs, peuvent être conclus à durée indéterminée ¹².

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché quelles que soient les quantités.

Un marché est en principe conclu à prix définitif.

Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer des aléas majeurs pour le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Le prix ferme est actualisable dans des conditions fixées par décret.

12. CE 24 nov. 2008, *Synd. des eaux de St Loup*, AJDA 2009, p. 319 note J.-L. Dreyfus.

Un marché est dit à prix ajustable ou révisable lorsque le prix peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans des conditions fixées par décret.

Les marchés peuvent être conclus à prix provisoires dans un certain nombre de cas exceptionnels.

D Modes de passation

Les personnes publiques relevant du code des marchés publics constituent des commissions d'appel d'offres conformément aux articles 21 et 22 du code. Le décret du 19 décembre 2008 supprime les commissions d'appel d'offres pour les marchés de l'État et des établissements hospitaliers.

Les marchés sont passés selon une procédure adaptée — pour la majorité d'entre eux —, par appel d'offres, par concours, selon la procédure du marché négocié ou celle du dialogue compétitif.

a) Les marchés à procédure adaptée ont remplacé la catégorie des marchés sans formalités depuis le code de 2004. Ils sont soumis aux principes de la commande publique et notamment doivent être précédés d'une mise en concurrence¹³ ; le marché est dit « à procédure adaptée » en ce que la procédure de passation mise en place par la personne publique contractante doit, dans le respect des principes de la commande publique, correspondre au mieux à l'objet du contrat. Les auteurs présentent ce mode de passation comme « le droit commun » de la commande publique¹⁴.

b) La procédure d'appel d'offres peut prendre la forme d'un appel d'offres ouvert ou restreint — c'est-à-dire, dans ce second cas, limité aux candidats que l'administration distingue comme habiles à répondre à sa demande —, l'option étant toujours ouverte entre les deux formules.

La procédure d'appel d'offres est obligatoire au-delà de certains seuils, actuellement (2009) 133 000 € HT pour l'État et 206 000 € HT pour les collectivités locales, seuil porté à 5 150 000 € HT pour les marchés de travaux et à 420 000 € HT pour les marchés passés par les entités adjudicatrices.

La collectivité publique détermine les besoins qui sont les siens et les fait connaître par un avis d'appel public à la concurrence qui fait l'objet d'une publicité appropriée. Les candidats déposent leurs offres dans les délais et formes indiqués. Celles-ci sont examinées par la com-

13. CE 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, Rec. Lebon p. 423.

14. F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Dalloz 2009, p. 33 et s.

mission d'appel d'offres ; au vu de l'avis de la commission, le marché est notifié au candidat retenu.

Le décret du 7 mars 2001 a supprimé la technique de passation fondée exclusivement sur le montant des prestations (adjudication). La notion de « moins-disant » a donc disparu du droit des marchés publics. Le code consacre désormais la notion de mieux-disant comme notion exclusive d'attribution d'un marché public, quel que soit le mode de passation utilisé.

Le décret de 2001 a de même supprimé les critères obligatoirement utilisés pour attribuer un marché sur appel d'offres qui servaient à déceler l'offre la plus avantageuse et à désigner le candidat le « mieux-disant » (prix des prestations, coût d'entretien, valeur technique, délai d'exécution). La notion de mieux-disant et d'offre la plus avantageuse s'appuie désormais obligatoirement sur « une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché » (art. 53 du code) ; mais ces critères ne sont pas tous obligatoires.

c) Les marchés négociés constituent une procédure exceptionnelle dont le code (art. 35) énumère limitativement les possibilités d'usage et qui comporte nécessairement la « négociation » du marché sur la base des offres reçues.

d) La procédure du concours est soumise aux formes et délais de l'appel d'offres. Le jury du concours donne un avis sur les offres reçues mais cet avis ne lie pas le pouvoir adjudicateur qui négocie avec le ou les lauréats et attribue le marché ; la procédure de concours est principalement utilisée pour des concours de maîtrise d'œuvre.

e) La procédure du dialogue compétitif est apparue avec le code de 2004. Elle est réservée à des hypothèses dans lesquelles la personne publique n'est pas en mesure de déterminer seule et intégralement ses besoins : « elle n'est pas objectivement en mesure de définir seule à l'avance les moyens techniques... ou le montage juridique ou financier d'un projet » (art. 36 du code). Le dialogue compétitif — qui doit préserver l'égalité entre les candidats — vise à permettre de mieux préciser ces besoins et la façon d'y satisfaire sur la base des offres remises par les candidats à l'issue de ces discussions (art. 67).

f) Enfin la procédure de conception réalisation est réservée aux « marchés qui portent à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux » et qui entrent dans le champ de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage public, c'est-à-dire portent sur des bâtiments, des ouvrages d'infrastructures ou des équipements industriels.

E Contrôle des marchés

Les marchés de l'État sont soumis au contrôle de commissions spécialisées des marchés dans des conditions fixées par décret.

Le code confirme la fonction de la mission interministérielle d'enquête instituée par l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, mission dont les membres sont désignés pour une période de quatre ans renouvelable (art. 119 du Code).

Une commission technique des marchés placée auprès du ministre chargé de l'économie examine et approuve les projets de prescriptions techniques applicables aux marchés publics.

Le ministre chargé de l'économie peut créer par arrêtés pris conjointement avec le ministre principalement concerné des groupes permanents d'étude des marchés chargés d'élaborer des recommandations techniques relatives à certaines catégories de marchés.

Un observatoire économique de l'achat public placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques de la commande publique.

Section 3

L'exécution des contrats administratifs

§ 1. Les obligations du cocontractant

1^o Les contrats administratifs sont toujours réputés conclus *intuitu personae*. Le cocontractant est, de ce fait, tenu à l'obligation d'exécution personnelle : la cession du contrat, par laquelle l'entrepreneur ou le fournisseur se substitue à un tiers, ne peut avoir lieu qu'avec l'acceptation de l'administration.

Il en allait de même des sous-traités (par lesquels le titulaire du marché en cède une partie à un autre fournisseur ou entrepreneur)¹⁵ ; en raison de certains avantages que présente la sous-traitance le régime très défavorable qui lui était ainsi appliqué, a été assoupli par un décret du 14 mars 1973 qui permettait au titulaire de sous-traiter sans autorisation, sous réserve cependant d'une faculté d'opposition de l'administration. On est cependant partiellement revenu sur ces mesures d'assouplisse-

15. F. Moderne, *La sous-traitance des marchés publics*, Dalloz, 1995.

ment avec l'objectif de lutter contre la sous-traitance occulte, et en limitant le paiement direct aux seuils sous-traitants déclarés et agréés (loi 31 décembre 1975 ; décret 15 février 1985 et modifications de la loi Murlef de 2001).

2° Le cocontractant doit exécuter correctement ; et c'est ici que l'autonomie de la théorie du contrat administratif apparaît dans le système des sanctions pour manquements du cocontractant à ses obligations. L'idée qui anime ces sanctions est l'intérêt final du service public ; leur caractère est fortement imprégné de droit public ; il se manifeste notamment dans le pouvoir qu'a l'administration de les appliquer avec privilège du préalable, sans recourir au juge ¹⁶.

A Existence des sanctions pour inexécution

On estime en général que le droit des contrats administratifs comporte de plein droit — même en l'absence de stipulations écrites en ce sens — la reconnaissance de pouvoirs à l'administration pour faire exécuter le contrat ; et que ces pouvoirs s'exercent sans qu'il soit besoin de recourir au juge. Ces pouvoirs de contrôle et d'exécution sont au demeurant souvent repris par des clauses explicites (notamment les anciens cahiers des charges type, aujourd'hui modèles, au moins pour les contrats des collectivités locales).

Ces « garanties de l'exécution », ainsi que les présente Laurent Richer ¹⁷, sont de trois sortes.

— Un pouvoir permanent de contrôle (souvent aménagé par le contrat ; et surtout pour les marchés de travaux publics et les contrats de longue durée).

— L'infliction de pénalités, notamment des pénalités de retard, qui celles-là n'existent évidemment que si elles sont prévues au contrat ; dans le cas contraire, il ne peut s'agir que de mécanismes ordinaires de responsabilité contractuelle.

On notera ici que l'article 1152 du code civil qui permet de demander au juge la réduction des pénalités a été jugé pendant longtemps inapplicable en droit administratif ¹⁸ de telle sorte que — les deux questions sont évidemment liées — l'administration ne pouvait pas renoncer au privilège

16. V. note Y. Gaudemet, *Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution*, Rev. des contrats, février 2005, p. 133.

17. *Droit des contrats administratifs*, 2008, LGDJ.

18. CE, 13 mai 1987, *Société Citra*, RDP, 1988, p. 1427, L. Richer, *op. cit.*, note 348.

du préalable pour les pénalités ¹⁹. Mais, par une décision du 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux* ²⁰, le conseil d'État a admis que le juge administratif, « saisi de conclusions, en ce sens, modère ou augmente les pénalités de retard résultant du contrat par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil ».

— Enfin le prononcé de sanctions coercitives, c'est-à-dire ayant directement pour objet l'exécution en nature du contrat, en dépit de la carence du cocontractant et ses frais. C'est cette possibilité de sanctions coercitives qui nous intéresse ici, en tant que prérogatives de la partie publique pour faire exécuter le contrat.

B Régime des sanctions coercitives

Les dénominations des sanctions coercitives, très marquées par l'histoire, varient suivant la nature du contrat ; mais on considère qu'elles existent de plein droit, dans tous les contrats administratifs et alors même que non expressément stipulées au contrat ²¹. Ainsi la mise sous séquestre, dans les concessions, aujourd'hui délégations de service public, « prive temporairement le concessionnaire des droits qu'il tenait de la concession » ²² mais le service est alors géré aux frais et risques du concessionnaire ²³. Les principes sont les mêmes dans la « mise en régie » du marché de travaux publics ou l'« exécution par défaut » du marché de fournitures.

Ces sanctions peuvent n'être — et ne seront souvent — prononcées que pour une partie du contrat, celle précisément pour laquelle apparaissent des difficultés transitoires d'exécution qui doivent être surmontées.

Le recours aux sanctions coercitives n'est pas discrétionnaire, mais subordonné à la réunion d'un certain nombre de conditions cumulatives. Ces sanctions ne sont disponibles que pour surmonter un manquement grave du cocontractant dans l'exécution de ses obligations et qui affecte gravement la bonne exécution du contrat.

Le prononcé d'une sanction coercitive, s'il a pour effet de faire intervenir éventuellement un tiers pour exécuter le contrat, temporairement et souvent partiellement en lieu et place du cocontractant de l'administration, ne met pas fin à ce contrat et ne lui en substitue pas un nouveau ; il est une modalité particulière d'exécution du contrat initial ;

19. CE, 3 mai 1961, *Société Thomas Kobland*, Rec. Lebon, p. 290.

20. D. adm. 2009, n. 70, note J.B. Bousquet.

21. CE, 9 janvier 1957, *Daval*, AJDA, p. 9, concl. Laurent et concl. Odent sur CE, 23 juin 1944 *Ville de Toulon*, RDP, 1945, p. 101.

22. CE, 12 décembre 1930, *Tramways du Loir-et-Cher*, Rec. Lebon, p. 1057.

23. CE, 30 mars 1927, *Société de l'énergie industrielle*, Rec. Lebon, p. 1063.

il en résulte que, la personne publique reprenant temporairement le contrat en mains, il n'y a pas lieu à appel à concurrence, comme s'il s'agissait d'un nouveau contrat à conclure après la déchéance du cocontractant initial.

Sur le terrain de la procédure, le prononcé des sanctions n'est possible qu'après mise en demeure du contractant, lui laissant un délai raisonnable pour se conformer à ses obligations, et restée infructueuse. En revanche l'administration, usant ici du privilège du préalable, n'a pas à se faire préalablement autoriser par le juge ; bien que, en matière contractuelle, cela lui soit toujours possible et qu'elle puisse préférer la voie judiciaire.

Si l'administration peut recourir aux sanctions coercitives sans autorisation préalable du juge, elle est évidemment soumise au contrôle de celui-ci dans le prononcé des sanctions et la conduite de la procédure correspondante. C'est le juge du contrat qui est compétent et qui vérifie que les conditions de fond et de forme des sanctions coercitives sont bien présentes ; il peut éventuellement indemniser des conséquences onéreuses d'une sanction coercitive illégale.

Mais le juge peut-il aussi annuler une sanction coercitive qui apparaît non fondée ou intervenue selon une procédure irrégulière ? Le principe est ici négatif²⁴.

§ 2. Les droits du cocontractant

1° *Le paiement.* — Le droit essentiel du cocontractant est le paiement du prix stipulé effectué à la suite de l'établissement du décompte. Dans les marchés de travaux publics, en vue de faciliter leur financement, l'entrepreneur a le droit d'exiger l'insertion dans le marché d'un système d'*acomptes* à valoir sur le paiement définitif et versés à l'occasion de chaque fraction de prestation fournie ; il peut également être octroyé à l'entrepreneur des avances pour prestations non encore fournies.

Il est par là dérogé à la règle du paiement après service fait, qui est une règle générale en matière de finances publiques.

2° *La théorie de l'imprévision.* — La théorie de l'imprévision consiste en ce que, lorsque, au cours de l'exécution d'un contrat, surviennent des événements exceptionnels et imprévisibles venant bouleverser l'économie du contrat (par exemple, bouleversement des prix), le cocontractant, tout en restant tenu d'exécuter le contrat, a droit à une

24. Voir la présentation très complète de la question in E. Bénabent, *L'exécution en nature des contrats des personnes publiques*, Th. Paris II, 1979, dactylo. Sur les prérogatives dont dispose l'administration pour se faire payer, v. l'article précité d'Y. Gaudemet à la Rev. des contrats, février 2005, p. 133.

certaine compensation de la part de l'administration pour les pertes subies par lui.

On étudiera plus longuement cette théorie à propos de la concession de service public, mais elle est valable pour tous les contrats administratifs²⁵. Or, elle constitue une originalité remarquable de leur régime, car elle est écartée de la théorie courante des contrats en droit privé où la situation d'imprévision laisse subsister intacte et sans compensation les obligations des parties entre elles.

Plus largement, et au-delà de l'imprévision proprement dite, on considère que le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat initialement convenu avec la partie publique²⁶.

§ 3. Les pouvoirs exorbitants de l'administration

Enfin, le particularisme de la théorie des contrats administratifs se traduit surtout par des pouvoirs exorbitants de l'administration, fondés sur la primauté de l'intérêt du service public et aboutissant à la mise à l'écart, sous certaines conditions et limites, de plusieurs principes qui constituent la base même du droit civil des contrats.

A Contrôle

L'administration possède un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat. Dans le cas du marché de travaux publics, ce pouvoir de contrôle est poussé encore plus loin ; il va jusqu'à un véritable pouvoir de direction de l'exécution du marché : l'entrepreneur doit suivre les ordres de service des ingénieurs et architectes de l'administration.

B Pouvoir de modification

a) On admet en général qu'à la différence du contrat civil, le contrat administratif n'est pas rigoureusement immuable : l'administration peut,

25. V. pour les marchés de fournitures : CE, *Société Éclairage de Poissy*, 8 février 1918, Rec. Lebon, p. 120. Pour les marchés de travaux publics : CE, *Ville de Paris*, 3 février 1905, D., 1907.3.48.

26. V. note la thèse de L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005.

lorsque les besoins du service public l'exigent, imposer à son cocontractant certains changements dans les conditions d'exécution du contrat ²⁷.

Ces charges nouvelles comportent cependant une limite et une contrepartie. La limite est qu'elles ne doivent pas dépasser une certaine ampleur, aboutir à dénaturer totalement le contrat, sinon le cocontractant a le droit de demander en justice la résiliation ²⁸. La contrepartie est que le cocontractant a droit à une indemnisation intégrale comprenant à la fois le préjudice subi et le gain manqué ²⁹.

b) Ces solutions traditionnelles, qui font des deux principes corollaires de la mutabilité du contrat administratif et du maintien de son équilibre financier les caractéristiques essentielles et distinctives du contrat administratif, sont indirectement remises en cause aujourd'hui par le droit communautaire de la concurrence.

En effet, l'idéologie concurrentielle imposée par le droit communautaire et reprise dans notre droit national est un obstacle au libre jeu de la mutabilité du contrat administratif : dès lors que le contrat évolue, se modifie, que ce soit à l'initiative conjointe des parties ou par le vouloir de la seule partie publique, il est suspecté d'être un nouveau contrat... lequel naturellement, s'agissant de contrats passés par des pouvoirs ou entités adjudicateurs, doit être soumis aux règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence qu'impose le droit communautaire. Ou bien encore, pour prendre la même question autrement, le contrat initial n'est réputé avoir fait l'objet d'une publicité transparente et donc conforme aux exigences concurrentielles que si, d'origine, il permet et prévoit les modifications qui pourront lui être apportées lors de son exécution. Bref le contrat est, pour l'essentiel de ses clauses, figé, inscrit dans le marbre et privé de la souplesse d'adaptation qu'assure le principe de mutabilité ³⁰.

27. Le pouvoir de l'administration de modifier unilatéralement les contrats administratifs, qui a pu faire l'objet de controverses doctrinales, a été affirmé par le conseil d'État (2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, p. 33, RDP, 1984, p. 212, note J.-M. Auby ; RFDA, 1984, p. 45, note F. Llorens — 6 mai 1985, *Min. délégué auprès du ministre de l'Industrie et de la Recherche c/ Ricard*, AJDA, 1985, p. 736, note Gauroy.

28. CE, 16 novembre 1928, *Ravier*, Rec. Lebon, p. 1193.

29. CE, 18 mars 1925, *Huguet*, Rec. Lebon, p. 283.

30. V. à ce sujet. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, Th. Paris II, LGDJ 2009, préf. Y. Gaudemet — et au contentieux l'arrêt de la CJCE 19 juin 2008, *Nachrichtenagentur GmbH*.

C Pouvoir de résiliation unilatérale

L'administration peut toujours imposer à son cocontractant la résiliation du marché. Ici, la dérogation au droit civil des contrats est saisissante, car il ne s'agit plus de résiliation-sanction des manquements du cocontractant, mais d'un pouvoir de résiliation dans l'intérêt du service pour lequel l'exécution du travail ou la fourniture de la prestation sont devenues inutiles. Le cocontractant a, ici aussi, droit en contrepartie à des dommages-intérêts ³¹.

§ 4. Remarque finale

La théorie que l'on vient de présenter, du contrat administratif pourrait être qualifiée de classique. L'interventionnisme économique et social a en effet entraîné le développement aux frontières de l'acte unilatéral et du contrat de procédures nouvelles parfois qualifiées de procédures d'apparence contractuelle ou d'inspiration contractuelle. Ces procédures dans le cadre d'une planification simplement indicative sont souvent préférées à des mesures plus contraignantes. Elles ont pour objet en contrepartie de certains avantages consentis aux partenaires de l'administration d'obtenir d'eux qu'ils se conforment aux orientations souhaitées par les pouvoirs publics en matière de réglementation des prix, d'aménagement du territoire, de décentralisation.

Si certaines, parmi ces procédures, s'analysent en de véritables contrats, d'autres en revanche échappent à l'analyse ou ont été considérées par la jurisprudence comme des procédures unilatérales ³².

31. CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, D., 1958, p. 730, note de Laubadère ; AJDA, 1958.II.282, concl. Kahn.

32. *La contractualisation des relations entre personnes publiques*, N. Poulet-Gibot-Leclerc, RFDA, 1999, p. 265. — *Contrats entre personnes publiques* : série d'articles, AJDA, 2000, p. 575 et s.

Titre 2

Les fins de l'action de l'administration

On a, dans le titre précédent, analysé les moyens de l'action de l'administration. Il faut examiner maintenant quelles sont les finalités, quel est l'objet de cette action, en quoi consistent les interventions de l'administration et qu'elle réalise au moyen des actes que l'on a étudiés.

À l'heure actuelle, ces interventions de l'administration sont multiples ; elles présentent des degrés et des objets innombrables ; elles portent sur des domaines très variés, notamment, avec le développement de l'interventionnisme, sur le domaine de la vie économique ; l'administration intervient dans l'activité des particuliers chaque jour davantage : tantôt elle se borne à la réglementer — tantôt elle cherche à l'aider et encourager (par exemple, en la subventionnant) — tantôt elle la contrôle et la surveille (par exemple, en la soumettant à des déclarations ou des autorisations) — tantôt, enfin, elle prend en main, pour l'assurer elle-même, l'exercice d'une activité (c'est alors le service public proprement dit).

On peut dans ce tableau distinguer aisément, d'une part, cette dernière forme d'action : le service public, et, d'autre part, l'ensemble des autres formes d'action qui laissent subsister l'activité privée en se bornant à agir sur elle et que l'on pourrait appeler les interventions administratives (en un sens étroit) pour les distinguer des services publics proprement dits.

On n'a pas la possibilité d'étudier toutes ces modalités de l'action administrative ; on se bornera à envisager, d'une part, un type particulièrement important d'intervention par réglementation et surveillance : la police administrative ; puis, d'autre part, les services publics ; pour dire enfin un mot des activités dites « de régulation » et de leur — relative — nouveauté.

Sous-titre 1

La police administrative ¹

La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus.

La limitation des libertés individuelles ne résulte d'ailleurs pas seulement de l'exercice de la police administrative générale. Il existe, en effet, d'abord pour les diverses libertés des régimes généraux organisés par les lois : ainsi il existe un régime législatif de la liberté individuelle, de la liberté du culte, de la presse, etc. Ces régimes généraux législatifs forment les statuts des libertés publiques ; les lois qui les organisent se rattachent aussi à la notion de police ; ce sont des lois de police.

Mais, en outre, et dans le cadre de cette police législative, existe une police administrative exercée par les autorités administratives. Celles-ci, en effet, d'une part, sont compétentes pour appliquer les régimes généraux (par exemple, pour octroyer ou refuser des autorisations lorsqu'un pareil régime est prévu par la loi) ; mais elles ont aussi le pouvoir d'ajouter aux régimes généraux de nouvelles réglementations restreignant les libertés dans le cadre territorial où elles exercent leurs compétences. C'est cet ensemble de compétences qui constitue la police administrative.

1. P.-H. Teitgen, *La police municipale*, thèse Nancy, 1934. — P. Bon, *La police municipale*, thèse Bordeaux, 1975. — E. Picard, *La notion de police administrative*, Bibl. Droit public, 2 vol., tome 146.

Chapitre 1

Définition du pouvoir de police

Section 1

Critère du pouvoir de police

Il ne suffit pas, pour définir le pouvoir de police, de constater son objet qui est de limiter les libertés. Le pouvoir de police ne peut se définir non plus par la nature des actes au moyen desquels il s'exerce ; sans doute est-il caractérisé par l'emploi de l'acte unilatéral, parce qu'il vise à imposer aux particuliers des contraintes, mais il utilise des actes unilatéraux de natures diverses (tantôt règlements, tantôt autorisations, injonctions ou interdictions individuelles) et qui ne se distinguent pas des actes administratifs unilatéraux en général : il n'y a pas d'« actes de police » au sens où il y a des actes réglementaires ou des actes contractuels.

En réalité, le pouvoir de police se définit par son but qui est d'assurer la tranquillité (absence de désordres ou troubles), la sécurité (absence de risques d'accidents) ou la salubrité publique (absence de risques de maladies). Ainsi, et s'agissant de la police municipale, le code général des collectivités territoriales, art. L. 2212-2, reprenant la vieille formule de la loi de 1884, dispose : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

Section 2

Distinctions

Pour achever de définir la police administrative, il faut encore la distinguer de notions différentes.

§ 1. Police administrative et police judiciaire

La distinction de la police administrative et de la police judiciaire est une distinction importante dans la mesure où le contentieux de la police administrative relève de la juridiction administrative alors que le contentieux des activités de police judiciaire lui échappe et dans la mesure où dans le domaine de la responsabilité les dommages causés par les actes de police administrative sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'administration avec une plus grande certitude que ceux qui peuvent résulter d'actes de police judiciaire.

D'une manière générale, la police administrative se distingue de la police judiciaire en ce que la première est préventive, la seconde répressive. La police administrative vise à éviter le désordre en prenant à l'avance les mesures nécessaires ; la police judiciaire vise à rechercher et à livrer à la justice les auteurs d'infractions déjà commises.

Les deux pouvoirs peuvent d'ailleurs être confiés à un même titulaire et c'est souvent le cas : le maire est à la fois, sous la surveillance du procureur de la République, officier de police judiciaire, et autorité de police administrative.

Les principes de distinction de la police administrative et de la police judiciaire ont été établis par la jurisprudence ¹ mais l'application de ces principes est parfois délicate dans la mesure où des infractions pénales sont souvent commises au cours d'une opération de police administrative soit que celle-ci ait été impuissante à les prévenir soit qu'elle les ait révélées ou même entraînées ².

1. CE, 11 mai 1951, *Consorts Baud*, 265 ; S., 1952.3.13, concl. Delvolvé, note Drago — TC, 7 juin 1951, *Consorts Noualek*, Rec. Lebon, p. 636, concl. Delvolvé.
2. V., par exemple, TC, 5 décembre 1977, *Demoiselle Motsch* — CE, 10 mars 1978, *Société « Le Profil »*, Rec. Lebon p. 119, concl. Labetoulle.

§ 2. Police administrative générale et polices spéciales ³

En dehors de la police administrative générale qui se définit par son but et par ses titulaires, il existe de nombreuses polices spéciales.

Dans certains cas, le but de la police spéciale sera identique au but de la police générale : l'ordre public, mais le titulaire de la police spéciale ne sera pas l'une des autorités investies de la police générale (police des gares confiée au préfet par exemple) ou bien encore les procédures de mise en œuvre du pouvoir de police seront spécifiques (police des édifices menaçant ruine). Dans d'autres cas, aussi, l'objet de la police spéciale ne sera pas, strictement parlant, un objet d'ordre public (police de l'affichage).

§ 3. Pouvoir de police et personnel de police

Par le même mot de « police », on désigne couramment tantôt le pouvoir de police, tantôt les services de police (autorités et personnel d'agents) ; il est essentiel de distinguer les deux acceptions ; lorsque l'on dit, par exemple, que la police d'une ville a été étatisée, cela signifie en même temps que le maire a été dessaisi d'une partie du pouvoir de police (au profit du préfet, par exemple) et que le personnel de police de la ville est devenu un corps de fonctionnaires d'État.

Après avoir défini le pouvoir de police administrative, il convient d'examiner : 1° en quelles mains il se trouve ; 2° quelles sont ses limites, c'est-à-dire jusqu'à quel point et sous quel contrôle il peut apporter des restrictions aux libertés ; 3° enfin quel élargissement il comporte en période de crise.

3. *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, M.-F. Delhoste, Bibl. de Droit public, tome 214, 2001.

Chapitre 2

Les titulaires du pouvoir de police

Le pouvoir de police générale appartient actuellement en France au premier ministre, aux préfets, aux présidents de conseils généraux (pour la seule police du domaine départemental), et aux maires. Il existe d'autre part — on l'a dit — de nombreuses polices spéciales dont les principales sont confiées au préfet (v. *infra* section 3).

Section 1

Le premier ministre

Le premier ministre en sa qualité de titulaire du pouvoir réglementaire général exerce le pouvoir de police générale au niveau le plus élevé et dans le cadre national.

La compétence consacrée par l'arrêt *Labonne* du 8 août 1919¹ du chef du pouvoir exécutif d'édicter, en vertu de ses pouvoirs propres, des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire n'a pas été affectée par l'attribution de compétences au législateur pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, opérée par l'article 34 de la constitution de 1958².

De son côté, le président de la République à l'occasion de l'exercice de son propre pouvoir réglementaire peut être amené à prendre des mesures de police.

1. Rec. Lebon, p. 737.

2. V. note CE, 22 janvier 1982, *Association auto-défense*, D., 1982, p. 494, note B. Pacteau.

Section 2

Le président du conseil général

En application de la loi du 2 mars 1982 (art. 25), le président du conseil général exerce les pouvoirs de police afférents à la gestion du domaine départemental notamment en ce qui concerne la circulation sur ce domaine (art. L. 3221-4 c. gén. coll. terr.).

Section 3

Le préfet

Le préfet, agent de l'État dans le département, exerce le pouvoir de police dans le département.

Il exerce la police de la circulation sur les routes nationales hors des agglomérations.

De nombreuses polices spéciales lui ont été confiées (par exemple la police des installations classées pour la protection de l'environnement).

Le préfet exerce encore des compétences vis-à-vis de la police municipale : dans les communes où la police a été étatisée, ces compétences comprennent le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telle qu'elle est définie à l'article L. 2212-2-2°, c. gén. coll. terr., et la charge du bon ordre dans les endroits (énumérés à l'article L. 2212-2-3°, c. gén. coll. terr.) où il se fait de grands rassemblements d'hommes.

À l'égard des polices restées municipales, le préfet peut, soit prendre pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publique (L. 2215-1, c. gén. coll. terr.), soit, par arrêté motivé, se substituer aux maires intéressés quand le maintien de l'ordre est menacé dans deux ou plusieurs communes limitrophes, pour réprimer les atteintes à la tranquillité et au bon ordre, soit enfin, mais alors après une mise en demeure restée sans résultat, prendre des mesures de police concernant une seule commune.

Le préfet peut également après mise en demeure restée sans résultat se substituer au président du conseil général pour prendre les mesures de police que celui-ci aurait dû édicter (L. 2 mars 1982, art. 34, III).

Préfets délégués pour la police. Un décret du 29 septembre 1972 a prévu la possibilité de nomination auprès des préfets de certains départements de préfets délégués pour la police. Application a été faite de cette

possibilité dès 1972 dans le Rhône, les Bouches-du-Rhône et le Nord. L'institution des préfets délégués pour la police qui deviendront en 1989 (décr. du 13 septembre) *préfets adjoints pour la sécurité*, a été dès 1983 étendue à d'autres départements.

Section 4

Le maire

Dans le cadre de la commune, le pouvoir de police administrative générale est confié au maire (à l'exclusion de toute compétence du conseil municipal).

§ 1. Compétences du maire

La police municipale proprement dite est confiée au maire par l'article L. 2212-1 du c. gén. coll. terr. L'article L. 2212-2 fournit une longue énumération de ses principaux domaines.

La police de la circulation fait l'objet de l'article L. 2213-1 : le maire exerce la police de la circulation sur l'ensemble des voies de circulation à l'intérieur des agglomérations y compris les traverses des routes nationales et départementales.

La police rurale qui constitue une véritable police spéciale, est également confiée au maire.

Pour l'exercice de ce pouvoir de police, le maire agit comme organe de la commune et non comme agent de l'État ; la police municipale est donc une affaire locale, décentralisée.

§ 2. Communes à police étatisée

Mais ce régime de la police municipale, a été progressivement et surtout depuis 1941 profondément modifié dans le sens de l'étatisation.

Dans de très nombreuses communes, la police a été étatisée au double point de vue du pouvoir de police, qui est passé entre les mains du pouvoir central, et du personnel de police qui est devenu un personnel d'État. Toutefois, en ce qui concerne le pouvoir de police, il n'a été que partiellement étatisé : c'est, en effet, seulement la police de la tranquillité (prévue par l'article L. 2212-2-2° et 3°) qui a été enlevée au maire.

Dès avant la guerre, cette étatisation a été prononcée individuellement pour un certain nombre de grandes villes (Toulon, Nice, Metz, Mulhouse, Alger).

Depuis, outre que les étatisations par voie individuelle peuvent être prononcées par arrêté conjoint des ministres compétents lorsque la demande émane du conseil municipal ou en cas d'accord de celui-ci, par décret en conseil d'État dans le cas contraire en fonction des besoins des communes en matière de sécurité, ces besoins s'appréciant au regard de la population permanente et saisonnière de la commune dans un ensemble urbain et des caractéristiques de la délinquance (art. L. 2214-1), les polices municipales de toutes les communes de plus de 10 000 habitants ont été étatisées. Elles peuvent l'être désormais dans toutes les communes, à la demande de celles-ci.

§ 3. Personnel de police municipal

Enfin, l'article L. 2212-5 c. gén. coll. terr. (rédaction lois du 21 janvier 1995 et du 15 avril 1999) dispose que « sans préjudice de la compétence générale de la gendarmerie nationale et de la gendarmerie nationale, les agents de police municipale exécutent dans la limite de leurs attributions et sous son autorité les tâches relevant de la compétence du maire que celui-ci leur confie en matière de prévention et de surveillance du bon ordre, de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques.

Ils sont chargés d'assurer l'exécution des arrêtés de police du maire et de constater par procès-verbaux les contraventions auxdits arrêtés. Sans préjudice des compétences qui leur sont dévolues par des lois spéciales, ils constatent également par procès-verbaux les contraventions aux dispositions du code de la route dont la liste est fixée par décret en conseil d'État.

Ils exercent leurs fonctions sur le territoire communal dans les conditions prévues à l'article 21 du code de procédure pénale.

Section 5

La répartition des compétences de police

En dehors des hypothèses où la loi attribue exclusivement tel pouvoir de police à telle autorité, ce qui est le cas de certaines polices spéciales, il peut y avoir concurrence entre deux autorités de police générale ou

entre une autorité de police générale et une autorité de police spéciale, voire entre autorités de police spéciale.

Dans le premier cas, la règle est qu'une autorité locale de police peut toujours édicter des règles plus sévères que celles qui ont été édictées par l'autorité supérieure lorsque les circonstances locales exigent cette aggravation³.

Dans le second cas, l'autorité locale de police générale peut en raison de circonstances locales aggraver les mesures prises au titre d'une police spéciale⁴.

Dans le cas de péril imminent, le principe est celui de la compétence de l'autorité de police la mieux à même d'agir efficacement.

3. CE, 18 avril 1902, *commune de Nérès-les-Bains*, Rec. Lebon, p. 275 ; S., 1902.3.81, note Hauriou — 8 août 1919, *Labonne*, Rec. Lebon, p. 737.

4. CE, 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutétia »* et *Synd. fr. des producteurs et exportateurs de films*, Rec. Lebon, p. 693 ; S., 1960, p. 94, concl. Mayras ; D., 1960, p. 171, note Weil ; AJDA, 1960.I.21).

Chapitre 3

Les limites du pouvoir de police

Que peuvent — ou doivent — faire les autorités administratives de police au nom de l'ordre public ? Dans les réglementations qu'elles édictent jusqu'à quel point peuvent-elles limiter les libertés individuelles ?

C'est ici qu'apparaît le mieux — étant donné l'atteinte directe que le pouvoir de police inflige aux libertés au nom de l'ordre public — le conflit entre les besoins de l'action administrative et le respect dû aux activités humaines ou, comme l'on dit couramment, le conflit autorité-liberté. Ce conflit ne peut être résolu que par un compromis.

En France, la recherche de ce compromis a été en grande partie l'œuvre de la jurisprudence du conseil d'État. La théorie du pouvoir de police, de ses droits et limites naturelles a fait l'objet d'une volumineuse jurisprudence administrative à l'occasion des recours pour excès de pouvoir intentés par les administrés contre les mesures administratives de police (spécialement municipale) et également d'une jurisprudence judiciaire statuant par le jeu de l'exception d'illégalité à l'occasion des poursuites intentées contre des particuliers qui ont enfreint des règlements de police (art. R. 610-5 du code pénal).

Le point d'équilibre entre l'autorité et la liberté a été trouvé de la manière suivante. La part de l'autorité a été ménagée en admettant pour la police administrative des pouvoirs très larges ; la théorie de ces « droits de la police » est d'ailleurs souple en ce sens qu'ils sont plus ou moins étendus selon les circonstances de temps et de lieu, suivant que la liberté intéressée paraît plus ou moins essentielle et qu'ils sont par ailleurs exaltés au maximum dans les périodes de crise (spécialement de guerre).

Quant à la part de la liberté, elle est garantie par un développement remarquablement poussé du contrôle juridictionnel sur l'exercice des pouvoirs de police. On va le montrer en étudiant ce contrôle qui encadre simultanément tous les aspects de l'acte de police : son but, ses motifs, ses moyens.

Section 1

Le contrôle du but de police

On conçoit que c'est là un élément très important, puisque la police se définit par son but. Le contrôle du détournement de pouvoir joue largement et permet au juge d'annuler toute mesure de police qui vise un autre but que l'ordre, la sécurité ou la salubrité. Ainsi par exemple sont sanctionnées au titre du détournement du pouvoir, des mesures de police municipale prises par esprit de brimade contre un particulier¹, ou en vue de ménager les finances de la commune², ou encore l'utilisation du procédé de l'arrêt de police pour contraindre un concessionnaire de service public à exécuter ses obligations³.

Pendant longtemps on a considéré que la poursuite d'un *but de moralité* ne pouvait justifier une mesure de police que lorsque le désordre moral pouvait entraîner un désordre matériel⁴. Aujourd'hui, la jurisprudence admet que les préoccupations de moralité peuvent constituer en elles-mêmes un but légitime de police, au moins dans le domaine de l'interdiction par les maires de la projection de certains films, et plus largement la protection du respect de la dignité de la personne humaine, considérée comme un élément de l'ordre public⁵.

C'est également une extension qui a marqué la possibilité au titre de la police administrative générale de tenir compte des préoccupations d'esthétique.

Enfin, le problème s'est posé à propos du port de la ceinture de sécurité de savoir si une mesure de police pouvait avoir pour objet de protéger les individus contre eux-mêmes. Le conseil d'État a estimé que le port de la ceinture de sécurité avait été *légalement* rendu obligatoire du fait qu'elle a pour objet de « réduire les conséquences des accidents de la route »^{6 7}.

1. CE, 23 décembre 1932, *Soc. L'Éveil de Contres*.

2. CE, 12 novembre 1927, *Bellescize*, Rec. Lebon, p. 1408 (limitation de la circulation en vue de réduire les dépenses d'entretien).

3. CE, 5 janvier 1924, *Soc. industrielle*, S., 1926.3.33.

4. CE, 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutétia »*, préc.

5. CE, 27 octobre 1995, *Cne de Morsang-sur-Orge*, ville d'Aix-en-Provence, 2 arrêts, RDP, 1996, p. 536, note M. Gros et J.-C. Froment : affaires dites « des lancers de nains ».

6. CE, 22 janvier 1982, *Association auto-défense*, D., 1982, p. 494, note Pacteau.

7. *Le juge administratif face à l'ordre moral*, G. Lebreton, Mélanges Peiser, 1995, p. 363. — *Le contrôle de la police*, Ch. Vigouroux, Mélanges Braibant, 1996, p. 743.

Section 2

Le contrôle des motifs de police

La mesure de police n'est légale que lorsqu'il y a eu dans la circonstance de l'espèce des motifs, des raisons d'agir, c'est-à-dire une menace réelle de désordre. Le conseil d'État apprécie d'après le dossier si les circonstances de fait faisaient bien apparaître cette menace⁸.

Dans certaines matières, le conseil d'État admet une présomption d'absence de motif de police : c'est le cas des manifestations extérieures traditionnelles du culte (port du viatique, convois funèbres, processions consacrées par un usage local) ; il y a présomption jurisprudentielle (sauf preuve contraire) que ces manifestations ne menacent pas la tranquillité publique⁹.

Section 3

Le contrôle des moyens de police

Le conseil d'État reconnaît aux autorités de police une très grande variété de moyens d'action. Mais il en manque les limites.

1° Les autorités de police qui ont la possibilité d'interdire l'exercice d'une activité, ne pourraient la soumettre ni à un régime d'autorisation préalable, ni à un régime de déclaration préalable. Le principe ne connaît de dérogations qu'en ce qui concerne les entreprises qui font du domaine public le siège principal de leur activité¹⁰.

2° Si dans certains cas une interdiction générale et absolue peut être justifié par les circonstances¹¹, la jurisprudence se montre hostile de manière générale aux interdictions trop générales et trop absolues¹².

8. CE, *Bourgaturu*, 6 août 1941, DH, 1942, p. 24. Interdiction aux mineurs de participer à des danses publiques annulée parce que n'étant justifiée *dans les circonstances de l'affaire* par aucun motif tiré de la nécessité de maintenir le bon ordre.

9. CE, *Abbé Didier*, 1^{er} mai 1914, Rec. Lebon, p. 515 — *Le choix juridictionnel des motifs d'annulation en matière de police administrative*, note M. Gros sous CE, 10 décembre 1993, *Me Maes*, RDP, 1993, p. 819.

10. CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, Rec. Lebon, p. 117 ; D., 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blaevoet.

11. CE, 3 mars 1968, *Époux Leroy*, Rec. Lebon, p. 178 ; AJDA, 1968, p. 221.

12. CE, 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. Lebon, p. 362 ; D., 1951, p. 589, concl. Gazier, note J. C. — 4 mai 1984, *Préfet de police c/ M. Guez*, AJDA, 1984, p. 393, concl. Dutheillet de Lamothe.

3° La latitude reconnue au pouvoir de police varie en fonction du caractère de l'activité privée (simple faculté ou liberté) et des lieux où la mesure de police doit trouver application.

4° Enfin la gravité de la mesure de police doit être adaptée à la menace de trouble.

Cette jurisprudence sur le caractère de « nécessité » et le degré d'adaptation de la mesure de police est aujourd'hui classique et illustrée par de multiples décisions dont la plus souvent citée est l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933¹³. « L'éventualité des troubles allégués par le maire de N... ne présentait pas un caractère de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ».

13. S., 1934.3.1, concl. Michel, note Mestre.

Chapitre 4

Les aggravations exceptionnelles des régimes de police

Il est naturel que le pouvoir de police reçoive un élargissement exceptionnel dans certaines périodes de crise où les exigences de l'autorité doivent l'emporter sur celles de la liberté.

Il en est ainsi notamment des périodes de guerre et aussi de ces périodes de tension ou de retour au calme qui précèdent et suivent immédiatement les conflits. Ces périodes comportent, sans préjudice d'une application éventuelle de l'article 16 de la Constitution, une aggravation des systèmes de police qui affecte à la fois les régimes généraux législatifs et les pouvoirs de la police administrative.

Section 1

Les régimes généraux législatifs

Ce sont d'abord les divers statuts législatifs des libertés publiques qui, dans les périodes de guerre ou de crise, subissent des révisions temporaires dans un sens d'aggravation.

Autrefois, ces régimes exceptionnels n'étaient pas organisés à l'avance et le législateur les édictait lorsque les circonstances les faisaient apparaître nécessaires, par exemple à la suite du déclenchement d'une guerre. Mais il est apparu nécessaire de disposer dans ces domaines de réglementations préétablies.

Tel fut notamment l'objet de la loi du 11 juillet 1938 portant organisation de la nation pour le temps de guerre et comportant, dans de nombreuses matières (propriété, liberté du travail, du domicile, de la circulation) diverses restrictions des libertés. C'est le même principe que l'on retrouve aujourd'hui dans l'ordonnance du 7 janvier 1959 portant « organisation générale de la défense ». Ce texte prévoit des séries de mesures graduées

susceptibles d'être déclenchées par décrets en conseil des ministres (mobilisation générale, « mise en garde », « dispositions particulières ») et comportant des contrôles plus ou moins sévères, notamment dans le domaine économique.

Section 2

Le régime de l'état de siège (L. 9 août 1849 et 3 avril 1878)

L'état de siège est un régime exceptionnel de police justifié par l'idée de circonstances exceptionnelles. Il est déclaré « en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée ».

L'état de siège est décrété en conseil des ministres mais sa prorogation au-delà de douze jours doit être autorisée par le Parlement (Const. 1958, art. 36). Le régime de l'état de siège résulte de l'idée que, dans les circonstances où il est proclamé, le régime habituel de la police ne peut suffire quant aux *compétences* et quant aux *pouvoirs*.

§ 1. Compétences

Quant aux compétences, le principe traditionnel est la substitution des autorités militaires aux autorités civiles pour l'exercice des pouvoirs de police.

Cependant ce transfert n'est pas absolu et automatique. D'après la loi de 1849, article 7, il ne se produit que dans la mesure où l'autorité militaire le juge utile, c'est-à-dire que celle-ci a seulement la faculté de dessaisir l'autorité civile.

§ 2. Pouvoirs exceptionnels

L'état de siège a en second lieu pour effet d'élargir les pouvoirs ordinaires de police en rendant légitimes des mesures exceptionnelles : perquisitions de jour et de nuit au domicile des particuliers ; éloignement

des repris de justice et des non-domiciliés ; pouvoir d'imposer la remise des armes et munitions, d'interdire les réunions et publications de nature à exciter le désordre ¹.

§ 3. Compétence des tribunaux militaires

L'état de siège a pour troisième conséquence d'élargir la compétence des tribunaux militaires qui deviennent compétents pour connaître des infractions commises par des civils (L. 27 avril 1916, 23 décembre 1952, 21 juillet 1982).

Section 3

Le régime de l'état d'urgence (L. 3 avril 1955)

La loi du 3 avril 1955 (mod. ord., 15 avril 1960) a créé, sous le nom d'état d'urgence, un régime spécial de restriction des libertés différent de l'état de siège.

L'état d'urgence est déclaré par décret en conseil des ministres qui détermine la ou les circonscriptions dans lesquelles il entre en vigueur. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par une loi.

Il a pour effet d'élargir les pouvoirs de police administrative en matière de circulation et séjour des personnes, réquisitions, régime des lieux ouverts au public. Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent du reste prévoir des pouvoirs de police encore plus aggravés en matière de perquisitions et de contrôle de la presse.

L'état d'urgence a été mis en œuvre par deux décrets du 8 novembre 2005 et prorogé par une loi du 21 novembre 2005 pour faire face aux violences urbaines apparues dans différentes communes de banlieue de grandes villes. Le contrôle du juge s'est exercé notamment par le canal des procédures d'urgence ; sur le fond, se posait la question de la compatibilité du régime de l'état d'urgence avec la convention européenne des

1. CE, 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, Rec. Lebon p. 208 : interdiction de la prostitution à Toulon, les « filles galantes » risquant d'être confidentes de secrets intéressant la défense nationale livrés par les soldats.

droits de l'homme, ainsi qu'avec la compétence du législateur en matière de libertés publiques ; le contrôle du juge a porté principalement sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence².

Section 4

La théorie jurisprudentielle des pouvoirs de guerre et des circonstances exceptionnelles

La construction jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles a déjà été étudiée. On sait que, si elle n'est pas strictement limitée au pouvoir de police, c'est du moins dans ce domaine qu'elle a surtout pour effet d'élargir les pouvoirs des autorités administratives.

2. CE ord. 14 novembre 2005, *Rolin*, AJDA 2006, p. 501, note Christia — 25 novembre 2005 *Boissart*, D. adm. 2006. n. 7 — 24 mars 2006 *J. B. et autres*, AJDA 2006, p. 1033.

Sous-titre 2

Les services publics ¹

Les services publics constituent la manifestation la plus importante des interventions de l'administration.

On a déjà consacré des développements à la notion même du service public.

Il faut maintenant décrire les règles du régime juridique suivant lequel les services publics sont organisés et fonctionnent.

La structure des services publics n'est pas uniforme ; elle comporte plusieurs types, plusieurs modalités possibles ; la description de ces modalités d'organisation (ou modes de gestion) doit faire l'objet d'une première étude. D'autre part, le fonctionnement des services publics les amène, à l'occasion des prestations qu'ils ont pour but de fournir, à entrer en relations avec leurs usagers ; c'est un second point à étudier.

Idée directrice. — Nous savons déjà que l'histoire du service public a été marquée par le développement de la variété des modes d'organisation des services publics, plus particulièrement le développement des services de caractère économique (industriels ou commerciaux).

Cette évolution a brisé l'uniformité de la théorie du service public ; elle a, sur le plan juridique, conduit à distinguer une théorie du service public proprement administratif et une théorie du service public industriel ou commercial ².

Sans doute certaines règles restent-elles communes aux deux catégories, l'une et l'autre demeurant des « services publics » et fonctionnant selon les principes généraux communs à tous les services publics. Mais elles comportent aussi des différences juridiques profondes. Nous

1. J. Chevallier, *Le service public*, PUF, 2008. — M. Long, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, RFDA, 1995, p. 497. — J. Carbajo, *Droit des services publics*, Dalloz, 2^e éd., 1995. J.F. Raynaud, *La crise du service public français*, Que sais-je ? n° 3482. — J.F. Auby, *Les services publics en Europe*, Que sais-je ? — Y. Gaudemet, *Le service public à l'épreuve de l'Europe ; vrais et faux procès*, Mélanges B. Jeanneau, 2002, p. 473. — S. Braconnier, *Droit des services publics*, PUF 2007.

2. V. G.-J. Guglielmi (ss. dir. de-), *Histoire et service public*, PUF 2004.

connaissions déjà la plus importante : soumission du service public industriel ou commercial au régime du droit privé, au moins pour ses activités de fonctionnement. Dans les deux domaines que nous allons étudier (les modes de gestion du service public et le fonctionnement de celui-ci dans ses rapports avec les usagers), nous aurons de nouveau à montrer les innovations qu'a apportées à la théorie juridique le développement des services à objet économique.

Chapitre 1

Les modes de gestion des services publics

Les trois grands modes classiques de gestion des services publics sont la régie, l'établissement public et la concession de service public.

Les deux premiers constituent des modes de gestion par des organes eux-mêmes publics ; au contraire, dans la concession, la gestion du service public est confiée à une personne privée.

Par ailleurs, alors que la régie et l'établissement public sont indifféremment utilisés pour la gestion des services administratifs ou celle des services publics industriels ou commerciaux, la concession de service public est — ou du moins paraissait jusqu'à une époque récente — réservée aux services publics industriels ou commerciaux.

Ce tableau classique des modes de gestion des services publics demeure, pour l'essentiel, exact. Cependant, il s'est compliqué sous l'effet de deux facteurs.

D'une part, l'accroissement du nombre et de la diversité des services publics a conduit à introduire plus de souplesse dans ces catégories classiques en faisant apparaître des modalités nouvelles, sous la forme de variantes des précédentes. On a vu ainsi apparaître, à côté de la concession de service public, des formes nouvelles de gestion du service public par des organismes privés, en même temps que la concession de service public elle-même, cessant d'être cantonnée au secteur économique, devient parfois applicable à des services publics administratifs ; elle a été reprise dans la catégorie plus large des délégations de service public.

Le second facteur d'enrichissement et de diversification des modes de gestion des services publics réside dans le développement des services publics industriels et commerciaux. Dans ce domaine, les nationalisations de 1946 ont joué un rôle très important car, si, à l'époque, le législateur a eu recours à la modalité classique de l'établissement public pour certaines des nouvelles entreprises publiques (électricité, gaz, charbonnage), pour d'autres il a créé un instrument juridique nouveau, la société

à capital entièrement public banques et compagnies d'assurances nationalisées. Par ailleurs, toujours dans le domaine des services publics industriels ou commerciaux, un autre instrument juridique était déjà né avant la Seconde Guerre mondiale et a continué de se développer depuis lors : la société d'économie mixte.

Enfin, proche de l'établissement public, mais distinct de lui, le procédé de l'ordre professionnel a été retenu pour l'organisation de certains services publics ou encore, plus récemment, celui de personnes publiques spéciales non qualifiées d'établissement public.

Ainsi, la nomenclature et la classification des modes de gestion des services publics se sont enrichies et compliquées.

On distinguera, pour servir de cadre général, la gestion des services publics par des organes publics et par des personnes privées.

Section 1

Les services publics à gestion publique

La régie et l'établissement public demeurent les modalités essentielles de gestion du service public par des organes publics. Elles se différencient l'une de l'autre par l'absence (dans le cas de la régie) ou l'existence (dans le cas de l'établissement public) de la personnalité morale de l'organe public qui gère le service. Il faut enfin dire un mot des personnes publiques autres que les établissements publics et gestionnaires de service public.

§ 1. Le service public en régie¹

On se contentera de mentionner ce premier grand mode de gestion du service public, son étude se confondant avec les divers chapitres du droit administratif (autorités administratives, fonction publique) puisque la régie est la gestion directe du service par la collectivité publique dont il dépend, sans que lui soit conférée une personnalité juridique distincte.

1. J. Viguié, *Recherches sur la notion de régie en droit public français*, thèse Toulouse, 1989 ; *Les régies des collectivités locales*, Economica, 1992.

A La régie simple

Ainsi définie, la régie est un mode de gestion applicable aussi bien à des services publics administratifs qu'à des services publics industriels ou commerciaux. On pourrait donner de multiples exemples : les services de l'équipement constituent un service public administratif en régie ; de même que les PTT jusqu'à l'intervention de la loi du 2 juillet 1990 qui a créé sous le nom d'exploitants publics deux établissements publics industriels et commerciaux la Poste et France Télécom ; de même encore, dans le secteur industriel et commercial, il existe des régies industrielles de l'État (Monnaies et médailles, arsenaux, étant précisé dans le dernier cas que les établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres ont été transférés à une société nationale par la loi du 23 décembre 1989) ; il est à relever d'ailleurs ici que, sous l'influence en effet de différents facteurs, la gestion en régie a tendu dans un certain nombre de cas à céder la place à une gestion sous forme de société d'économie mixte ou de société à capital public.

B Régie autonome et régie personnalisée des collectivités locales

Initialement réservée aux communes, les formules de la régie autonome ou de la régie personnalisée peuvent depuis 1999 être utilisées par toutes les catégories de collectivités territoriales et leurs établissements publics. Leur régime est déterminé par les articles L. 2221-1 et suivants et R. 2221-1 du CGCT.

1. Régie autonome

La régie dite autonome est dotée de l'autonomie financière et a un budget propre annexé à celui de la collectivité locale au sein de laquelle elle est instituée ; ce budget est adopté par l'organe délibérant de la collectivité locale.

Les régies autonomes sont créées par délibération de l'assemblée locale, pour la gestion d'un service public administratif ou d'un service public industriel ou commercial, avec une dotation initiale et la détermination des règles d'exploitation du service en cause. Les organes de décision sont ceux de la collectivité au sein de laquelle fonctionne la régie, puisque la seconde se confond dans la personnalité juridique de la première ; il appartient pourtant au conseil d'exploitation de la régie d'éclairer par ses avis l'exécutif ou l'assemblée délibérante locale, dans les conditions fixées par la délibération institutive. Le directeur de la régie, nommé par l'exécutif local, fait partie des agents locaux.

2. Régie personnalisée

La régie personnalisée est dotée d'une personnalité morale propre, distincte de celle de la collectivité qui l'institue. Elle constitue en réalité, de ce fait, un mode de gestion proche de celui de l'établissement public local mais soumis à un régime juridique spécifique qui figure aux articles L. 2221-10 et suivants et R. 2221-10 et suivants du CGCT ; la loi du 12 août 2004 a d'ailleurs apporté à l'article L. 2221-10 du CGCT la précision que les régies personnalisées « sont dénommées établissement public local »².

La régie personnalisée exerce les compétences statutaires qui lui sont conférées et sur lesquelles la collectivité de rattachement ne peut pas empiéter³, mais la collectivité conserve un droit de contrôle sur le fonctionnement de la régie. Celle-ci est administrée par un conseil d'administration et un directeur, le président du conseil d'administration et le directeur étant désignés par l'organe délibérant sur proposition de l'exécutif local.

§ 2. L'établissement public⁴

L'établissement public est un mode de gestion des services publics caractérisé par le fait que le service, tout en étant confié à un *organisme public*, reçoit une certaine autonomie sous la forme de la *personnalité morale*.

C'est un procédé fréquemment employé aussi bien pour la gestion des services publics d'État (établissements publics nationaux) que pour les services des départements et communes (établissements publics locaux et « régies » municipales personnalisées — v. *supra*). Les universités, les lycées, les hôpitaux, la caisse des dépôts sont par exemple des établissements publics.

Par ailleurs, l'établissement public est un mode de gestion applicable aussi bien aux services publics administratifs et aux services publics industriels ou commerciaux. Pour ces derniers il est déjà utilisé depuis assez longtemps ; il a reçu un renfort très important à l'occasion des nationalisations de 1946, certaines des entreprises nationalisées ayant

2. V. auparavant sur l'assimilation de la régie personnalisée à l'établissement public local, CE 10 juillet 1989, *Régie des passages d'eau de la Charente-Maritime*, RFDA 1991 p. 180, note J.-F. Lachaume.

3. CE, 16 oct. 1970, *Cne de Saint-Vallier*, Rec. Lebon p. 583.

4. E. Fatôme, *À propos de la distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial*, Mélanges R. Chapus, 1992.

reçu alors le statut d'établissements publics (EDF, GDF, Charbonnages de France et houillères de bassin). Il est aujourd'hui parfois contesté, s'agissant de la gestion de services économiques, en ce que la personnalité juridique publique qui est la sienne pourrait comporter des éléments d'aides structurelles incompatibles avec le marché commun ⁵.

A Théorie juridique de l'établissement public

L'établissement public est un mode de gestion d'un service public ⁶. De cette donnée générale résultent déjà l'application de toutes les règles qui sont attachées à la notion de service public.

Mais dans l'ensemble de la théorie du service public l'établissement public a une place à part définie par les deux traits qui l'y caractérisent ; son caractère *d'organisme public*, son caractère *décentralisé*.

1. L'établissement public est un organisme public

a) Personnalité publique

L'établissement public fait partie du secteur des organismes publics ; cela le différencie par exemple profondément de la concession ou de l'économie mixte et entraîne une nouvelle série de conséquences juridiques, notamment celles-ci.

— Les décisions prises par les dirigeants d'un établissement public (président d'une université, conseil d'administration d'un hôpital) sont des « actes d'autorités administratives » susceptibles de recours pour excès de pouvoir (à la différence des actes d'un concessionnaire de service public).

5. V. M. Lombard, *L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?*, AJDA 2006, p. 79.

6. Exceptionnellement le caractère d'établissement public a été reconnu à des organismes qui ne gèrent pas un véritable service public. C'est le cas des associations syndicales autorisées de propriétaires (L. 23 septembre 1888, D. 21 septembre 1926 et 30 octobre 1935). Ce sont des groupements de propriétaires constitués en vue de l'accomplissement de certains travaux : défense en commun contre les inondations, les incendies de forêts, assèchement de marais. Ces activités ne sont pas à proprement parler des services publics, mais des œuvres d'intérêt public collectif. Cependant, étant donné leur intérêt et leurs besoins, le législateur les a armées de prérogatives de contrainte : droit d'exproprier, d'imposer des servitudes, de forcer les propriétaires récalcitrants à faire partie de l'association, de leur imposer des taxes, régime des travaux publics appliqué à leurs travaux. On aurait pu voir dans ces institutions un cas intéressant d'activité privée d'intérêt général, bénéficiant des prérogatives du service public. Mais la jurisprudence, impressionnée par l'arsenal de ces prérogatives, a estimé, à l'époque où elle a dû prendre parti sur leur nature, qu'il s'agissait d'établissements publics (TC, 9 décembre 1899, *Canal de Gignac*, S. 1900.3.49, Note Hauriou).

— Le personnel d'un établissement public a la qualité d'agent public (sauf, nous le savons, en application d'une idée plus générale, le personnel des établissements industriels et commerciaux) alors que le concessionnaire et ses employés sont des personnels de droit privé.

— Enfin, par son caractère d'organisme public, l'établissement public se différencie d'une catégorie de groupements vis-à-vis desquels la distinction est fondamentale et appelle des explications : l'établissement d'utilité publique.

b) Distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique

Les établissements d'utilité publique sont des groupements privés qui ne gèrent pas un service public mais une activité privée d'intérêt général, auxquels, pour ce motif, a été octroyée par décret la « reconnaissance d'utilité publique ».

Ils se distinguent donc des établissements publics puisqu'il n'y a en eux ni organisme public ni service public ; ils se situent dans le secteur privé.

Mais par quel critère va-t-on reconnaître dans la pratique qu'un organisme donné est un établissement public ou un établissement d'utilité publique, au moins lorsque le législateur n'a pas procédé à cette qualification ? La question est capitale puisque les régimes juridiques à appliquer sont foncièrement différents ; elle est souvent, délicate dans la pratique.

1° On ne peut se fier au degré de soumission de l'organisme au contrôle de l'administration car le droit administratif a, dans de nombreux cas, développé à l'extrême ce contrôle sur des organismes privés, surtout précisément sur les établissements d'utilité publique : intervention assez fréquente de l'État dans le choix de certains dirigeants, soumission de certains établissements d'utilité publique aux vérifications de l'inspection des finances et au contrôle de la cour des comptes.

2° Le critère classique, dégagé par le tribunal des conflits et le conseil d'État au début du siècle, est tiré de l'origine de l'établissement ou plus exactement de l'initiative de sa création : si celle-ci est venue de l'État il y a établissement public ; si elle est venue d'un particulier il y a établissement d'utilité publique, l'État n'intervenant que pour accorder la reconnaissance d'utilité ^{7 8}.

7. CE, 22 mai 1903, *Caisse des écoles*, S., 1905.3.33. Concl. Romieu — 21 juin 1912, *Pichot*, Rec. Lebon, p. 711. Concl. Blum — TC, *Pichot*, 31 mai 1913, Rec. Lebon, p. 60.

8. « On naît établissement public, on ne le devient pas » (concl. Blum dans l'affaire *Pichot*).

3° La valeur du critère classique a été, depuis lors, contestée ; il existe en effet des exemples d'établissements publics dus à l'origine à l'initiative privée (École centrale) ; à l'inverse il arrive que le législateur crée de toutes pièces un organisme qu'il qualifie d'établissement d'utilité publique : Secours national (D-L, 9 octobre 1939), auquel a été substituée l'Entraide française à la libération (O., 8 février 1944) ; Union française des combattants créée par l'ordonnance du 14 mai 1945 ; chambres des professionnelles des notaires, des huissiers, etc.

4° Certains ont alors proposé de retenir comme critère de l'établissement public la notion de privilège de puissance publique ; un organisme serait un établissement public lorsque la loi l'a doté de l'un de ces privilèges : pouvoir de taxation, d'expropriation, gestion d'un monopole ⁹.

Cependant ce critère n'est pas sans fissure car nous savons qu'une tendance du droit administratif est d'étendre l'emploi de ces prérogatives de puissance publique pour en faire parfois bénéficier des entreprises *privées* d'intérêt général.

5° En réalité l'idée fondamentale réside dans le critère général de l'organisme public et du service public à savoir l'intention de l'administration. Cette intention est claire lorsque le législateur qualifie lui-même l'organisme qu'il crée (exemple : établissement d'utilité publique créé avec cette qualification par la loi).

Lorsque l'intention est douteuse, le juge a recours à des indices objectifs. Sa tendance actuelle à cet égard est, plutôt que de recourir à un indice unique, d'utiliser concurremment un ensemble de critères parmi lesquels l'origine de l'établissement et les prérogatives de puissance publique sont combinées avec d'autres.

2. L'établissement public est un organisme décentralisé

C'est là le trait spécifique de l'établissement public, celui qui le distingue de la régie. C'est en vue de réaliser une certaine autonomie du service public qu'on l'organise en établissement public. Cette autonomie est obtenue essentiellement par l'octroi de la personnalité morale qui permet un système de décentralisation par service. Ces idées de personnalité morale et de décentralisation commandent, on va le voir, l'essentiel du régime juridique de l'établissement public.

a) Création et suppression de l'établissement public

La reconnaissance de la personnalité morale entraîne les règles suivantes.

9. Cf. TC, 9 décembre 1899, *assoc. Synd. du Canal de Gignac*, préc.

- La Constitution de 1958, art. 34, fait figurer parmi les matières réservées à la loi la « création de catégories d'établissements publics ». Il résulte de cette disposition qu'un établissement public ne peut être créé par simple décret qu'à la condition qu'il existe déjà des établissements publics d'objet ou de caractère analogue.

- La suppression d'un établissement public résulte soit de la suppression du service public lui-même, soit du retrait de la personnalité morale, auquel cas le service public subsiste mais devient une régie.

Dans les deux cas se pose le problème du sort du patrimoine : dans la seconde hypothèse, il revient à l'autorité administrative qui continue d'assurer le service en régie ; dans la première il est logique qu'il revienne à l'entreprise privée qui poursuit le but de l'établissement public disparu (solution adoptée par la loi du 9 décembre 1905 qui attribuait aux associations privées culturelles les biens des établissements publics du culte supprimés).

b) Régime administratif

L'établissement public possède ses organes directeurs propres, soumis au contrôle de l'administration générale, mais dotés d'une certaine autonomie (conseils d'administration des hôpitaux, conseils d'administration et présidents des universités, conseils d'administration et agents de direction des établissements publics industriels et commerciaux).

Désignation et composition des organes. — Les organes dirigeants des établissements publics sont désignés de manières diverses. Le plus souvent ils sont nommés mais les conseils comportent parfois des membres de droit ; en outre, dans certains cas, l'élection par les ressortissants du service public est utilisée et donne alors naturellement à l'établissement public concerné une physionomie très particulière ; ce recrutement électif peut reposer sur des justifications diverses : respect de libertés traditionnelles (cas des présidents d'universités), caractère corporatif de certains établissements (chambres professionnelles de commerce, agriculture, métiers, dont les bureaux sont élus par les commerçants, agriculteurs, artisans).

- Il faut faire une place à part aux entreprises publiques organisées en établissement publics. Leurs conseils d'administration avaient été conçus et organisés en 1946 sur la base d'un grand principe, la nationalisation ne signifiant pas l'étatisation ; ainsi la représentation des intérêts était assurée par une représentation tripartite (État, personnel, usagers), les représentants de chacune de ces trois catégories étant du reste nommés et non élus mais au sein des catégories représentées.

La représentation des intérêts avait été aussi appliquée dans les entreprises nationalisées organisées en sociétés et non plus en établissements publics mais là sous une forme quadripartite.

Par ailleurs, les établissements publics issus des nationalisations n'avaient pas été les seuls dans lesquels la représentation des intérêts avait été appliquée à la composition des conseils d'administration : d'une part, elle avait été étendue à d'autres entreprises publiques (non issues des nationalisations) telles que l'Entreprise Minière et Chimique ; d'autre part elle avait été également appliquée à des établissements publics chargés de tâches de dirigisme économique en particulier l'Office national interprofessionnel des céréales (ONIC) et le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA).

- La loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public a prévu que les conseils d'administration des établissements publics de l'État se composent de représentants de l'État et le cas échéant des actionnaires, de personnalités nommées par décret et de représentants des salariés.

Pouvoirs des organes. — Les pouvoirs des organes des établissements publics sont variables, selon les textes qui les instituent.

De la même façon les modalités et l'intensité du contrôle de tutelle varient d'une catégorie d'établissement à une autre. L'autonomie juridique qui est la leur doit ainsi être rapportée à des éléments de droit tenant principalement à leur capacité de disposer de services propres.

c) Régime patrimonial et financier

L'établissement public, personne morale, possède un patrimoine ; il est sujet de droit, accomplit les actes juridiques, agit en justice. La conséquence est qu'il a son budget, alimenté par des ressources qui lui sont propres (libéralités qu'il peut recevoir, emprunts qu'il a le droit de contracter, redevances perçues sur les usagers lorsque le service est payant subventions, dotations).

La caractéristique du budget de l'établissement public est ainsi d'être un budget autonome, c'est-à-dire établi par le service lui-même (par exemple conseil d'administration pour le budget d'une université) ; il est seulement soumis au contrôle de la collectivité dont dépend le service ; en dehors de contrôle, l'autorité administrative générale n'intervient que pour faire face aux déficits par des subventions.

L'autonomie du budget de l'établissement public peut même être encore plus poussée lorsque les déficits restent à sa charge (pour être comblés par des emprunts ou des relèvements de tarifs) ; le budget est dit alors industriel (ou industrialisé).

Quant à l'exécution du budget, elle est soumise à un contrôle assez étroit du pouvoir central. Les abus provoqués après la Première Guerre mondiale par la gestion financière des établissements publics industriels ou commerciaux (dits offices) leur ont valu un renforcement de contrôle ; notamment le décret-loi du 30 octobre 1935 a créé pour exercer cette

surveillance financière (d'ailleurs étendue à certains organismes privés), un corps de *contrôleurs financiers* remplacé par un corps de *contrôleurs d'État* depuis l'ordonnance du 23 novembre 1944.

d) La spécialité de l'établissement public

L'activité de l'établissement public est limitée au service (ou aux services) qu'il a pour mission de gérer ; il ne peut employer son patrimoine à d'autres fins ; par voie de conséquence il est incapable de recevoir un don affecté d'une charge qui n'entrerait pas dans sa spécialité (par exemple un hôpital ne peut accepter une libéralité grevée d'une charge n'ayant pas un but charitable).

e) L'établissement public et la notion de décentralisation

Les règles qu'on vient d'indiquer montrent en quoi l'établissement public est un procédé de réalisation de la décentralisation, dite ici décentralisation par service. On y retrouve les éléments spécifiques de toute décentralisation, analogues à ceux de la décentralisation territoriale, à savoir :

- la notion de personnalité morale ;
- celle de la spécialité qui pose quelque problème lorsqu'on se trouve en présence d'un établissement public industriel et commercial, qui, déployant ses activités dans un domaine économique concurrentiel, est conduit à les diversifier ¹⁰ ;
- un contrôle du pouvoir central qui se relie à la notion et à la technique de la tutelle ;
- il faut ajouter que, comme dans la décentralisation territoriale, la décentralisation de l'établissement public est susceptible de degrés ; l'autonomie des établissements publics est très diverse suivant les catégories, le contrôle de tutelle étant organisé de manière plus ou moins étroite (par exemple les lycées sont beaucoup moins décentralisés que les universités).

B Emploi du procédé et crise actuelle de l'établissement public

La formule de l'établissement public est employée depuis longtemps, comme mode de gestion du service public, dans des secteurs très divers,

10. V. sur ce point : avis du conseil d'État du 15 juillet 1992 ; *RATP*, EDCE, 1992, p. 435 et avis du 7 juillet 1994, *EDF-GDF*, EDCE, 1994, p. 409 *Grands avis du Conseil d'État*, p. 287.

chaque fois que l'on estime utile de doter le service d'une certaine liberté d'action par le moyen de l'autonomie juridique que comporte son régime.

1. Extension du procédé

Un de ses champs d'application classiques est constitué par les services publics susceptibles, plus que d'autres, d'« attirer les libéralités », le bienfaiteur étant assuré, en raison du principe de la spécialité, que sa libéralité sera affectée au but poursuivi. D'où l'emploi traditionnel de l'établissement public pour de nombreux services publics *sociaux* (hôpitaux, bureaux municipaux de bienfaisance devenus aujourd'hui les bureaux d'aide sociale) et culturels ou universitaires (universités, lycées, Centre national de la recherche scientifique).

Mais, au-delà de ces domaines classiques, l'emploi du procédé de l'établissement public s'est considérablement développé, notamment, on l'a déjà dit, dans le secteur des services publics industriels et commerciaux, auxquels il permet une relative autonomie de gestion commerciale et financière, et, plus récemment, dans le secteur de l'organisation territoriale, dans lequel, on l'a vu, certains groupements de collectivités locales, auxquels on a voulu donner la personnalité juridique sans en faire des collectivités territoriales proprement dites, ont été qualifiés par la loi « établissements publics ».

Cette diversification d'emploi de l'établissement public a entraîné une véritable crise, depuis longtemps déjà dénoncée ¹¹ de la théorie et de la notion même d'établissement public.

2. La crise de l'établissement public

1° La crise de l'établissement public procède d'abord du fait que la qualification donnée à un établissement public ne correspond pas toujours à sa véritable nature ¹².

2° Il se produit aussi qu'un même établissement exerce certaines missions à caractère administratif et d'autres à caractère industriel ou commercial et la notion d'établissement public mixte ou à « double visage » a même reçu une consécration législative avec les lois du 28 octobre 1982 et du 26 juillet 1983 relatives à la démocratisation du secteur public.

3° L'extension de la qualification d'établissement public à des groupements territoriaux très voisins par leur objet et leurs caractères des

11. R. Drago, *Les crises de la notion d'établissement public*, 1948. — *La réforme des établissements publics*, Conseil d'État, 1971. — *Étude sur les établissements publics* (EDCE, 1984-1985).

12. V. par ex. TC, 24 juin 1968, *Société Distilleries bretonnes*, p. 801, à propos du FORMA, concl. Gégout : D. 1969, 116, note Chevallier ; JCP, 1969.II.15764, concl. Gégout, note Dufau.

collectivités territoriales obscurcit la distinction classique entre les personnes administratives territoriales et les personnes administratives spéciales, en donnant naissance à la catégorie assez ambiguë des établissements publics territoriaux, communautés urbaines, communautés de communes, communautés d'agglomération, etc.

4° Devant ce trouble introduit dans la théorie de l'établissement public, on s'est demandé s'il ne serait pas opportun de réserver, par une conception restrictive, la qualification d'établissement public aux établissements du type classique, les types nouveaux ne rentrant pas dans cette notion ; il en résulterait que, contrairement aux conceptions traditionnelles, tous les services publics dotés de la personnalité juridique, c'est-à-dire toutes les « personnes administratives spéciales », ne seraient pas nécessairement des établissements publics.

Cette analyse, retenue déjà au lendemain de la Seconde Guerre mondiale par la jurisprudence¹³ trouve aujourd'hui un regain d'actualité (v. *infra* § 3) ; elle est depuis longtemps proposée par une doctrine, il est vrai restée d'abord minoritaire.

5° Surtout la crise la plus grave et la plus récente, concernant du moins l'établissement public industriel et commercial, est venue du droit européen qui tient pour incompatibles avec la marché commun certains avantages concurrentiels que ces établissements tireraient de leur personnalité juridique publique et de leur « proximité » vis-à-vis de l'État.¹⁴

13. C'est au lendemain de la dernière guerre, à propos des services publics d'économie dirigée et de discipline professionnelle (comités d'organisation créés par la loi du 16 août 1940 et ordres professionnels), que le conseil d'État a jugé que ces organismes, bien que dotés de la personnalité morale de droit public, ne sont pas des établissements publics (CE, 31 juillet 1942, *Montpeurt*, S., 1942.3.37, concl. Ségalat — 2 avril 1943, *Bouguen*, S., 1944.3.1, concl. Lagrange).

14. V. C. Barthélemy, *La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État, mythe ou réalité ?*, RJEP 2004, p. 423 — M. Lombard, *L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?*, AJDA 2006, p. 73.

§ 3. Les personnes publiques spéciales autres que les établissements publics

Jusqu'à une époque relativement récente, on pouvait avancer que le droit administratif français ne connaissait, outre l'État, que deux sortes de personnes morales : les collectivités territoriales et les établissements publics¹⁵.

Cependant, à plusieurs reprises récemment, la diversification extrême de régimes applicables aux personnes publiques spéciales a fait apparaître la typologie traditionnelle des personnes publiques comme insuffisante et trop rigide ; manifestement les personnes administratives spéciales ne pouvaient pas être ramenées à la seule catégorie des établissements publics. Aussi bien notre sentiment — déjà exprimé dans les éditions successives du *Traité de droit administratif* — était que les personnes publiques spéciales, si elles demeurent essentiellement constituées par les établissements publics, ne se réduisent pas nécessairement à ceux-ci. Depuis les exemples se sont multipliés d'organismes dont la personnalité publique ne fait pas de doute, mais qu'on ne peut ranger, en raison des caractéristiques originales qui sont les leurs, dans la catégorie des établissements publics ; et cette analyse est aujourd'hui celle du droit positif.

A Les groupements d'intérêt publics (GIP)

La formule du groupement d'intérêt public, inaugurée par la loi du 15 juillet 1982 sur la recherche, a été reprise ultérieurement par de très nombreux textes sectoriels ; on compte aujourd'hui plus d'une trentaine de variétés de GIP. Ces textes empruntent parfois ou même renvoient aux GIP de la loi sur la recherche, mais dans d'autres cas, ils s'en écartent, ce qui pose le problème d'une loi générale sur les groupements d'intérêt public.

Si cette législation générale n'est jamais intervenue, la qualification de personnes publiques de ceux-ci ne fait plus de doute : expressément affirmé par la loi pour une variété particulière de GIP, ceux créés sur

15. V. par ex. concl. J. Arrighi de Casanova ss. TC, 16 juin 1997, *Sté La Fontaine de Mars, Epx Muet*, CJEP 1997, p. 363, à propos de la Banque de France : « nous ajouterons — mais cette précision n'est pas nécessaire en l'espèce — puisqu'elle (la Banque de France) n'est ni l'État, ni une collectivité territoriale, il est clair qu'elle ne peut être considérée que comme un établissement public. Il s'agit certes d'un établissement d'un genre tout à fait spécifique... Mais une telle spécificité n'est, par elle-même, nullement dirimante, la notion d'établissement public recouvrant, comme on le sait, une très grande variété de situation ».

la base de la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, cette qualification vaut aussi pour les groupements institués au titre d'autres législations ¹⁶.

Or dans une décision du 14 février 2000, le tribunal des conflits a jugé que les GIP relevaient d'un « régime juridique spécifique », lequel « se caractérise, sous la seule réserve de l'application par analogie à ces groupements des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui fondent la compétence de la loi en matière de création d'établissements publics proprement dits, par une absence de soumission de plein droit de ces groupements aux lois et règlements régissant les établissements publics » ¹⁷. Les GIP entrent donc dans une catégorie de personnes publiques spéciales distinctes des établissements publics. Et ils ne sont pas les seuls.

B La Banque de France

S'agissant de la Banque de France, celle-ci avait été qualifiée par un arrêt du tribunal des conflits, *Sté La Fontaine de Mars, Époux Muet*, de « personne publique » ¹⁸, mais la discussion était restée ouverte d'une identification nécessaire aux établissements publics, celle-ci ne résultant pas du texte de l'arrêt.

Aussi bien, consulté sur ce point, le conseil d'État, dans un avis du 9 décembre 1999, considérant l'ensemble des caractéristiques de la Banque de France, a émis l'avis que celle-ci, « ne pouvant être classée dans aucune des catégories d'établissements publics, est une personne publique "sui generis" ». Puis, statuant au contentieux, il a jugé dans le même sens que la Banque de France « constitue une personne publique chargée par la loi de missions de service public qui, ayant principalement pour objet la mise en œuvre de la politique monétaire, le bon fonctionnement des systèmes de compensation et de paiement et la stabilité du système bancaire, sont pour l'essentiel de nature administrative ; qu'elle n'a pas le caractère d'un établissement public mais revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres » ¹⁹.

16. CE, avis 15 octobre 1985, EDCE 1986, p. 189.

17. TC, 14 févr. 2000, *GIP Habitat et interventions sociales*, JCP 2000-II-10301, note N. Eveno ; AJDA 2000, p. 465 et chron. p. 410 ; RFDA 2000, p. 1138.

18. TC, 16 juin 1997, CJEP 1997, p. 363, concl. J. Arrighi de Casanova précité.

19. CE, 22 mars 2000, *Synd. nat. autonome du personnel de la Banque de France*, D. adm. 2000, n. 88 ; AJDA 2000, p. 466.

C Une « catégorie » ouverte

On se tromperait en considérant que la catégorie des personnes publiques spéciales autres que les établissements publics est une catégorie « finie », limitée aux GIP et à la Banque de France. Il s'agit au contraire d'une catégorie « ouverte » qui, mécaniquement, recueillera toutes les personnes publiques spécialisées impropres — pour des raisons diverses — à la qualification d'établissement public. Du même coup la plus grande hétérogénéité prévaudra et c'est presque abusivement qu'on peut parler ici d'une « catégorie » de personnes publiques à côté de celle, déjà très éclatée, des établissements publics.

Dès avant la consécration du GIP et de la Banque de France comme personnes publiques autres qu'établissements publics, on avait pu s'interroger sur l'existence d'autres personnes publiques de cette catégorie. Ainsi, s'agissant d'institutions d'abord créées comme des autorités administratives indépendantes non personnalisées, il est arrivé que le législateur choisisse de leur conférer ultérieurement la personnalité morale ; et on peut douter qu'il en ait fait pour autant des établissements publics. De même et pour prendre un exemple plus ancien, les comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale (CCPPRB) institués par la loi du 20 décembre 1988 (modifiée par une loi du 23 janvier 1990) ont été dotés de la personnalité morale par la loi ; et on peut penser que cela en fait des personnes publiques « spéciales » mais non des établissements publics, en raison d'une activité purement technique, en tant qu'administration consultative associée à certaines décisions techniques de santé publique ²⁰.

De même, l'avènement d'une catégorie de personnes publiques spéciales autres que les établissements publics invite à rouvrir le débat, jamais véritablement clôt, de la nature juridique des ordres professionnels, chargés du service public de l'organisation d'une profession et dont la jurisprudence a simplement indiqué qu'ils ne sont pas des établissements publics alors qu'on s'accordait en général alors à y voir des organismes publics ²¹. Si une large part de la doctrine en a tiré à l'époque — un peu vite — la conséquence que, n'étant pas des établissements publics, ils devaient être considérés comme des organismes privés, on peut penser que tant leur organisation que leur compétence (procédé de l'acte unilatéral, fonction

20. V. Y. Gaudemet, *Les comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale*, CCPPRB, *Le bilan juridique*, JCP 1993-I-3653, spéc., n. 36.

21. CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt*, D. 1942, p. 138, concl. Ségalat, note P. C. ; Rec. Lebon, p. 239 — 2 avril 1943, *Bouguen*, S. 1944, p. 1, concl., Lagrange, note Mestre.

juridictionnelle, etc.) justifient qu'ils soient aujourd'hui rangés dans la catégorie des personnes publiques spéciales autres que les établissements publics.

Section 2

La gestion des services publics par des personnes privées

Une place a toujours été faite à la gestion de services publics par des personnes privées, pour le compte de l'administration. Mais cette gestion se présentait exclusivement sous la forme d'une modalité unique, du reste très classique et par ailleurs réservée aux services publics industriels et commerciaux : la concession de service public.

La concession de service public industriel ou commercial demeure un procédé important de gestion du service public par des personnes privées. Mais, des innovations n'en ont pas moins marqué récemment ce type de gestion : outre que la concession de service public — reprise aujourd'hui dans la catégorie plus large de la « délégation de service public » — paraît n'être plus nécessairement cantonnée au secteur industriel et commercial, d'autres modalités de gestion des services publics par des organismes privés sont apparues. Enfin, cette matière a été affectée par l'apparition de régimes juridiques propres aux entreprises publiques.

On ne traitera pas ici en revanche du contrat de partenariat public-privé, régi par une ordonnance de 17 juin 2004, qui n'a pas pour objet la gestion d'un service public par le cocontractant partenaire, mais la mise à disposition, dans la durée, des moyens de celui-ci.

§ 1. La délégation de service public ²²

La concession de service public, aujourd'hui délégation, est un accord passé entre une collectivité publique et un particulier (individu ou plus souvent société) en vertu duquel celui-ci, appelé concessionnaire, s'en-

22. J. Dufau, *La nature juridique de la concession du service public*, Mélanges Chapus, 1992. — C. Bréchon-Moulène, F. Llorens, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, 1992 — G. Guglielmi, *La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles*, JCP A 2007, Étude n° 2098, p. 23.

gage à faire fonctionner le service à ses frais en se rémunérant sur les usagers.

Ce mode de gestion qui, en raison de ses caractères, est propre aux services industriels ou commerciaux, sous réserve de ce qui sera dit plus loin à ce sujet a été, et est fréquemment employé, notamment pour les services des collectivités locales : tramways, eau, gaz, électricité, lignes d'autobus, etc. Il constitue un nouveau moyen de réalisation de la décentralisation par service, mais avec cette différence capitale par rapport à l'établissement public que le concessionnaire n'est pas une autorité administrative, mais très généralement une personne privée.

Concession de service public et marché. — La concession de service public étant un accord entre l'administration et un particulier, on peut penser que son régime va se rapprocher de celui du droit des marchés publics que nous avons précédemment exposé. Effectivement on constate entre eux un parallélisme certain.

Il y a cependant des différences ; la raison en est que la concession associe le particulier au service public d'une manière beaucoup plus étroite que les divers marchés (travaux publics, fournitures) ; ceux-ci servent seulement indirectement à fournir aux services publics des moyens matériels d'action ; ici au contraire, c'est le service public lui-même, son exploitation, qui constituent l'objet de la convention. C'est ce qu'exprime, presque à l'excès, la notion actuelle de « délégation de service public ».

Quant au critère précis qui permet d'identifier la concession et de la distinguer des marchés, il réside dans le mode de rémunération du cocontractant ; il y a marché lorsque le cocontractant est rémunéré par un *prix* versé par l'administration, concession lorsqu'il est rémunéré par des *redevances* perçues par lui sur les usagers²³.

Idées directrices. — Le régime de la concession de service public tourne autour de deux idées en apparence contradictoires, qu'elle vise à concilier et dont on va retrouver constamment le jeu.

La première idée est que, quoique concédé, le service reste un *service public* ; c'est l'idée dominante ; elle entraîne l'ensemble des règles normalement liées à la notion et au régime général du service public.

La seconde idée est que le gérant du service public est ici un *cocontractant*, donc animé par des considérations intéressées, qui n'acceptera de gérer le service que s'il y trouve son intérêt, spécialement pécuniaire.

23. En ce sens : CE, 14 octobre 1980, EDCE, 1980-1981, p. 196 — 15 avril 1996, *préfet des Bouches-du-Rhône*, RFDA, 1996, p. 715, concl. C. Chantijy, note P. Terneyre.

A Nature juridique de la concession de service public

L'acte juridique qui est à la base de la concession constitue un accord, une convention entre l'administration concédante et le particulier concessionnaire ; les stipulations de cet accord sont contenues dans un document, le cahier des charges.

Cet accord constitue-t-il, comme celui qui est à la base des marchés administratifs, un contrat ?

On l'a pensé pendant longtemps ; on estimait que le concessionnaire était dans une situation contractuelle, l'objet du contrat étant le fonctionnement du service au profit des usagers ; ceux-ci étaient considérés comme bénéficiant du contrat par le jeu d'une stipulation pour autrui en leur faveur.

Ces idées sont encore, on le verra, utilisées dans une certaine mesure par la jurisprudence. Cependant la plupart des auteurs les ont abandonnées et ont renoncé à analyser la concession de service public comme un contrat pur et simple, prenant en compte cette considération que l'objet de l'accord est le fonctionnement d'un service public, c'est-à-dire une activité dont l'administration doit rester constamment maîtresse soit dans son organisation initiale soit dans ses modifications ultérieures.

Mais par ailleurs il est impossible que la concession ne comporte pas d'élément contractuel parce que le concessionnaire n'acceptera de gérer le service que si ses intérêts financiers sont sauvegardés et si leur fixité est contractuellement garantie pour l'avenir.

La conciliation de ces deux idées est réalisée par le caractère mixte, mi-réglementaire, mi-contractuel, de la concession du service public.

1^o La partie réglementaire comprend tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du service.

Il ne semble pas contestable que cette partie du cahier des charges soit de nature réglementaire et non contractuelle. Le régime juridique qui est le sien le prouve nettement : le cahier des charges ne fait pas l'objet d'un débat entre parties, mais est proposé en bloc et unilatéralement au concessionnaire ; il peut être, par la suite, modifié unilatéralement par l'administration ; le concessionnaire ne peut pas, par un accord spécial avec un usager, déroger à une de ses dispositions²⁴ ; enfin, si le concessionnaire viole une de ses dispositions, l'usager dispose du recours pour excès de pouvoir, alors que ce recours, on le sait, n'est pas ouvert pour sanctionner la violation des contrats.

La théorie de la nature réglementaire du cahier des charges a été développée par Duguitt et Hauriou.

24. CE, 5 mars 1943, *Cie générale des eaux*, DC, 1944, J. 121.

2° Ont en revanche une valeur contractuelle la durée de la concession (car la concession est toujours temporaire, l'État ne pouvant se dessaisir à titre perpétuel de la gestion d'un service public entre les mains d'un particulier) et les avantages financiers que l'administration consent au concessionnaire (avances, prêts, garanties d'intérêt) ; à quoi s'ajoute, d'une manière générale, le droit au maintien d'un certain équilibre financier du contrat (notion dite de l'« équation financière » du contrat). Ces divers éléments étant contractuels, sont par là garantis au concessionnaire pour le durée du contact.

La situation du concessionnaire étant ainsi mixte, l'acte de concession a lui-même une nature mixte : il est pour partie un *contrat* et pour partie un acte condition (dans la mesure où il attribue au concessionnaire les éléments réglementaires de sa situation).

B Les obligations du concessionnaire

1. L'obligation d'exécuter

Le concessionnaire doit exécuter la concession, c'est-à-dire faire fonctionner le service ; le principe de la continuité du service public domine cette obligation.

La concession de service public est un accord conclu *intuitu personae*, comme les marchés administratifs, mais plus encore qu'eux, la procédure automatique de l'adjudication n'ayant jamais été obligatoire pour sa conclusion.

L'*intuitus personae* entraîne l'obligation d'exécuter personnellement ; les cessions ne sont possibles qu'avec l'accord du concédant.

2. Les sanctions pour inexécution

L'intérêt du service public entraîne un régime de sanctions très énergique et différent des règles correspondantes du droit civil.

a) Les moyens de sanction comprennent, outre les dommages-intérêts et la déchéance du concessionnaire, la mise sous séquestre qui permet à l'administration de se substituer au concessionnaire défaillant et de faire fonctionner le service aux risques et périls de celui-ci.

b) Ces sanctions sont d'ordre public ; elles existent en dépit du silence ou même de toute clause contraire de l'acte de concession ²⁵.

c) L'administration peut prononcer elle-même ces sanctions sauf toutefois la déchéance, qui ne peut être prononcée que par le juge ²⁶.

25. CE, 30 mars 1928, *Ville de Louhans*, Rec. Lebon, p. 482.

26. CE, 17 novembre 1944, *Ville d'Avallon*.

3. Les entraves à l'exécution

Des faits d'ordre divers peuvent venir entraver ou empêcher l'exécution ; leur prise en compte, dans le droit de la concession, est commandée par le jeu des principes généraux, en particulier ceux de la continuité du service et du droit du concessionnaire à l'équilibre financier.

1° *La force majeure*. — C'est le fait extérieur et insurmontable qui vient empêcher l'exécution de la concession. Elle a pour effet de relever le concessionnaire de son obligation d'exécuter²⁷.

2° *Le « fait du prince »*. — C'est toute mesure prise par l'autorité concédante et venant aggraver la situation du concessionnaire.

a) En dépit de l'entrave nouvelle, le principe de la continuité du service public oblige le concessionnaire à poursuivre l'exécution du service, mais :

b) Le concessionnaire a droit à ce que l'administration concédante l'indemnise intégralement du préjudice qu'elle a pu lui causer par la mesure qu'elle a ainsi prise.

3° *L'imprévision*. — C'est l'hypothèse où des événements extérieurs, anormaux et imprévisibles viennent modifier profondément la situation du concessionnaire, par exemple, une augmentation considérable du prix des matières premières due aux fluctuations économiques.

La situation d'imprévision diffère ainsi : de la force majeure en ce que l'exécution est rendue plus onéreuse mais non impossible ; du fait du prince, en ce qu'elle résulte d'événements extérieurs à la personne du concédant²⁸.

Dans l'hypothèse d'imprévision, le conseil d'État a dégagé depuis 1916²⁹ une construction profondément originale, dominée par l'exigence de continuité service public.

a) En dépit de la situation d'imprévision le concessionnaire est tenu de continuer à faire fonctionner le service public.

b) Mais l'administration doit prendre à son compte une partie des charges extracontractuelles (c'est-à-dire pertes nettes, déficit net de la période extracontractuelle), non seulement parce que le concessionnaire a droit à un certain équilibre financier, mais parce que la faillite qu'il risquerait de subir compromettrait la continuité du service.

27. CE, 29 janvier 1909, *Messageries maritimes*, S., 1911.3.78.

28. Il ne peut y avoir fait du prince que si la mesure émane de l'autorité contractante elle-même. Ainsi une mesure prise par l'État et affectant un contrat conclu par une commune peut donner lieu à la théorie de l'imprévision mais non à celle du fait du prince (CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, S., 1950.3.60, note Mestre).

29. 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. Lebon, p. 125, concl. Chardenet ; S., 1916.3.17, note Hauriou ; RDP, 1916, p. 388, note Jéze.

L'administration doit donc aider le concessionnaire, mais elle ne prend pas toutes les charges à son compte ; elle participe seulement à ses charges sous forme d'indemnité d'imprévision.

c) Depuis 1932, la jurisprudence a apporté une nouvelle précision à la théorie. Elle décide que l'imprévision doit être une situation temporaire : en conséquence, lorsque la situation s'avère définitivement déficitaire, malgré les mesures prises (par exemple, après relèvement des tarifs), lorsque le service public cesse d'« être payant », la période extracontractuelle prend fin ; le concessionnaire n'a plus droit à la compensation de ses pertes, mais alors il n'est plus tenu de l'obligation d'exécuter parce que les circonstances révèlent que le service public n'a plus intérêt à être maintenu, n'est plus justifié ; il faut qu'il s'adapte ou disparaisse ³⁰.

C Les pouvoirs du concédant

Pendant la durée de la concession, le concédant conserve sur son exécution des pouvoirs très énergiques qui s'expliquent par le caractère de service public de l'activité du concessionnaire.

1. Contrôle

Le concédant a d'abord un pouvoir de contrôle en vue de s'assurer que le concessionnaire fait bien fonctionner le service. Ce contrôle ayant directement son fondement dans les droits que l'administration possède sur le service public peut même être élargi par elle au-delà des moyens prévus dans l'acte de concession, à condition toutefois qu'il n'aboutisse pas à une véritable mise en régie ³¹.

2. Modification de l'acte de concession par le concédant ³²

C'est ici l'une des règles les plus caractéristiques, du droit de la concession.

La présence du service public entraîne en effet pour le concédant le droit de modifier unilatéralement l'acte de concession en cours d'exécution parce qu'il faut que le service s'adapte aux besoins du public ³³.

30. CE, 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, p. 1050, concl. Josse ; S., 1933.3.9, note Laroque ; D., 1933.3.17, note Pelloux ; RDP, 1933, p. 117, note Jéze.

31. CE, 18 juillet 1930, *Cie P.-L.-M.*, Rec. Lebon, p. 763.

32. Sur les limites que rencontre aujourd'hui le pouvoir de modification unilatérale de l'administration, v. ce qui a été dit plus haut des exigences du droit communautaire de la concurrence pour la passation des contrats publics.

33. CE, 21 mars 1910, *Cie générale fr. des tramways*, Rec. Lebon, p. 216, concl. Blum ; S., 1911.3.1, note Hauriou ; RDP, 1910, p. 270, note Jéze : obligation imposée à un concessionnaire de mettre en service un nombre de voitures supérieur

Juridiquement ce pouvoir s'explique par le caractère réglementaire (donc unilatéralement modifiable) de la situation du concessionnaire ; mais cela dicte en même temps la *mesure* de la règle et sa contrepartie.

a) Les modifications ne peuvent porter que sur la partie réglementaire de la concession, non sur la partie contractuelle (durée, avantages financiers).

b) Lorsque les modifications entraînent une rupture de l'équilibre financier de la concession, l'administration doit indemniser le concessionnaire en vertu de son obligation contractuelle de maintenir cet équilibre.

Elle est d'ailleurs absolument maîtresse de choisir le procédé d'indemnisation, par exemple, de consentir à un relèvement des tarifs du service, ou de prolonger la durée de la concession.

D Les moyens du concessionnaire

1. La rémunération du concessionnaire

Le concessionnaire n'acceptera de faire fonctionner le service que s'il y trouve son intérêt. Cet intérêt financier est assuré de la façon suivante.

1° En partie par des prestations de l'administration, sous forme de subventions, avances remboursables, garanties d'intérêt pour les emprunts ; le caractère fondamental de ces prestations est qu'elles font partie des stipulations contractuelles³⁴.

Outre ces avantages proprement financiers, l'administration peut encore accorder au concessionnaire des avantages divers, notamment un privilège d'exclusivité, en s'engageant à l'égard du concessionnaire à ne pas accorder d'autres concessions similaires à des tiers (clause fréquemment stipulée dans les concessions de services municipaux) ; mais de telles clauses trouvent aujourd'hui leurs limites dans les exigences concurrentielles du droit communautaire.

La jurisprudence a également admis que le concessionnaire pouvait se voir reconnaître un droit à indemnité pour tous les préjudices qui résulteraient de l'intervention de lois nouvelles modifiant directement ou indirectement les conditions d'exploitation de la concession et qu'il pouvait se voir automatiquement attribuer les avantages accordés par des dispositions législatives à des entreprises exploitant des services de

à celui qui était prévu dans l'acte de concession, à cause des besoins accrus du public.

34. CE, 11 janvier 1895, *Chemins de fer d'Orléans*, Rec. Lebon, p. 31.

même nature, ces engagements contractuels ne pouvant jouer que sous réserve de la volonté du législateur.

2° Mais le mode essentiel de rémunération du concessionnaire est constitué (indépendamment des ressources qu'il peut tirer de la publicité à laquelle le service sert de support et qui peuvent être importantes) par les redevances perçues sur les usagers du service.

Les tarifs de ces redevances sont compris dans la partie réglementaire et non contractuelle de la concession³⁵. Les changements apportés au tarif doivent toujours être homologués, c'est-à-dire acceptés par le concédant ; en particulier dans les hypothèses signalées d'imprévision, fait du prince, obligations nouvelles imposées par le concédant, si le relèvement des tarifs peut être un mode d'indemnisation du concessionnaire, c'est toujours par un choix discrétionnaire du concédant³⁶.

2. Les biens matériels

Une distinction fondamentale domine le régime juridique des biens utilisés par le concessionnaire de service public, à savoir la distinction du domaine privé du concessionnaire, qui est sa propriété privée, et du domaine de la concession ou domaine concédé.

C'est le cahier des charges de la concession qui précise quels biens font partie du domaine de la concession. Très généralement, ce sont ceux qui sont destinés, en fin de concession, à faire retour au concédant, soit obligatoirement et à titre gratuit (« biens de retour »), soit facultativement et à titre onéreux (« biens de reprise »). Très généralement aussi, ce sont les biens servant à l'exploitation du service qui constituent ainsi le domaine de la concession (les biens de retour étant les immeubles et les biens de reprise les meubles).

Ainsi définis, les biens qui constituent le domaine de la concession sont soit des biens mis à la disposition du concessionnaire par le concédant, soit des biens acquis par le concessionnaire lui-même (l'amortissement de ces derniers par les redevances expliquant qu'ils puissent, sans iniquité, faire éventuellement l'objet de retour gratuit).

Pendant la durée même de la concession, les biens de retour sont déjà considérés comme la propriété du concédant³⁷ mais le concessionnaire dispose sur eux d'un « droit exclusif de jouissance », qui le protège à la fois contre le concédant et contre les tiers (actions possessoires et pétitoires) et lui permet même de retirer les profits possibles du domaine (produits naturels, redevances d'occupation).

35. V. cependant l'opinion contraire de Mestre, JCP, 1946.II.3254.

36. CE, 26 avril 1929, *Chemins de fer de l'Est*, Rec. Lebon, p. 431.

37. CE, 5 mai 1958, *Secr. Etat aux finances* et jurispr. constante.

3. Le personnel

Bien qu'ils collaborent à un service public, les employés du concessionnaire ne sont pas des fonctionnaires ; ils sont dans la situation d'employés ou ouvriers privés, puisque le concessionnaire lui-même est une personne privée.

Pratiquement d'ailleurs, les lois ont sur bien des points rapproché la situation de ces agents de celle des fonctionnaires (salaires, retraites). Il faut rappeler par ailleurs que les services concédés sont la plupart du temps des services industriels ou commerciaux et que les agents de ces services échappent de toutes façons à la qualification de fonctionnaires publics.

E Le contentieux de la concession de service public

Il faut distinguer.

1° Les litiges entre concédant et concessionnaire sont de la compétence des tribunaux administratifs puisque liés à l'organisation d'un service public.

2° Les litiges entre le concessionnaire et les particuliers (usagers ou tiers victimes d'accidents) reviennent aux tribunaux judiciaires parce qu'ici il s'agit de litiges entre personnes privées³⁸.

3° Les usagers peuvent intenter le recours pour excès de pouvoir contre les décisions du concédant refusant d'obliger le concessionnaire à faire fonctionner le service dans les conditions prévues par le cahier des charges ainsi qu'à l'égard des clauses réglementaires de celui-ci.

F Distinction de la concession de service public et de la concession d'entreprise d'intérêt général

L'entreprise privée d'intérêt général a souvent à son origine une concession octroyée par la puissance publique : concession de mines (L. 21 avril 1810 et 9 septembre 1919), concessions d'exploitation de chutes d'eau (L. 16 octobre 1919).

En dépit de cette intervention de l'État dans le choix de l'exploitant et du terme même de « concession », cette institution est tout à fait différente de la concession de service public : l'activité sur laquelle elle porte reste une activité privée, soumise, non au régime du service public, mais à celui du droit privé (sous la réserve d'infiltrations de droit public).

38. CE, 21 janvier 1925, *Chemins de fer algériens*, Rec. Lebon, p. 136.

Il est donc essentiel de reconnaître si une « concession » donnée constitue une concession de service public ou d'entreprise d'intérêt général.

La jurisprudence a dégagé un critère objectif (mais jamais irréfragable) auquel elle reconnaît habituellement cette intention. Elle le trouve ici dans le caractère et l'étendue du contrôle que l'administration s'est réservé dans le service ; il y a service public lorsque par les stipulations du cahier des charges le concédant s'est réservé le pouvoir d'orienter « la marche du service conformément à l'intérêt général auquel il répond »³⁹.

G La concession de service public en dehors des services publics industriels et commerciaux

Le régime juridique que l'on vient de décrire s'applique uniquement aux concessions portant sur des services publics industriels et commerciaux. Et pendant longtemps, du reste, on a pu penser que la concession de service public était un mode de gestion exclusivement réservé à cette catégorie de services publics.

Il n'est cependant pas inconcevable que la gestion d'un service public administratif soit également confiée à une personne privée par voie de concession, sous réserve que le régime juridique de telles concessions ne pourra pas être intégralement le même que celui que l'on vient d'analyser et dont certains éléments sont proprement économiques.

Effectivement de véritables régimes de concession (sans ou avec cette appellation) peuvent être aujourd'hui observés dans le cas de services publics administratifs.

Un décret du 30 septembre 1953, relatif aux « organismes d'intervention économique de caractère privé », prévoit que des tâches d'interventionnisme économique, qui constituent des missions de service public administratif (péréquation de prix, régulation des marchés agricoles) peuvent être confiées par voie de conventions à des « sociétés d'intervention »⁴⁰.

De manière plus claire encore, la loi du 31 décembre 1970 portant réforme de l'organisation hospitalière, consacrait explicitement l'institution de « contrats de concession du service public hospitalier » susceptibles d'être conclus par l'État avec des établissements privés hospitaliers.

39. CE, 20 décembre 1935, *Compagnie Air-Union*, S., 1936.3.73, à propos d'une compagnie aérienne sur laquelle l'administration s'était réservé l'homologation des tarifs, l'approbation du matériel, l'agrément du personnel.

40. TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, 682 ; AJDA, 1969, p. 307, concl. Kahn, note de Laubadère : RDP, 1969, p. 695, note M. Waline.

Enfin, la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle prévoyait (art. 79) que les services de télévision par voie hertzienne destinés au public en général ne pouvaient faire l'objet que de contrats de concession de service public conclus par l'État avec des personnes morales de droit public ou de droit privé.

§ 2. La gestion des services publics par les organismes privés en dehors de la concession

La délégation de service public constitue le procédé classique et habituel de gestion d'un service public par une personne privée. Mais il n'est pas nécessairement le seul. En elle-même, en effet, la concession n'est qu'une forme, une procédure consistant dans un accord mi-réglementaire, mi-contractuel. Mais le principe général de la possibilité de gestion d'un service par un organisme privé étant admis, rien n'empêche qu'il emprunte d'autres formes que celle du service concédé.

Il apparaît précisément que, avec la prolifération de services publics de types variés, se manifeste une tendance à diversifier, dans un but de plus grande souplesse, les procédés de gestion par des personnes privées. En tout cas, la jurisprudence a reconnu des services publics dans des activités gérées par des organismes de droit privé en dehors de la concession : c'est le cas des caisses primaires de sécurité sociale. On peut citer d'autres exemples ⁴¹.

D'autre part, dans certains arrêts le conseil d'État a reconnu que lorsqu'une activité privée est soumise à un régime d'autorisation préalable et qu'elle présente un caractère d'intérêt général, l'administration peut subordonner l'octroi de l'autorisation à des « obligations de service public ». Cette faculté a été reconnue à l'occasion des permissions d'occupation du domaine public ⁴² ; on l'explique en disant que, vu son caractère d'intérêt général, l'activité privée en question constitue déjà un « service public virtuel » ; mais cette faculté de l'administration de créer ainsi elle-même indirectement des services publics a du reste été parfois critiquée ⁴³.

41. CE, 27 février 1942, *Mollet*, S., 1942.3.4 : gestion d'un service public par une *fondation privée*, la Cité universitaire — 13 janvier 1961, *Magnier*, RDP, 1961, p. 155, concl. Fournier.

42. CE, 5 mai 1944, *Cie maritime de l'Afrique orientale*, p. 129 ; RDP, 1944, p. 236, concl. Chenot, note Jéze — 6 février 1948, *Société fr. Radio-Atlantique et Cie carcassonnaise de transports en commun*, 2 arrêts, Rec. Lebon, 65 et 69 ; RDP, 1948, p. 244, concl. Chenot, note Jéze.

43. V. Waline, note D., 1950, p. 162.

§ 3. Les innovations propres aux entreprises publiques ⁴⁴

Le développement, depuis la Seconde Guerre mondiale, des entreprises publiques a entraîné des innovations notables en ce qui concerne la gestion des services publics par des institutions de droit privé.

Sans doute beaucoup d'entreprises publiques sont-elles organisées, on l'a vu plus haut, sous la forme d'établissements publics ; de ce fait, elles ne rentrent pas dans le cadre de la gestion du service par des personnes privées. Mais, à côté de l'établissement public, l'entreprise publique est susceptible d'emprunter une autre forme juridique, qui est celle de la société du droit commercial.

Les entreprises publiques de ce type sont assujetties à la législation des sociétés ; elles sont des personnes de droit privé et, à ce titre constituent dans la mesure où leur activité est une activité de service public, de nouveaux modes de gestion des services publics ⁴⁵.

Au sein de cette catégorie des entreprises publiques soumises au statut des sociétés, il faut faire du reste une sous-distinction entre les sociétés d'économie mixte et les sociétés à capital public.

A La société d'économie mixte

1. Définition

La société d'économie mixte est une société anonyme dont l'État ou une autre collectivité publique détient une partie du capital, conjointement avec des actionnaires privés.

2. Caractères généraux

1° Le caractère fondamental de la société d'économie mixte réside dans sa structure financière, à savoir l'association de capitaux publics et privés.

2° La conséquence de cette participation publique au capital est l'application d'éléments de régime administratif ; du fait de la structure financière de la société, l'administration va exercer sur le service un

44. Y. Gaudemet, *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité)*, Mélanges Drago, 1996, 259.

45. On a noté par ailleurs que, depuis un certain temps déjà et sous l'influence de différents facteurs, la gestion d'entreprises publiques par des personnes morales de droit privé, sociétés d'économie mixte ou sociétés à capital public, va en se développant.

contrôle administratif interne. Ce contrôle administratif dépasse habituellement ce qui résulterait normalement, en vertu des règles du droit commercial, de la simple qualité d'actionnaire ou d'obligataire, mais c'est du moins dans cette qualité qu'il trouve son principe initial : le régime administratif se présente comme une conséquence du régime financier ; il est même fréquemment le but que poursuit l'État lorsqu'il utilise le système de l'économie mixte : la participation financière n'est souvent en fait qu'un moyen d'assurer un contrôle administratif.

3° Il résulte encore de la formule de l'économie mixte que l'organisme qui gère ici le service public est un organisme mixte dans lequel la participation de l'État peut être majoritaire ou minoritaire. Toutefois, empruntant la forme juridique de la société anonyme du droit commercial, la société d'économie mixte est toujours traitée, au point de vue juridique, comme une personne de droit privé.

4° L'économie mixte n'est pas nécessairement un mode de gestion des services publics ; en effet, si le procédé est souvent employé par l'État comme mode d'organisation d'un service public, il l'est aussi parfois pour permettre à l'État de participer financièrement à une entreprise privée, sans que celle-ci devienne un service public. La participation financière a alors pour but d'aider une entreprise privée ou de permettre à la collectivité publique de « faire un placement ».

Ici encore se posera donc pratiquement le problème de savoir si telle société d'économie mixte est ou non statutairement gestionnaire d'un service public.

On pourrait à première vue s'aviser de prendre comme critère le caractère majoritaire ou minoritaire de la participation financière publique. Ce serait une erreur, car il est facile de comprendre que ce pourcentage de la participation n'a pas d'influence sur le caractère de l'activité exercée ; un service public peut parfaitement être géré par une société mixte à participation publique minoritaire, puisqu'il pourrait l'être par un concessionnaire purement privé (la loi du 11 décembre 1932 interdisait même aux sociétés de transport aérien, dans lesquelles le conseil d'État a reconnu des services publics, de comporter une participation de l'État supérieur à 25 % du capital).

En réalité, il faut ici encore utiliser le critère général du service public et plus spécialement celui qui est appliqué à la concession.

5° La société d'économie mixte est une entreprise publique, à la condition toutefois que le capital public y soit majoritaire ⁴⁶. Ici en effet

46. C'est ainsi que l'introduction, autorisée par le décret du 4 avril 1991, d'une part minoritaire de capital privé dans un certain nombre d'entreprises publiques dont les nationalisations antérieures l'avaient éliminé, n'a pas altéré leur caractère d'entreprises publiques.

intervient le critère tiré du pourcentage de la participation financière de l'État, car la catégorie des entreprises publiques est considérée comme se limitant aux entreprises qui sont la propriété intégrale de l'État (établissements publics, sociétés à capital public) ou, du moins, dans lesquelles la propriété publique est prédominante.

Dans la mesure où la société d'économie mixte est une entreprise publique, les institutions communes à toutes les entreprises publiques lui sont appliquées, notamment la représentation des intérêts dans les conseils d'administration (v. *supra*).

3. Origine

L'origine des sociétés d'économie mixte est diverse.

1° La société mixte peut d'abord provenir d'une concession de service public transformée. Le plus souvent il s'agit alors d'un concessionnaire en difficulté auquel l'État a fait des avances qu'il ne peut plus guère compter récupérer ; il substitue alors à sa créance une participation à l'entreprise, c'est-à-dire qu'il abandonne sa créance et reçoit en échange des actions de la société.

L'exemple typique est celui de la constitution en 1937 de la SNCF dans laquelle l'État avait reçu une série d'actions en contrepartie de ses apports et des avances qu'il avait faites aux compagnies concessionnaires et qu'il n'avait pas l'espoir de récupérer.

2° La société mixte peut aussi provenir d'une activité qui était purement privée et que l'État décide d'ériger en service public en choisissant pour la gestion de ce service le procédé de l'économie mixte.

3° La société d'économie mixte peut également apparaître comme le résultat de l'ouverture aux capitaux privés du capital social d'une société à capital public, société qui restera une entreprise publique si les capitaux publics restent majoritaires.

4. Évolution historique

La société d'économie mixte a connu, d'abord entre les deux guerres mondiales, un assez vif engouement. Elle a bénéficié de la critique adressée d'une part à la régie et à l'établissement public, modes purement administratifs, mal adaptés à une gestion commerciale, et d'autre part à la concession, procédé auquel on reproche d'abandonner à des intérêts privés, au détriment de la nation, l'exploitation des grands services publics. Certains ont alors pensé que l'économie mixte, du fait de la souplesse du procédé, de l'association de capitaux publics et privés, de la combinaison d'une gestion industrielle et d'un contrôle administratif étroit pouvait être le procédé le plus heureux d'exploitation des services publics industriels ou commerciaux. Cet engouement, après avoir subi

un déclin au lendemain de la dernière guerre, est de nouveau très accusé aujourd'hui.

L'histoire de l'économie mixte a ainsi connu une alternance de faveur et de discrédit : dans la période de l'entre-deux guerres elle a largement pénétré dans le secteur des transports (ferroviaires avec la SNCF, maritimes avec la Compagnie générale transatlantique et les messageries maritimes, aériens avec le statut de l'aviation civile de 1932 sous le régime duquel a été créé Air France), dans celui des fabrications de guerre (nationalisations de 1937) ; depuis la Seconde Guerre elle s'est considérablement développée dans de nombreux autres domaines (construction, énergie, autoroutes, opérations d'urbanisme, d'aménagement du territoire et de mise en valeur des régions), et notamment sous la forme de l'économie mixte locale (participation au capital de la part de collectivités locales).

5. Régime administratif

Le régime administratif est d'abord constitué par les règles communes à tout service public et découlant du caractère de celui-ci (lorsque, bien entendu, la société d'économie mixte constitue un service public).

Mais en outre, le régime administratif comprend des règles provenant de la participation financière de l'État à la société. L'essentiel est constitué par un contrôle administratif de la collectivité concédante qui est exercé du dedans : l'administration, en qualité de membre de la société, est représentée dans les organes de la société. Voilà la première idée essentielle.

Mais elle est complétée par une seconde idée : la société d'économie mixte comporte un contrôle administratif qui dépasse ce qu'il serait normalement, en vertu du droit commun commercial. En effet, lorsque la participation administrative est minoritaire, le contrôle interne, proportionné à l'importance de la participation, serait insuffisant. On déroge donc aux règles du droit commercial pour donner à l'État un contrôle supérieur à celui qu'il aurait normalement.

Ce régime de contrôle administratif n'est pas le même pour toutes les sociétés d'économie mixte.

Sans doute, il existe un texte à portée générale : c'est le décret-loi du 30 octobre 1935 qui soumet « toutes les entreprises ayant fait appel au concours financier de l'État, sous forme d'apport en capital... au contrôle de l'État ». Ce texte prévoit que des postes d'administrateurs doivent être réservés à l'État dans les conseils d'administration et institue divers organes de contrôle externe (contrôleurs financiers, devenus contrôleurs d'État).

Mais à ce contrôle général s'ajoute pour chaque entreprise d'économie mixte un contrôle interne organisé de façon plus précise par chaque texte relatif à une entreprise déterminée.

La tendance générale est de donner à l'administration des droits qui dépassent le simple contrôle pour aboutir à une véritable direction de la société par l'administration.

Pour cela, lorsque la participation de l'administration est majoritaire, il est en général inutile de déroger au droit commun des sociétés, puisque, du fait de la majorité, l'administration a la maîtrise de l'entreprise.

Mais lorsque la participation de l'État est minoritaire ou encore lorsque l'administration est obligataire et non actionnaire, les lois propres à chaque société lui confèrent des prérogatives de contrôle qui dépassent largement celles qu'il tiendrait du droit commercial (nombre de voix à l'assemblée générale supérieur au nombre des actions détenues, réserve d'un nombre d'administrateurs et de directeurs nommés par l'État, pouvoir de veto, présence de commissaires du gouvernement, etc.).

6. Cas des sociétés d'économie mixte locales (SEM locales)⁴⁷

La loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales permet la création de telles sociétés par les collectivités locales et notamment les communes « pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou pour toute autre activité d'intérêt général » ; le capital public doit être majoritaire, sauf quelques exceptions prévues par la loi (avis CE, 10 novembre 1993, *Grands avis du conseil d'État*, p. 501 : ces sociétés font nécessairement partie du secteur public et les cessions d'actions qui auraient pour effet de réduire la participation publique à une participation minoritaire, réalisant une sortie du secteur public, ne peuvent être effectuées qu'en vertu d'une loi spéciale ou des lois générales sur les sorties du secteur public).

En règle générale les sociétés d'économie mixte existantes doivent mettre leurs statuts en harmonie avec les dispositions de la loi nouvelle. Cependant la loi de 1983 elle-même consacre en certain nombre d'exceptions à la règle de la participation publique majoritaire, et d'abord pour les sociétés d'économie mixte locale constituées en application des décrets-lois de 1920 et préexistantes à la loi de 1983, dès lors qu'elles ne modifient pas leur objet social (v. les articles 11 à 13 de la loi de 1983 et la circ. min. du 16 juillet 1985).

47. M. Th. Sur, C. Grange et M.-A. Renaud, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Moniteur, 1992. — J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, LGDJ 1994 — C. Boiteau, *La SEM délégataire de service public*, AJDA 2002, p. 1318 — C. Devis, *Société d'économie mixte et gestion déléguée*, D. adm. 1997 Dr. fasc. 7 et 8 — G. Eckert, *Les sociétés d'économie mixte, bilan et inspection, la problématique communautaire*, RFDA 2005 p. 959.

B La société à capital public

1. Définition

La société à capital public est une société anonyme à actionnaire unique, la totalité des actions appartenant à l'État. Il s'agit donc, ici encore, d'une personne de droit privé, assujettie au droit des sociétés mais présentant la double singularité de l'unicité et de l'étatisation de l'actionnariat.

2. Emploi

La formule de la société à capital public est appliquée à certaines entreprises publiques. Dans la mesure où ces entreprises gèrent des services publics, elle s'ajoute donc à la nomenclature des modes de gestion des services publics. Elle y constitue une innovation relativement récente, comme on va le voir en indiquant son origine et ses développements ultérieurs.

C'est à l'occasion des nationalisations de 1946 que la formule a pris naissance. En effet, si le législateur de l'époque a adopté, comme on l'a vu plus haut, pour certaines entreprises nationalisées, la formule de l'établissement public, pour d'autres il a préféré se contenter de transférer les actions des sociétés privées soumises à la nationalisation dans le patrimoine de l'État sans toucher à la forme juridique antérieure. C'est le parti qui a été pris pour la Banque de France et les quatre banques de dépôt nationalisées ainsi que pour les compagnies d'assurances.

Ultérieurement, une loi du 30 avril 1956 a prévu, dans les départements et territoires d'outre-mer, un régime dit des « *sociétés d'État* », qui a reçu des applications, notamment en matière foncière et immobilière aux Antilles et en Guyane, le capital de ces sociétés étant intégralement fourni par la Caisse centrale de coopération économique.

De son côté, la loi du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision avait institué, à la place de l'ancien ORTF, des organismes nouveaux parmi lesquels quatre « sociétés nationales de programme » constituaient des sociétés à capital entièrement public.

Enfin et en ce qui concerne la nationalisation de cinq sociétés industrielles, de banques et de deux compagnies financières, la loi du 11 février 1982 a eu de nouveau recours à la formule de la société à capital public.

3. Régime administratif

Malgré leur particularité, résultant de la présence d'un actionnaire unique, les sociétés à capital public sont assimilées aux sociétés anonymes ordinaires et soumises au droit commun de celles-ci. Leur régime présente cependant, par rapport à ce droit commun, deux particularités.

En premier lieu, leur caractère d'*entreprises publiques* leur vaut l'application de certaines institutions communes aux entreprises publiques. C'est ainsi que leurs conseils d'administration comportent application de la représentation des intérêts. Dans les banques et les compagnies d'assurances nationalisées à la Libération, c'est le quadripartisme (État, personnel, usagers, personnalités compétentes) préféré au tripartisme des établissements publics (v. *supra*). En 1982, c'est le retour au tripartisme.

En second lieu, l'unicité de l'actionnariat interdit naturellement la constitution d'assemblée générale des actionnaires. Aussi ces assemblées sont-elles ici remplacées par des organismes divers selon les cas.

Chapitre 2

Le fonctionnement du service public

Le service public ayant pour but de fournir des prestations aux administrés, l'étude de son fonctionnement se ramène à celle des relations juridiques qui s'établissent entre lui et ses usagers. Ces relations apparaissent soit au moment où l'administré demande à utiliser le service public, est candidat à son usage (un élève demande à être admis dans un lycée), soit lorsque, étant entré en rapport juridique avec le service, il est devenu usager effectif (élève inscrit au lycée).

Dans ces diverses positions se pose la question des droits et obligations de l'administré ? Le candidat usager peut-il exiger d'avoir accès au service public ? Devenu usager effectif, que peut-il réclamer, s'il estime que le service fonctionne mal ? D'autre part, l'administration peut-elle modifier, en cours d'usage, de sa propre autorité et sans l'accord de l'usager, les conditions de ses prestations, par exemple, relever les tarifs ? Quels sont, dans toutes ces hypothèses, les recours ouverts aux usagers ?

Les réponses apportées à ces diverses questions sont fonction de la nature juridique de la situation dans laquelle se trouve l'administré vis-à-vis du service public : 1^o L'usager du service public est-il dans une situation subjective (en particulier contractuelle) ? 2^o Est-il dans une situation de droit public ou de droit privé ? Ces deux aspects du problème sont distincts : si l'on admet, par exemple, que la situation de l'usager est contractuelle, on n'a pas résolu pour autant la seconde question, car il peut s'agir soit d'un contrat administratif, soit d'un contrat de droit privé.

Les réponses de la jurisprudence sont relativement complexes et pour une part évolutives. Un premier trait qui les caractérise est la dissociation qui a été faite, ici encore, entre la théorie des services administratifs et celle des services industriels ou commerciaux ; la jurisprudence considère que la situation de l'usager est, dans ces deux hypothèses, de nature différente et, par suite, soumise à des régimes différents.

Section 1

L'usager des services publics administratifs ¹

§ 1. Situation juridique

L'usager d'un service administratif se trouve dans une situation dont la nature juridique est simple et ne soulève guère de controverse : c'est une situation légale et réglementaire et de droit public, définie par les lois et règlements du service.

Il en est ainsi aussi bien en ce qui concerne le candidat que l'usager effectif. Le malade qui demande à être hospitalisé, le justiciable qui a saisi un tribunal est dans une telle situation ; il n'y a pas de contrat qui les lie à l'hôpital, au tribunal. De ces idées simples et indiscutées découle tout le régime des recours et des droits de l'administration.

§ 2. Contentieux

La situation de l'usager étant de droit public, ce sont des recours devant la *juridiction administrative* qui lui sont ouverts.

A Recours pour excès de pouvoir

L'usager pourra d'abord faire annuler, par le recours pour excès de pouvoir, les décisions administratives lui refusant illégalement l'accès au service ou introduisant dans le fonctionnement du service des mesures illégales ². Il peut aujourd'hui compléter son recours d'une demande d'injonction faite à l'administration de mettre fin au dysfonctionnement du service.

1. J. du Bois de Gaudusson, *L'usager du service public administratif*, Th., 1974.

2. Par là l'administré peut contraindre l'administration à faire fonctionner le service en conformité avec ses règles d'organisation. Mais il ne peut en aucun cas contraindre l'administration à *créer* un service public qui n'existait pas. Il a, en d'autres termes, droit au fonctionnement du service, non à sa création (v. Jéze, *Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir*, RDP, 1943, p. 1).

B Recours de pleine juridiction

En outre, si ces mesures lui portent préjudice, l'utilisateur pourra, toujours devant les tribunaux administratifs, faire condamner le service public à réparation dans les conditions et termes ordinaires d'une action en responsabilité.

§ 3. Droit de l'administration de modifier la situation de l'utilisateur

L'administration peut toujours, en modifiant le règlement du service (régime scolaire, statut de l'assistance), imposer unilatéralement à l'utilisateur des modifications de sa situation juridique. C'est en effet l'une des caractéristiques de la situation légale et réglementaire que de pouvoir être modifiée à tout instant. L'utilisateur d'un service public administratif n'a aucun droit acquis aux conditions de fonctionnement, y compris financières, de ce service ; et quand bien même l'administration se serait engagée sur la durée de fonctionnement du service³.

Section 2

L'utilisateur des services publics industriels ou commerciaux⁴

Pour l'utilisateur du service industriel, la jurisprudence a construit une théorie toute différente et beaucoup moins simple. La complexité est venue ici de la diversité des modes de gestion (gestion directe ou concession) qui ne comportent pas tous, pour l'utilisateur, le même régime.

§ 1. Situation juridique

La jurisprudence, tant administrative que judiciaire a, pour qualifier la situation de l'utilisateur d'un service industriel, adopté les solutions suivantes.

3. CE, 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec. Lebon p. 60, concl. J. Kahn.

4. P. Laroque, *Les usagers des services publics industriels et commerciaux*, thèse Paris, 1933 — S. Nicinski, *L'utilisateur du service public industriel et commercial*, Th., 2001.

1° L'usager d'un service industriel et commercial est dans une situation de droit privé analogue à celle du client d'une entreprise privée ; c'est l'application au statut de l'usager de l'idée générale qui soumet au droit privé le fonctionnement des services industriels ou commerciaux.

2° L'usager qui est entré en rapport avec le service (achat d'un billet de chemin de fer, souscription d'une police d'abonnement au gaz) est dans une situation contractuelle ; il est lié au service public par un contrat. Ce contrat est un contrat de droit privé⁵.

§ 2. Contentieux

Quel est le régime, dans le cas du service public industriel ou commercial, des recours susceptibles d'être formés par l'usager ou le candidat usager ?

Le régime de ces recours est aujourd'hui dominé par l'idée que l'usager d'un service industriel et commercial est dans une situation de droit privé et que ses relations avec le service public sont des relations de droit privé. Il en résulte une généralisation de la compétence judiciaire que la jurisprudence a renforcée en vue de faire de l'ensemble des relations du service industriel avec ses usagers un « bloc de compétence judiciaire ».

1° Après avoir autrefois admis que, dans certains cas, les *contrats* conclus par un service public industriel ou commercial avec ses usagers pouvaient être des contrats administratifs, lorsqu'ils contiennent des clauses exorbitantes⁶, la jurisprudence écarte aujourd'hui, en toute hypothèse, cette solution⁷.

2° La jurisprudence avait d'abord admis que le candidat à l'usage du service public industriel pouvait utiliser le recours pour excès de pouvoir contre les décisions des autorités administratives chargées de faire fonctionner le service et lui en refusant l'accès⁸. Là encore, la jurisprudence a évolué ; elle a mis fin à cette possibilité d'utilisation du recours pour excès de pouvoir, en raison du caractère exclusif de la compétence judiciaire pour tout ce qui concerne les relations du service industriel avec ses usagers⁹.

5. TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, Rec. Lebon, p. 831, concl. Chardeau, AJDA, 1963, p. 88.

6. CE, 22 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Rec. Lebon, p. 1109 ; RDP, 1922, p. 74, concl. Rivet.

7. TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, précité.

8. CE, 6 mai 1931, *Tondut*.

9. CE, 21 avril 1961, *Dame Agnesi*, D., 1962, p. 535, note F. B.

3° Il subsiste cependant certaines possibilités d'emploi du recours pour excès de pouvoir lorsque l'usager attaque les décisions émanant non plus de l'autorité chargée de faire fonctionner le service mais de l'autorité de tutelle ou encore, dans le cas de la concession de service public, de l'autorité concédante. Selon une jurisprudence célèbre, l'usager du service public concédé peut en effet s'adresser à l'autorité concédante ou à l'autorité de tutelle pour leur demander de contraindre l'exploitant du service public à appliquer les règles du service et, au cas de refus de ces autorités, attaquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir, la décision explicite ou (au cas de silence) implicite de refus¹⁰. Plus récemment et plus généralement, il est jugé que : « les litiges opposant un service public industriel et commercial à ses usagers relèvent de la compétence du juge judiciaire ; que si, par exception, le juge administratif est compétent pour connaître des conclusions, même lorsqu'elles sont présentées par un usager, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des mesures relatives à l'organisation d'un tel service, comme les tarifs ou les règles de priorité dans l'usage des installations, il n'en va pas de même lorsque le litige tend à la réparation du préjudice né de l'application individuelle à un usager de ces tarifs ou de ces règles ; qu'est à cet égard sans incidence la circonstance que l'action en responsabilité engagée par l'usager se fonde ou non sur l'illégalité fautive des mesures d'organisation du service dont il lui est fait application »¹¹.

§ 3. Droit de l'administration de modifier la situation de l'usager

L'administration peut-elle imposer à l'usager d'un service industriel des modifications de ses droits et obligations ? L'usager de l'éclairage, qui a souscrit une police d'abonnement pour une certaine durée, sur la base d'un certain tarif, peut-il, en cours d'abonnement, se voir imposer un relèvement des tarifs décidé par le gérant du service public ?

Logiquement, la solution du problème doit dépendre de la nature juridique de la situation de l'usager :

— avec la conception réglementaire, nul doute que l'usager doit subir ces modifications unilatérales, sans pouvoir y opposer un droit acquis ;

— avec la conception contractuelle, on peut penser *a priori* que l'administration est impuissante à prononcer ces changements car c'est

10. CE, 21 décembre 1906, *Synd. des propriétaires et contribuables du Quartier Croix de Seguey Tivoli*, p. 962, concl. Romieu ; S., 1907.3.33, note Hauriou.

11. CE, 3 octobre 2003, *Peyron*, Rec. Lebon, p. 386.

le propre de la situation contractuelle (surtout de la situation contractuelle de droit privé) de ne pouvoir être modifiée que d'un commun accord.

Cependant, la jurisprudence admet qu'il soient apportés certains changements, notamment des tarifs, aux contrats en cours¹². Cette solution est en contradiction avec l'idée de contrat de droit privé. On a proposé, pour la fonder juridiquement, d'admettre que l'utilisateur, lorsqu'il a conclu le contrat, a accepté à l'avance les modifications à venir ; cette explication, si elle correspond en fait aux pratiques actuelles de rédaction de certaines polices, semble arbitraire par sa généralité.

Mais les modifications de tarifs ne peuvent plus s'appliquer lorsque la situation de l'utilisateur est devenue une situation subjective de débiteur, c'est-à-dire après le relevé des consommations, en ce qui concerne la consommation antérieure au relevé ; impossibilité qui se confirme avec le principe de non-rétroactivité des actes administratifs¹³.

12. Cass. req., 4 mai 1921, D., 1922.1.41.

13. CE, 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, Rec. Lebon, p. 289 ; S., 1948.3.69, concl. Letourneur ; JCP, 1948.II.4427, note Mestre.

Sous-titre 3

La régulation comme nouveau mode d'administration ¹

Aujourd'hui la « régulation », nulle part définie, ni même objectivée, est partout présente, au moins dans le vocabulaire. Il faut faire la part sans doute de l'anglicisme sinon de l'anglomanie et se remémorer que « régulation » en anglais signifie réglementation. Mais on ne peut en rester là.

La régulation incontestablement est une nouveauté, une nouvelle approche des fonctions et des formes de l'action administrative ; un parti de souplesse, de réalisme, de compromis affiché et voulu par les pouvoirs publics. On tient le temps du commandement pour révolu et on lui préfère la régulation. Le législateur lui-même adopte le terme (voir la loi sur « les nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001) ; et tant l'État que les autorités administratives indépendantes présentent volontiers leur action comme de régulation ² ; le langage est le même de la part des instances communautaires dans nombre de textes organisant le marché intérieur commun ; tout se passe même comme si la régulation bénéficiait d'un préjugé favorable tandis que la réglementation appartiendrait à un monde révolu.

La régulation est la forme moderne de l'action administrative ; et on ne peut se borner à y voir un simple effet de vocabulaire ³.

Mais alors inévitablement se pose la question d'une définition de la régulation, au moins de l'identification de ses spécificités et de ses

1. V. not. Y. Gaudemet, *Introduction, Colloque « La concurrence des modes et des niveaux de régulation »*, RFAP, 2004, n. 409, p. 13.

2. J. Marimbert, *L'office des autorités de régulation*, Les Petites Affiches, 3 juin 2002, n° 110, p. 73.

3. V. par ex. le n° spécial des Petites Affiches, *Droit de la régulation, Questions d'actualité*, 3 juin 2002, n. 110, notamment l'article de M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, Dalloz, 2001.

principes constitutifs. Les choses ne sont pas très claires à cet égard, en l'état des réflexions doctrinales en France, qui d'ailleurs, curieusement, ont d'abord été le fait des auteurs privatistes alors qu'il s'agit fondamentalement d'une notion de droit public⁴.

C'est peut-être aussi qu'il existe au moins deux approches, sinon deux définitions de la régulation, conduites selon des épistémologies bien différentes⁵, notions non sans rapports entre elles d'ailleurs en ce qu'elles identifient. L'une d'entre elles au moins rejoint et relaie la catégorie des actions administratives dites « informelles » dont, dès 1994 l'Académie internationale de droit comparé avait su dégager les caractéristiques précisément dans une perspective de droit comparé⁶.

§ 1. La régulation des marchés

On peut avancer une notion stricte de la régulation, définie par son objet, sa fonction et le champ qu'elle recouvre : la régulation est l'action normative ou para-normative qui accompagne l'ouverture d'un marché antérieurement monopolisé, qui en assure l'ouverture à de nouveaux opérateurs, et l'installation progressive de la concurrence sur celui-ci.

La régulation ainsi a un objet : l'ouverture du marché à la concurrence ; des destinataires : l'opérateur historique et les nouveaux entrants ; et un champ d'application bien déterminé, en cela qu'elle est une composante particulière et circonstanciée du droit général de la concurrence.

Ajoutons qu'en toute logique ce droit de régulation est aussi un droit transitoire : du jour où la concurrence est établie et se développe normalement sur le marché, il n'a plus lieu d'être ; sa fonction est épuisée dès lors que son succès est assuré. Ou bien encore cette régulation n'aura à se manifester que si, à nouveau, le jeu de la concurrence est compromis et alors dans les limites nécessaires à la restauration du libre jeu de celle-ci.

La régulation apparaît alors comme un mode d'organisation juridique des marchés émergents, entendus eux-mêmes comme ceux qui s'ouvrent

4. V. par ex. la controverse entre M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, Dalloz, 2001, p. 610 et Boy (L.) et al., *Réflexions sur « le droit de régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)*, Dalloz, 2001, p. 3031 ; et récemment M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, Dalloz, 2004, p. 216 et B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, 2004.

5. Pour une approche un peu différente, J. Chevallier, *La régulation juridique en question*, Droit et société, 2001, n° 49, p. 287.

6. Y. Gaudemet, *Les actions administratives informelles*, Revue internationale de droit comparé, 1994, p. 645 et s.

à la concurrence. Elle est ainsi, dans les pays européens, un moment de l'histoire du droit de la concurrence, une nouvelle forme d'intervention de l'État dans l'économie, succédant à une économie directement administrée et réglementée. La sacralisation de la concurrence, sous toutes ses formes, et élargie aux dimensions du marché européen intérieur puis aujourd'hui de l'ensemble du monde (accords de l'organisation mondiale du commerce, OMC) commande cette évolution qu'on ne saurait réduire au retrait de l'État et à la déréglementation.

Si l'État, sous toutes ses formes, cesse progressivement d'être un opérateur économique direct (on rejoint ici les mouvements de privatisation), il conserve une fonction éminente d'organisation des marchés, car la concurrence n'est pas naturelle — au contraire, nous disent les économistes — mais doit se construire.

La régulation apparaît alors pour ce qu'elle est : une police économique justifiée par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci. Elle n'est pas, dans son objet — pas davantage d'ailleurs que le droit de la concurrence lui-même — un droit de liberté, mais bien au contraire, sous des formes renouvelées, au service d'une politique publique des structures économiques à laquelle aujourd'hui le système français, à travers le droit communautaire, adhère nécessairement.

Ainsi définie, la régulation n'a de place que dans le droit économique, plus précisément le droit de l'organisation des marchés ; la régulation est une branche particulière du droit de la concurrence, comme l'étaient autrefois le droit des monopoles ou la police des prix.

Cependant, on observe aussi que ce droit de la régulation utilise ordinairement des formes, des techniques nouvelles, qu'il fait appel à des organes « régulateurs » originaux ; qu'il écarte, au moins à titre principal, les instruments classiques du droit. La notion fonctionnelle de régulation qu'on vient de dire rejoint alors une notion formelle qui est de définition plus large.

§ 2. La régulation au sens formel

À la régulation définie strictement, par son objet d'organisation concurrentielle des marchés, il faut en effet ajouter ce que l'on pourrait appeler la régulation formelle, identifiée celle-là par les formes qu'elle utilise et qui ne sont pas celles de la réglementation classique.

La régulation identifiée par ses formes, par la nouveauté et le caractère à certains égards insolites de ces formes, n'est naturellement pas limitée au domaine du droit de la concurrence, ni même au droit économique en général. On la retrouve, comme un choix méthodologique actuel, dans

la plupart des politiques publiques, politiques économiques sans doute, mais aussi d'organisation des professions, environnementales, de protection des libertés individuelles ou collectives, etc. À vrai dire il n'y a pas de limites naturelles (sauf peut-être les missions de pure souveraineté) à l'emploi des formes et méthodes de la régulation. Et la diffusion chaque jour plus large de celles-ci le montre bien.

Quelles sont ces formes caractéristiques de la régulation ? On s'accorde à en désigner deux principales : la présence d'un « régulateur », c'est-à-dire d'un organisme qui, le plus souvent, prendra la forme d'une de ces autorités administratives indépendantes dont le nombre augmente tous les ans ; l'utilisation d'une normativité incertaine, efficace et contraignante en fait, mais étrangère aux formes ordinaires et classiques du droit. C'est la conjonction de ces deux caractéristiques formelles qui signerait le droit de la régulation. Un mot sur chacune d'elles.

a) Le droit de la régulation est formellement un droit délégué, un droit délégué par l'État à un « régulateur », généralement non personnalisé mais doté vis-à-vis de l'État d'une complète autonomie fonctionnelle. C'est précisément cette autonomie, ajoutée à l'expertise technique particulière du régulateur qui donne crédit à son action ; la retraite de l'État obéit — on veut s'en convaincre — à une logique de l'efficacité, mettant en avant un régulateur de terrain, bon connaisseur de celui-ci, en relation de concertation avec les opérateurs ou les administrés, auquel, en quelque sorte, ceux-ci puissent s'identifier. On a reconnu là l'autorité administrative indépendante ⁷.

b) Et tout naturellement ce régulateur de terrain va parler le même langage que ceux auxquels il s'adresse. Dépouillant le langage unilatéral de la réglementation, évitant le commandement, le régulateur s'emploie à la concertation, à la persuasion, à la pédagogie, à l'exemplarité, parfois à l'avertissement ou aux « préconisations ». Tout cela n'est pas le langage ordinaire du droit ; la régulation s'identifie par cet emploi de formes singulières, ignorées en tant que telles de la normativité classique.

Les autorités administratives indépendantes sont les principales sources de ce droit nouveau de régulation. Mais elles n'en ont pas le monopole ; les autorités classiques de l'État s'essaient aussi parfois, avec plus ou moins de bonheur, à ce droit de régulation, pour relayer l'exercice ordinaire des compétences que la loi leur reconnaît et quelquefois au-delà de celles-ci.

De la sorte, et en ce qu'elle utilise ces nouvelles formes de la régulation, l'action administrative rejoint d'une certaine façon — on l'a déjà dit — cette préférence relativement ancienne pour une « normativité

7. V. par ex. Th. Juot, *Il n'y aura pas de marché ouvert sans régulateur*, Les Petites Affiches, 23 octobre 2002, p. 4.

molle », celle dite des « actions administratives informelles ». Les actions « informelles » de l'administration sont des actes juridiques (et non de simples comportements matériels) imputables aux personnes publiques, et comme tels ces actes sont soumis à une procédure incluant le respect des règles de compétence, même si, en droit strict, ces actes informels ne comportent aucun effet juridique obligatoire à l'égard des administrés⁸. On peut y voir une sorte d'ancêtre du droit de la régulation, dans plusieurs de ses aspects.

Ceci n'est pas sans rapport avec la notion, par ailleurs floue mais très utilisée aujourd'hui, de « nouvelle gouvernance ».

8. En 1995, le professeur Fujita pouvait faire observer, au Congrès mondial de droit comparé d'Athènes, que l'expression d'actions administratives informelles n'est pas familière aux juristes, en tous les cas inconnue de ceux de tradition romano-germanique. Ce n'est pas — ajoutait-on — que le phénomène n'existe pas, qui multiplie les interventions d'administrations publiques, souvent elles-mêmes éloignées des modèles classiques, selon des mécanismes ou procédures différents des formes traditionnelles depuis longtemps reçues et réglementées, mais précisément ces formes nouvelles d'action administrative sont récentes — du moins le large usage qui en est fait, sinon même la préférence qu'on leur donne parfois — et n'ont pas encore été érigées en catégorie. *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 645 et s.

Quatrième partie

La fonction publique ¹

Sources. — Le régime juridique de la fonction publique est en partie jurisprudentiel, en partie fixé dans des textes ; en ce qui concerne cette seconde source, deux conceptions sont possibles : celle de statuts indépendants propres à chaque catégorie de fonctionnaires ou celle d'un statut général législatif. La seconde formule présente l'avantage de toute codification de portée générale ; son inconvénient, ou plutôt sa difficulté tient à la diversité des fonctions et de leurs exigences respectives, ainsi qu'à l'effet d'entraînement ou de comparaison des statuts.

1. **Biblio.** — On mentionne ici exclusivement les *études générales* relatives à la fonction publique : J.-M. Auby et J.-B. Auby, D. Jean-Pierre et A. Taillefait, *Droit de la fonction publique* (État, collectivités locales, hôpitaux), Dalloz, 2009 ; F. Melletay, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005 ; O. Dord, *Droit de la fonction publique*, PUF 2007 ; E. Ayoub, *La fonction publique en 20 principes* (Éd. Frisson-Roche, 1998) ; Y. Brard, *Droit administratif des biens et de la fonction publique* (PUF, 1995) ; R. Chapus, *Droit administratif général*, tome II (Montchrestien, 2001) ; Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 5, *La fonction publique*, LGDJ, 2000 ; J.-M. de Forges, *Droit de la fonction publique* (PUF, Droit fondamental, 1997) ; R. Grégoire, *La fonction publique* (A. Colin, 1954) ; J.-F. Lachaume, *La fonction publique* (Dalloz, conn. du droit, 2002) ; J. Moreau, *Lexique de la fonction publique* (Dalloz, 1990) ; G. Peiser, *Droit administratif* (fonction publique de l'État et territoriale, domaine public, expropriations, réquisitions, travaux publics) (Dalloz, Mémento, 2008) ; M. Piquemal, *Les fonctionnaires*, 3 tomes : *Droits et garanties ; service et obligations ; les non-titulaires* (Berger-Lebrault, 1979-1981) ; M. Piquemal et F. Lecot, *Les nouvelles fonctions publiques* (Berger-Lebrault, 1986) ; A. Plantey, *Traité pratique de la fonction publique* (1971) et *Réformes de la fonction publique* (1978), mise à jour au 1^{er} janvier 1985 ; *La fonction publique, Traité général* (Litec, 2001) ; J. Rouvière, *Droit pratique de la fonction publique* (Encycl. Delmas, 1991) ; V. Silvera et S. Salon, *La fonction publique et ses problèmes actuels* (Sirey, 1985) ; S. Salon et J.-C. Savignac, *La fonction publique* (Sirey, 1985) ; D. Jean-Pierre, *Le droit de la fonction publique ; 10 ans de jurisprudence*, Dr. adm., fascicule spécial, 1999-2000 ; T. Ben Salah, *Droit de la fonction publique*, A. Colin, 2002.

Pour des indications bibliographiques plus complètes incluant notamment les aspects de science administrative, les fonctions publiques étrangères ou internationales et les comparaisons entre fonctions publiques. V. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 5, n^{os} 1 et 69.

En France, pendant longtemps c'est le système des réglementations propres à chaque service qui a été pratiqué. Au contraire, depuis 1946, il existe un statut général des fonctionnaires (déjà précédé par un statut de 1941).

Ce statut, d'abord édicté par une loi du 19 octobre 1946, a été remplacé en 1959 par un nouveau texte en conséquence de la distinction des matières législatives et des matières réglementaires introduite par la Constitution de 1958 : l'article 34 de la Constitution ne faisant figurer dans le domaine de la loi que « les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État », il a fallu opérer un tri parmi les règles de la fonction publique et les répartir entre un nouveau statut législatif et des décrets réglementaires. Un nouveau statut général a été ainsi édicté par une ordonnance du 4 février 1959 complétée par sept règlements d'administration publique.

Puis, dans la période récente, il a été jugé nécessaire de remplacer le statut général de 1959 par un statut général à la fois « plus ambitieux et de présentation plus complexe que son prédécesseur ». Il se compose de quatre Titres, résultant de textes législatifs distincts et qui se sont succédé à quelques mois d'intervalle : le Titre I est intitulé « Droits et obligations des fonctionnaires » et il regroupe des dispositions qui valent pour les fonctionnaires de l'État comme pour ceux des collectivités territoriales (il résulte d'une loi du 13 juillet 1983) — Le Titre II concerne la fonction publique d'État (il résulte d'une loi du 11 janvier 1984) — Le Titre III s'applique aux fonctionnaires des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, avec quelques exceptions notables pour ces derniers, regroupés sous le vocable de « fonction publique territoriale » (il résulte d'une loi du 26 janvier 1984) — Le Titre IV s'applique à la fonction publique hospitalière (il résulte d'une loi du 9 janvier 1986).

Ces lois sont complétées et prolongées par un ensemble de dispositions réglementaires. Les textes législatifs eux-mêmes ont déjà été modifiés, notamment par les lois du 13 juillet 1987, du 5 janvier 1988 dite « d'amélioration de la décentralisation » et du 28 novembre 1990 ; d'autres réformes sont nécessaires, qui conduisent à s'interroger sur ce modèle même de fonction publique ², outre la prise en compte du droit communautaire (loi du 26 juillet 2005).

Champ d'application. — La principale nouveauté du statut inauguré par la loi de 1983, tel qu'il vient d'être brièvement présenté, tient au fait qu'il s'applique, avec des différences, aux fonctionnaires de l'État, aux fonctionnaires territoriaux (c'est-à-dire, ceux employés par les collec-

2. V. not. M. Pochard, *Perspectives pour la fonction publique*, JCP A 2003, p. 1314 et le rapport du Conseil d'État pour 2003.

tivités locales et leurs établissements publics) et aussi aux personnels fonctionnaires des hôpitaux publics.

Auparavant le statut de 1959 — comme celui de 1946 — ne concernait que les fonctionnaires de l'État et, parmi les fonctionnaires locaux, seuls les agents des communes relevaient de dispositions statutaires générales codifiées au Livre IV du code des communes. La nouveauté doit cependant être mesurée en tenant compte du fait que, dès auparavant, le statut des agents communaux en particulier retenait sur le fond des solutions proches de celles du statut général applicable aux agents de l'État. Le nouveau statut d'autre part s'emploie à établir des correspondances et des possibilités de passage entre les fonctions publiques de l'État et territoriale.

Pour le surplus, le champ d'application du statut général n'est pas profondément modifié.

Comme par le passé, les magistrats de l'ordre judiciaire restent en dehors du champ d'application du statut. Les militaires de carrière relèvent d'un statut qui leur est propre. De même, les personnels des Assemblées parlementaires restent extérieurs au statut général ; mais la loi du 13 juillet 1983 affirme leur qualité de fonctionnaires de l'État dont les conditions de recrutement par concours, le statut et le régime de retraite sont déterminés par le bureau de chaque assemblée ; la juridiction administrative connaît des litiges intéressant la situation individuelle de ces agents et se prononce alors « au regard des principes généraux du droit » (ce qui va de soi) et des « garanties fondamentales reconnues à l'ensemble des fonctionnaires civils et militaires de l'État visées à l'article 34 de la Constitution » (ce qui allait de soi à partir du moment où est affirmée leur qualité de fonctionnaire de l'État).

Chapitre 1

Fonctionnaires et agents publics

Quelle est la situation juridique de l'agent public ? 1° Il s'agit d'abord de savoir si la situation de l'agent public est contractuelle ou légale et réglementaire : le lien qui rattache l'agent à l'administration est-il ou non un contrat comme il en est du salarié de droit privé lié par un contrat de travail ? 2° Il s'agit, d'autre part, de savoir si la situation de l'agent public est une situation de droit public ou de droit privé.

Les solutions françaises à cet égard sont dominées par les exigences du service public : la primauté des intérêts du service sur les intérêts privés, la continuité de fonctionnement du service, la nécessité de son adaptation constante.

Or il est visible que ces exigences seront plus facilement satisfaites : 1° avec la situation de droit public qui permettra l'application de règles exorbitantes destinées à faire primer l'intérêt du service ; 2° avec la situation légale et réglementaire qui permettra à l'État, seul juge des besoins du service, d'établir unilatéralement la situation de ses agents et de la modifier pour l'adapter aux besoins de l'intérêt général. L'intérêt du service public paraît donc pousser au principe de la situation légale et de droit public ; elle conduit à donner au fonctionnaire public une situation juridique radicalement différente de celle qui caractérise les employés des personnes privées.

En réalité les solutions du droit positif français sont plus nuancées. La raison en est que le service public n'a pas toujours besoin, pour tous ses agents, de la situation légale de droit public. Il peut, à l'occasion, s'accommoder de la situation contractuelle et même de la situation contractuelle de droit privé.

Il en résulte un système complexe dont les données essentielles sont celles-ci : 1° tout le personnel des services publics n'a pas la qualité de fonctionnaire ; l'administration emploie simultanément des fonctionnaires publics et des agents non fonctionnaires ; 2° les fonctionnaires publics sont dans une situation de droit public ; ils sont en outre dans une situation légale et réglementaire ; 3° le personnel non fonctionnaire est, parfois, dans une situation contractuelle qui peut du reste relever soit du droit privé, soit du droit public.

On notera enfin que la catégorie même des fonctionnaires pourrait devoir relever d'une détermination plus restrictive dans les années à venir, du fait de l'interprétation donnée par le droit communautaire à la notion d'« emploi dans l'administration publique » mentionnée par le Traité de Rome ¹.

Au regard de ces éléments, plusieurs distinctions doivent être faites.

Section 1

Définition de l'agent public ²

L'agent public peut être défini très généralement comme l'employé d'une personne publique ; celui qui, bien qu'investi de compétences de service public, est employé par une personne privée, n'est pas un agent public. A partir de là, la jurisprudence a distingué entre les agents des services publics administratifs et ceux des services publics industriels et commerciaux ; longtemps complexe et incertaine pour les premiers, elle retient aujourd'hui, pour l'une et l'autre catégorie, des critères de principe qui sont relativement simples.

§ 1. L'agent public, employé d'une personne publique

L'agent public est normalement l'employé d'une personne publique. S'il arrive — et c'est fréquent — qu'une personne privée soit investie d'une mission d'intérêt général et d'une compétence de service public, et quand bien même les actes qu'elle prend à ce titre auraient le caractère d'actes administratifs, cela ne fait pas de ses agents des agents publics.

Ne sont pas davantage des agents publics les agents spécialement agréés par l'autorité administrative mais employés d'un organisme privé ³. De même un fonctionnaire en détachement auprès d'un organisme privé investi d'une mission de service public (en l'espèce une association pour

1. V. déjà L. Dubouis, RFDA, 1987, p. 949 et RFDA, 1991, p. 903 ; et, plus récemment, Ch. Alberton, *L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants communautaires*, RFDA, 2003, p. 1194 et loi du 26 juillet 2005.

2. G. Glénard, *La notion d'agent public : entre vie et trépas*, D. adm. 2005, Etude n° 7, août-septembre.

3. CE, 8 fév. 1989, *Marty*, RDP 1989, p. 1475.

l'éducation et l'insertion des handicapés) n'est pas considéré comme un agent public pour sa fonction de détachement⁴.

À ce principe, le législateur peut toutefois apporter des exceptions. Il le fait parfois, pour des raisons qui lui appartiennent, notamment lorsque l'employeur, initialement public, est lui-même « privatisé » par la loi. Ainsi pour les personnels de France Télécom, la loi du 26 juillet 1996, comme auparavant celle du 2 juillet 1990, pose la règle que les personnels de France Télécom, autrefois fonctionnaires, restent régis par le statut général de la fonction publique et autorise le recrutement de nouveaux fonctionnaires dans ce cadre jusqu'en 2002. Le conseil constitutionnel n'a pas fait d'objection à cette solution de la loi⁵. Auparavant le conseil d'État consulté avait émis l'avis que le maintien du statut d'agent public pour le personnel de France Télécom supposait que le président de cette entreprise, ayant lui-même autorité sur son personnel, ait la qualité d'« autorité subordonnée » au sens de l'ordonnance du 28 novembre 1958 prévue par l'article 13 de la Constitution, c'est-à-dire de délégataire possible du pouvoir de nomination du président de la République⁶.

Des formules analogues avaient déjà été adoptées par le passé pour d'autres entreprises, également érigées par la loi en société privée contrôlée majoritairement par l'État par exemple pour le personnel de la SEITA (loi du 2 juill. 1980) ou celui de la caisse nationale de crédit agricole (loi 18 janv. 1988).

S'agissant de l'Imprimerie nationale, après sa transformation en société par la loi du 31 décembre 1993, le conseil d'État avait alors émis l'avis que le maintien du statut de fonctionnaire de ses agents impliquait que le directeur de cet organisme conserve les pouvoirs d'une « autorité subordonnée » au sens de la Constitution et de l'ordonnance organique de 1958 : il peut donc prendre des mesures individuelles à l'exclusion de tout acte d'organisation générale des personnels⁷.

4. TC, 24 juin 1996, *Préfet du Lot-et-Garonne*, RFDA, 1997, p. 188.

5. C. const. 23 juill. 1996, Rec. p. 107.

6. CE, avis, 18 nov. 1993.

7. CE, avis 26 sept. 1995, AJDA 1995 ; p. 468, observ. S. Salon.

§ 2. Les agents publics des services publics administratifs

La solution actuelle est claire et simple : « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »⁸.

C'est l'adoption d'un critère organique, le caractère administratif du service qui emploie l'agent, ce qui rompt avec les solutions antérieures s'intéressant à la matérialité de l'emploi occupé et à la nature précise des activités de l'agent ; et ceci apporte ainsi la sécurité d'une approche objective.

Dans un second arrêt, le tribunal des conflits a confirmé qu'il fallait désormais prendre pour seul critère l'appartenance de l'agent à un service public administratif géré par une personne publique⁹.

La solution de la décision *Berkani* depuis longtemps souhaitée par la doctrine très critique des complications de la jurisprudence antérieure, a été reprise par la cour de cassation¹⁰ et par le conseil d'État¹¹ ; ce dernier arrêt précise ainsi, à propos de cuisiniers et d'agents d'entretien d'un village de vacances municipal, que ceux-ci sont des agents de droits publics parce qu'employés par un service public administratif et alors même qu'ils ne participent pas directement à celui-ci.

Il ne fait pas de doute cependant que la solution de la jurisprudence *Berkani* reste à la discrétion de la loi.

Déjà sous l'empire de la jurisprudence antérieure, le tribunal des conflits avait jugé que, le législateur ayant attribué compétence aux tribunaux judiciaires pour connaître des litiges opposant les employés de la caisse nationale de l'assurance maladie à cet établissement, ceux-ci doivent être considérés comme des agents de droit privé « nonobstant la circonstance que (la caisse) présente le caractère d'un établissement public administratif et alors même que les fonctions exercées par les intéressés impliqueraient leur participation directe à l'exécution du service public »¹².

Depuis il a de même été jugé qu'un agent recruté sur un contrat « emploi-consolidé » régit par l'article L. 322-4-8-1 du code du travail

8. TC, 25 mars 1996, *Berkani*, CJEG 1997, p. 35, note J.-F. Lachaume ; Droit soc. 1996, p. 735, observ. X. Prétot ; RFDA 1996, p. 819, concl. P. Martin ; Les petites affiches, 15 janv. 1997, p. 19, note S. Alberelli-Francfort ; D. adm. 1996, n° 319.

9. TC, 7 oct. 1996, *Préfet des Cotes d'Armor*, RFDA 1997, p. 188.

10. Cass. soc. 18 juin 1996, *Gonin*, D. adm. 1996, n° 536 ; 28 oct. 1996, *Synd. intercom. « Opéra du Nord »*, D. 1997, inf. rap. p. 4.

11. CE, 26 juin 1996, *Cne de Cereste*, AJDA, 1996, p. 808 ; RFDA 1997, p. 851.

12. TC, 8 nov. 1982, *M^{me} Blanchenoix*, Rec. Lebon, p. 462.

concluait ainsi avec l'État un contrat de droit privé, quelque soit la nature des fonctions lui sont ainsi confiées, parce que la loi elle-même indique qu'il s'agit d'un contrat de droit privé ; le litige qui résulte de la rupture de ce contrat de travail ressortit ainsi à la compétence du juge judiciaire ¹³.

§ 3. La situation des agents des services publics industriels et commerciaux

A Les principes

Pour les services publics industriels et commerciaux, même organisés en régie ou en établissement public, la jurisprudence a depuis longtemps décidé que les personnels n'ont pas la qualité d'agents publics ; seuls ont cette qualité le directeur et le comptable. Les autres agents sont dans une situation de droit privé dont le contentieux relève des tribunaux judiciaires. C'est là l'application à la situation juridique du personnel du principe selon laquelle les services industriels ou commerciaux vivent sous un régime de droit privé.

La jurisprudence est constante depuis l'arrêt du conseil d'État du 26 janvier 1923, *de Robert-Lafregeyre* ¹⁴. Et il ne pourrait appartenir qu'au législateur de soumettre le personnel d'un tel service à un régime de droit public ¹⁵. En revanche la présence de clauses exorbitantes dans le contrat liant l'agent au service est indifférente ¹⁶.

Ainsi, si les personnels statutaires de La Poste sont, de par la loi (du 2 juillet 1990), soumis au statut général de la fonction publique, les contractuels recrutés pour faire face à des exigences journalières sont des agents de droit privé soumis au régime des conventions collectives ¹⁷.

Depuis l'arrêt du 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* ¹⁸, le conseil d'État ne reconnaît l'appartenance au personnel dirigeant et comptable dans les services industriels qu'à l'agent chargé de la direction de l'ensemble des services et au chef de la comptabilité, lorsque ce dernier possède la qualité de comptable public ¹⁹. Dans le cas d'un service non personna-

13. TC, 20 oct. 1997, *préfet du Finistère*, RFDA 1998, p. 452.

14. RDP 1923, p. 237, concl. Rivet ; précisé par TC 28 mai 1979 *chambre de commerce d'Angers c/Gaudin*, D. 1980, p. 391, note R. Chapus.

15. CE, 15 déc. 1967, *Level*, AJDA 1968, p. 230, concl. G. Braibant.

16. TC, 10 janv. 1983, *Beck*, D. adm. 1983, n° 112.

17. JC, 7 déc., 1998, *Soffray*, D. adm. 1999, n° 76.

18. D. 1957, p. 378, concl. Mosset, note de A. de Laubadère.

19. Sur la situation du comptable public, v. TC, 4 juill. 1991, *M^{me} Pillard*, JCP 1991, IV, p. 391.

lisé, le personnel dirigeant s'entend de l'agent qui a la direction de « l'ensemble du service »²⁰.

Lorsque l'activité de service public exercée est double et que l'une de ses deux branches présente un caractère administratif, l'autre un caractère industriel et commercial, la nature publique ou privée de la condition juridique des agents dépend de celle des activités auquel ils sont affectés²¹.

B Cas particuliers

L'exclusion du personnel des services industriels ou commerciaux de la catégorie des agents publics n'a cependant pas une portée absolue. Elle connaît des dérogations en ce qui concerne les agents de certains établissements publics industriels ou commerciaux.

D'une part, certains textes institutifs d'établissements publics de cette catégorie attribuent formellement aux agents la qualité de fonctionnaires (L. 23 déc. 1964 pour les agents de l'Office des forêts). La même solution avait été adoptée pour les agents de la Poste et de France Télécom par la loi du 2 juillet 1990 et elle demeure en vigueur pour le premier de ces établissements publics.

D'autre part, lorsqu'un établissement public administratif est transformé en établissement public industriel ou commercial, le changement de condition du personnel ne se produit que si le texte le précise²². Dans ce dernier cas, il arrive que le texte opérant le changement de nature de l'établissement public permette aux agents qui le désirent de demeurer fonctionnaires dans un cadre d'extinction.

Enfin, lorsque la loi a qualifié de manière artificielle « industriel et commercial » un service public qui exerce en réalité une action essentiellement administrative, le juge se reconnaît le droit de rétablir les qualifications exactes et de considérer les agents comme des agents publics²³.

20. CE, 15 déc. 1967, *Level*, Rec. Lebon, p. 501 précité ; AJDA 1968, p. 230, concl. G. Braibant ; 7 oct. 1992, *Reverdy*, JCP 1993, II, 21978, note X. Vandendriessche ; à propos de la révocation du président de la RATP.

21. CE, 17 avril 1959, *Abadie*, Rec. Lebon, p. 239, concl. Henry (à propos des agents des ports autonomes).

22. CE, 29 janv. 1965, *L'Herbier*, AJDA, 1965, p. 103, concl. Rigaud.

23. CE, 13 nov. 1970, *M^{me} Conqui*, Rec. Lebon, p. 667.

Section 2

Définition et critère du fonctionnaire

Autres catégories d'agents publics

Les fonctionnaires ne constituent qu'une catégorie d'agents publics parmi d'autres, soumis d'une part naturellement à l'ensemble des règles applicables aux agents publics, d'autre part à un corps de règles plus particulières qui sont les règles de la fonction publique *stricto sensu*. C'est l'application de ces dernières règles qui fait l'intérêt de la notion de fonctionnaire.

Pourtant, la notion même de fonctionnaire n'est pas la même au regard de tous les textes qui emploient cette expression. Pour l'application de certains textes, le mot « fonctionnaire » est entendu au sens général d'agent public ; il en est ainsi, par exemple, des textes du code pénal relatifs aux « délits des fonctionnaires » ou encore des textes donnant compétence au conseil d'État pour connaître des litiges relatifs aux « fonctionnaires nommés par décret » (D. 30 sept., et 28 nov. 1953).

§ 1. Définition du fonctionnaire

La jurisprudence administrative a progressivement dégagé la définition et le critère du fonctionnaire public en reconnaissant cette qualité à l'individu « investi d'un emploi permanent dans les cadres d'un service public »²⁴.

Cette définition a été adoptée et reproduite par les statuts généraux de 1946, puis de 1959. Elle est reprise par le statut général actuellement en vigueur. Selon l'article 2 de la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'État, « le présent titre s'applique aux personnes qui, régies par les dispositions du titre I^{er} du statut général (loi du 13 juill. 1983), ont été nommées dans un emploi permanent à temps complet et titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'État, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'État ». L'article 2 de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale contient des dispositions analogues, se référant, pour la titularisation, aux « grades de la hiérarchie administrative des communes, des départements, des régions ou des établissements publics en relevant ». Enfin la loi du 9 janvier 1986 relative à la fonction

24. V. par ex. CE 9 mars 1923, *Hardouin*, RDP 1923, p. 239, concl. Rivet ; 20 déc. 1946, *Colonie de Madagascar*, D. 1947, p. 464, note P. Huet.

publique hospitalière s'applique, selon son article 2, aux personnes « nommées dans un emploi permanent à temps complet ou à temps non complet dont la quotité de travail est au moins égale au mi-temps, et titularisées dans un grade de la hiérarchie (des établissements hospitaliers énumérés par la loi) ».

De ces définitions se dégagent deux éléments caractéristiques de la définition du fonctionnaire : la permanence de l'emploi, l'intégration dans une hiérarchie administrative.

A Permanence de l'emploi

La permanence est la première condition de la qualité de fonctionnaire.

Elle concerne non seulement l'emploi occupé mais aussi l'occupation de cet emploi. En d'autres termes, pour qu'un agent soit fonctionnaire il faut qu'il occupe à titre permanent un emploi lui-même permanent ²⁵.

L'exigence de la permanence conduit à exclure de la catégorie des fonctionnaires, outre, bien entendu, les collaborateurs extérieurs à l'administration (requis, collaborateurs occasionnels), les *agents intérimaires* ainsi que les agents temporaires.

S'ils ne sont pas fonctionnaires, les agents publics temporaires relèvent cependant d'un régime de droit public ²⁶.

Traditionnellement l'exigence de permanence est interprétée comme n'excluant pas nécessairement les agents à temps partiel de la catégorie des fonctionnaires : occupation permanente ne signifie pas « à temps complet ». C'est sur la base de cette distinction qu'a pu être organisée une fonction publique à mi-temps, puis à temps partiel.

B Intégration dans une hiérarchie administrative

Les administrations sont organisées suivant un appareil hiérarchisé qui repose sur la notion de « corps », substituée après la Guerre à celle plus ancienne de « cadres ».

C'est l'intégration dans la hiérarchie d'un corps au moyen de la titularisation qui confère la qualité de fonctionnaire.

25. CE, 24 mars 1950, *Vauthron*, Rec. Lebon, p. 308 (emploi non permanent de journaliste) ; 15 fév. 1907, *Moulié*, Rec. Lebon, p. 159 (occupation non permanente d'un poste de direction qui était, lui, permanent).

26. CE, 29 oct. 1947, *Etilin*, Rec. Lebon, p. 394.

§ 2. Les agents non titulaires²⁷

A La situation des agents non titulaires

Cette notion de titularisation ou intégration dans un corps permet de distinguer *a contrario* une partie importante du personnel qui, n'étant pas titularisé, n'a pas la qualité de fonctionnaire des collectivités publiques.

On s'est attaché depuis longtemps à limiter en nombre ces personnels non titulaires, privés des garanties du statut, et d'améliorer en même temps leur situation juridique.

Un décret du 17 janvier 1986 « relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État » constitue un véritable statut de cette catégorie de personnels et comporte les rubriques générales correspondantes ; il a été modifié par un décret du 6 mai 1988. Des décrets du 15 février 1988 et du 6 février 1991 en disposent de même, respectivement pour la fonction publique territoriale et pour la fonction publique hospitalière.

Les lois des 11 juin 1983, déjà citée et 30 juillet 1987 organisent l'intégration d'agents non titulaires et précisent les hypothèses dans lesquelles il peut être fait appel à eux. Puis est intervenue la loi du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique qui consacre son titre I^{er} à la « résorption de l'emploi précaire » et fait suite à un accord ayant cet objet, signé le 14 mai 1996 par l'État et six des sept fédérations syndicales de fonctionnaires les plus représentatives. L'essentiel de son dispositif consiste en l'organisation, pendant quatre ans, de concours spécifiques réservés aux non-titulaires, pour l'accès aux corps des trois fonctions publiques, de l'État, territoriale et hospitalière. Un nouvel accord sur la résorption du travail précaire a été signé, le 10 juillet 2000, par le ministre de la fonction publique et six fédérations de fonctionnaires ; il prévoit, sur une durée de cinq ans, la titularisation de tous les personnels employés par l'État en contrats à durée déterminée ayant travaillé au moins trois ans pour l'État au cours des huit dernières années (exclusion cependant des chercheurs et personnels de l'enseignement supérieur et des contractuels de droit privé).

L'évolution récente semble au contraire s'accommoder d'une catégorie importante d'agents non titulaires. Ainsi l'article 20 de la loi du 3 août 2009, permet le recrutement d'agents non titulaires en ces termes : « Toutefois, des agents non titulaires peuvent être recrutés pour assurer le remplacement momentané de fonctionnaires autorisés à exercer leurs

27. C. Moniolle, *Les agents non titulaires de l'État entre précarité et passivité*, LGDJ, Bibl. droit public 2009.

fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité, d'un congé parental, d'un congé de présence parentale, de l'accomplissement du service civil ou national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux ou de leur participation à des activités dans le cadre de l'une des réserves mentionnées à l'article 53, ou pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu dans les conditions prévues par le présent titre. »

B Les catégories d'agents non titulaires

On peut distinguer plusieurs catégories parmi les agents non titulaires.

1^o Les *stagiaires*, qui accomplissent, à la suite d'un concours de recrutement, un temps d'épreuve en vue d'une titularisation ultérieure laquelle ne constitue jamais un droit pour eux ²⁸ ; de telle sorte qu'un refus de titularisation n'appelle pas les garanties, notamment de procédure, d'un licenciement ²⁹.

Le stagiaire est, comme le fonctionnaire titulaire, dans une situation légale et réglementaire définie (et modifiée) unilatéralement par l'administration. Et c'est dans ce contexte que doit être appréciée la portée juridique de l'engagement parfois demandé aux stagiaires de certaines écoles de demeurer au service de l'État pendant une durée déterminée, après leur titularisation ³⁰.

2^o Les divers *employés ou ouvriers de l'administration*, faute d'être titularisés dans un corps, n'ont pas non plus la qualité de fonctionnaire ³¹.

3^o Le cas des *agents auxiliaires* est plus spécial et plus complexe. À l'origine, la catégorie des auxiliaires se distinguait nettement de celle des fonctionnaires en ce qu'il s'agissait d'agents recrutés pour des occupations temporaires et non organisés en cadres.

Cette conception de l'auxiliariat a évolué pour une raison de politique administrative : on a voulu éviter de titulariser trop d'agents mais le besoin de personnel a conduit à organiser une catégorie qui se rapproche de celle des fonctionnaires sans avoir la même permanence et en laissant la liberté à l'administration de licencier ces agents ou au contraire les intégrer. Dès lors la catégorie des auxiliaires ne présente plus vraiment d'originalité par rapport à celle des agents non titulaires en général.

28. CE, 15 fév. 1963, *M^{lle} Turin*, Rec. Lebon, p. 91.

29. CE, 25 nov. 1988, *M^{lle} André*, D. adm. 1989, n° 32.

30. CE, 18 mars 1994, *M^{lle} Verpeaux*, Rec. Lebon p. 141 ; RDP 1995, p. 1379.

31. Sur le « statut » des ouvriers de l'État, v. par ex. CE 12 fév. 1992, *min. Intérieur c/ M^{me} Devroede*, Quot. jur., 9 juin 1992, p. 2.

4° *Les agents publics contractuels* — Avant l'intervention du statut de 1946, le conseil d'État, puis le statut de 1941 avaient admis l'existence d'une catégorie spéciale de fonctionnaires dits « contractuels ».

À l'origine cette situation avait surtout été reconnue à certains agents coloniaux, mais elle avait été ensuite étendue³² aux militaires engagés dont la situation juridique a fait du reste l'objet de maintes discussions doctrinales. Le conseil d'État, après avoir d'abord jugé que la situation des militaires engagés était « réglementaire et non contractuelle »³³, avait vu dans l'engagement militaire un contrat³⁴.

Depuis lors, le conseil d'État est de nouveau revenu à l'idée que la situation de l'engagé ou du rengagé est réglementaire³⁵ avec cette particularité cependant que la durée de cette situation continue de dépendre de l'accord de volonté réalisé lors de la signature de l'engagement ou de sa reconduction³⁶.

Par la suite, on a pu montrer que l'opposition traditionnellement faite entre les agents titulaires et notamment les fonctionnaires et les agents contractuels était peut-être plus supposée que réelle³⁷.

Il n'est sans doute pas possible en effet d'opposer de façon tranchée la nomination au contrat de recrutement, lors de l'entrée dans la fonction publique, pour caractériser, parmi les agents publics en général, une catégorie d'agents publics contractuels. La permanence de l'emploi occupé par les fonctionnaires n'interdit pas toute suppression ni création d'emploi par l'autorité administrative et, à l'inverse, certains emplois de contractuels acquièrent dans les faits une permanence remarquable.

Quant à la titularisation, s'il est exact qu'elle caractérise le fonctionnaire, d'autres agents publics, qui ne sont pas des contractuels, ne sont cependant pas davantage titularisés (stagiaires, auxiliaires). Inversement les agents contractuels, certes non titularisés au sens exact du terme, se sont vus de plus en plus souvent classés par la référence à la hiérarchie des grades de l'État ou de la fonction publique locale ; souvent le contrat détermine le grade, l'échelon et l'indice auxquels l'agent contractuel est placé par référence à la nomenclature des emplois de l'État.

Bref la situation juridique de l'agent public contractuel se dérobe à toute véritable systématisation du point de vue de son mode de recrutement, mais aussi de sa situation de fonction. De ce second point de vue, il

32. CE, 26 janv. 1923, *de Robert Lafrégeyre*, RDP 1923, p. 237, concl. Rivet.

33. 16 juill. 1920, *Chirac*, Rec. Lebon, p. 708.

34. 29 janv. 1947, *Michaux*, RDP 1948, p. 78, concl. Theis, note M. Waline.

35. 3 fév. 1956, *de Fontbonne*, Rec. Lebon, p. 45.

36. Voir CE 17 fév. 1992, *min. de La Défense c/ M^{me} Ménagé*, Quot. jur., 9 juin 1992, p. 5, qui consacre un contrôle par le juge du non-renouvellement du contrat.

37. Y. Gaudemet, *Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ? (sur le degré d'originalité du recrutement par contrat dans la fonction publique)*, AJDA 1977, p. 614.

est admis que l'administration peut faire évoluer et adapter les conditions d'exercice de celui-ci, par rapport même au contrat initial, et sauf et s'en tenir toujours aux avantages financiers que celui-ci stipule. On est assez proche finalement à cet égard et quant au résultat — et bien que partant de bases juridiques différentes — de la situation consacrée par le droit du travail pour les salariés régis par un contrat de travail : l'employeur — ici l'administration — peut modifier unilatéralement le contrat de travail, dès lors qu'il ne s'agit pas de modifications substantielles assimilées à une résiliation unilatérale de l'employeur³⁸.

Cette analyse a été confirmée au contentieux. Le conseil d'État a jugé que, « eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires, les contrats par lesquels il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant »³⁹.

Interrogé par le ministre de la fonction publique, le conseil d'État a émis, le 30 janvier 1997, un avis important sur la gestion des agents non titulaires de l'État et de ses établissements publics⁴⁰.

L'avis indique d'abord qu'il n'existe aucun principe général du droit imposant de faire bénéficier les agents non titulaires de règles équivalentes à celles applicables aux fonctionnaires ; le gouvernement dispose donc à cet égard d'une grande liberté d'appréciation pour déterminer, compte tenu des besoins du service, les règles applicables notamment aux agents contractuels ; il reste lié cependant par les principes généraux du droit applicables même sans texte à l'ensemble des agents publics.

En outre, selon cet avis, « il résulte des dispositions des lois du 13 juillet 1983 et 11 janvier 1984 que le législateur a érigé en principe que les emplois civils permanents de l'État et de ses établissements publics administratifs sont occupés par des fonctionnaires titularisés dans un grade et regroupés dans des corps et qu'il n'a entendu autoriser le recrutement d'agents contractuels qu'à titre exceptionnel et dans des cas particuliers qu'il énumère » ; principe dont le législateur peut évidemment disposer (v. *supra* la loi du 3 août 2009).

C'est le gouvernement qui est compétent, sur le fondement de son pouvoir réglementaire général et de l'habilitation tirée de l'article 7 de la loi du 11 janvier 1984, pour adopter des règles qui s'appliquent aux agents non titulaires de l'État. Pour le personnel des établissements publics de l'État, c'est aux organes compétents de ces établissements de définir les règles applicables.

38. V. par ex. G. Couturier, *Droit du travail*, tome 1, n^{os} 216 et s.

39. CE, 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, RFDA 1999, p. 128, concl. J.-H. Stahl, note D. Pouyaud ; AJDA 1998, p. 1041 ; D. adm. 1999, n^o 374) et récemment CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, AJDA 2009, p. 142 ; RFDA, 2009, p. 89.

40. EDCE, 1998, p. 185.

Section 3

Fonction publique et droit communautaire

L'exigence traditionnelle — et assortie d'exceptions — de la nationalité pour l'accès à la fonction publique française a fait apparaître une nouvelle notion de la fonction publique née de l'interprétation de la disposition du Traité de Rome qui écarte la libre circulation des travailleurs pour les seuls « emplois dans l'administration publique. »

La jurisprudence de la cour de justice des Communautés a retenu de cette dernière notion une conception singulièrement plus restrictive que celle qui caractérise le fonctionnaire en droit interne français. Sont — et sont seuls — « emplois dans l'administration publique », selon la jurisprudence communautaire, ceux qui « comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique » et « ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques »⁴¹ ; tel n'est pas le cas, par exemple des emplois des professeurs de l'enseignement secondaire⁴² ni des professeurs de l'école nationale supérieure des arts et métiers⁴³ ; non plus que de ceux de praticien hospitalier⁴⁴. La France a ainsi été condamnée pour avoir conservé la condition de nationalité pour l'accès à des emplois qui, ne présentant pas ces caractéristiques, relevaient, selon le droit communautaire, de la libre circulation des travailleurs⁴⁵.

Pour se mettre en conformité avec les exigences de la jurisprudence communautaire, la France a d'abord adopté une loi du 26 juillet 1991, qui introduit un article 5 *bis* dans la loi du 13 juillet 1983, aux termes duquel « les ressortissants des États membres de la communauté économique européenne autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions, soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques » ; ceci s'entendant évidemment sans préjudice des autres conditions d'accès à la fonction publique. Les corps, cadres d'emploi et emplois qui peuvent ainsi être réservés aux français sont désignés par

41. CJCE, 26 mai 1982, *Commission c/ Royaume de Belgique*, Rec. 1982 p. 1845.

42. CJCE, 27 nov. 1991, *Bleis*, Bull. CJCE n° 21-91, p. 3.

43. CE, 6 mai 1998, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, D. adm. 1998, n° 279, note R. S.

44. TA, Amiens, 2 avr. 1996, *Vannineuse*, D. adm. 1998, n° 384.

45. CJCE, 3 juin 1986, *Commission des communautés européennes c/ République française*, AJDA 1987, p. 44, note J. Arrighi de Casanova.

leurs statuts particuliers respectifs. Déférée au conseil constitutionnel avant sa promulgation, cette loi n'a pas été jugée contraire à la Constitution⁴⁶.

La jurisprudence communautaire a poursuivi son évolution qui pose en principe la libre circulation des travailleurs dans les fonctions publiques nationales et fait de la condition de nationalité une exception qui doit être justifiée.

Il en résulte que l'ensemble des règles communautaires qui régissent la liberté de circulation sont applicables⁴⁷ qui se réclament elles-mêmes du principe général d'égalité de traitement.

Sont ainsi contraires au principe de libre circulation, « non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » ; de telles discriminations doivent être supprimées sauf « si elles répondent à des objectifs présentant un intérêt général et sont strictement nécessaires et proportionnées à ces objectifs »⁴⁸. C'est à ce dernier titre seulement que peuvent être imposées des conditions de connaissance linguistique pour l'accès aux emplois publics, pour « sauvegarder l'identité nationale des États membres »⁴⁹.

Ces principes du droit communautaire s'appliquent non seulement à un recrutement initial dans la fonction publique, mais aussi, en cours de carrière, pour le passage à une autre fonction publique nationale. Cela vaut notamment pour la reconnaissance de l'équivalence des diplômes et qualifications⁵⁰ ou des expériences professionnelles prises en compte⁵¹. Cela doit conduire aussi à une harmonisation des régimes des avantages sociaux consentis aux agents publics⁵².

Au-delà s'est posée de plus en plus la question de la compatibilité du système français de fonction publique avec les conséquences de la libre circulation en Europe, appliquée à une part de plus en plus importante des agents publics⁵³. Sur le plan législatif, la loi du 26 juillet 2005 puis celle du 3 août 2009 poursuivent ce que l'on a pu appeler la « communau-

46. C. const., 23 juill. 1991, Les Petites Affiches, 6 sept. 1991, note Ch. Houteer.

47. CJCE, 9 septembre 2003, *Isabel Dondette Burband*, Rec. I. 08219.

48. CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn*, Rec. p. 2617.

49. CJCE, 28 nov. 1989, *Groener*.

50. CJCE, 15 oct. 1987, *Unectef c/ Heylens*, Rec. p. 4097.

51. CJCE, 23 févr. 1994, *Scholtz*, Rec. p. 1505 — 15 janv. 1998, *Schönig-Kougebetopoulou*, n° C 15/96.

52. CJCE, 22 nov. 1995, *Iannis Vougiouka*.

53. Voir L. Dubouis, *L'influence de la jurisprudence de la cour de justice des communautés européenne sur l'ouverture de la fonction publique française en cours de carrière*, RFDA 1998, p. 106. — J. M. Lemoyne de Forges, *L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire*, Dalloz 2003.

tarisation du droit de la fonction publique », notamment en ouvrant les concours et promotions internes aux ressortissants communautaires dans les mêmes conditions qu'aux nationaux.

Sur l'évolution du droit de la fonction publique, voir encore le livre blanc intitulé « sur l'avenir de la fonction publique » rendu public le 17 avril 2008 ⁵⁴.

54. Entretien avec J.-L. Silicani in D. adm. décembre 2008, p. 7, Entretien n° 4.

Chapitre 2

Nature juridique de la situation du fonctionnaire

Le problème de la nature juridique de la situation du fonctionnaire a donné lieu à une des controverses les plus classiques du droit administratif.

Section 1

Une situation légale et réglementaire

§ 1. Historique

On a d'abord distingué les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion selon que leur compétence s'étend aux actes dits d'autorité (ou de puissance publique) ou aux seuls actes de gestion. Les premiers seraient dans une situation légale de droit public, les seconds dans une situation contractuelle de droit privé analogue à celle des employés des particuliers.

Cette distinction, que l'on retrouve à l'origine de plusieurs systèmes étrangers, a été abandonnée en même temps que celle, qui lui servait de support, des actes d'autorité et de gestion.

Elle inspire cependant, comme on l'a vu, la jurisprudence communautaire et, à ce titre, reste d'actualité (v. *supra* Section 3 du précédent chapitre).

§ 2. Situation légale et réglementaire du fonctionnaire

Les solutions du droit positif sont aujourd'hui les suivantes. Tous les fonctionnaires sont dans une situation de droit public, régie par les règles spéciales du droit administratif et justiciables des tribunaux administratifs. Cette situation est une situation légale et réglementaire et non contractuelle.

1° La jurisprudence consacre la première idée en affirmant la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges qui opposent le fonctionnaire à l'administration.

2° En outre et quant au fond, le juge applique aux fonctionnaires tous les éléments de la situation légale et réglementaire.

Il a consacré l'idée que la situation du fonctionnaire est fixée à l'avance par voie générale et impersonnelle au moyen des lois et règlements, en annulant les conventions particulières passées entre l'administration et le fonctionnaire.

Il a surtout maintes fois consacré le droit pour l'administration de modifier unilatéralement la situation du fonctionnaire sans que celui-ci puisse opposer de prétendus « droits acquis »¹.

Cependant, pendant longtemps, le conseil d'État tout en dégageant ainsi les éléments de la situation légale du fonctionnaire, continuait à affirmer de façon assez contradictoire, dans la formule des arrêts, que le fonctionnaire est lié à l'administration par un contrat de fonction publique. Il avait adopté cette formule dans l'arrêt *Winckel*² pour justifier sa jurisprudence en matière de grève des fonctionnaires, selon laquelle le fonctionnaire rompant par la grève le contrat qui l'unit à l'administration, celle-ci se trouvait dispensée d'observer les procédures légales de révocation.

Aujourd'hui cette contradiction a disparu. La solution d'une situation réglementaire, adoptée par tous les auteurs, confirmée par les solutions jurisprudentielles, est expressément consacrée par le statut général : « le fonctionnaire est dans une situation statutaire et réglementaire ».

§ 3. Cas des agents publics non-fonctionnaires

Quant au personnel non-fonctionnaire, certains agents non-fonctionnaires ont une situation définie par des lois et règlements, d'autres sont

1. CE, 24 décembre 1937, *La Bigne de Villeneuve*, DH, 1928, p. 185.

2. 7 août 1919, Rec. Lebon, p. 826.

au contraire liés par contrat à l'administration ; mais il peut s'agir soit de contrats administratifs qui font de l'agent un « agent public » relevant du droit public, soit de contrats de droit privé qui placent l'agent dans une situation juridique de pur droit privé.

Mais on a vu que ce « contrat » de droit public est pour une large part attributif d'une sorte de « statut » défini unilatéralement par l'administration ³.

Section 2

Principales conséquences de la situation juridique du fonctionnaire

On ne peut étudier les multiples manifestations du caractère légal et réglementaire de la situation du fonctionnaire. On se limitera à quelques exemples.

§ 1. La nature juridique de l'acte de nomination

De ce que la situation juridique du fonctionnaire est légale et réglementaire et non subjective, il résulte que l'acte de nomination n'est pas un acte subjectif, spécialement qu'il n'est pas un contrat. Ainsi il peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir, alors que ce recours est irrecevable contre les contrats.

L'acte de nomination est un acte individuel attributif d'une situation générale et impersonnelle. Le conseil d'État admet ainsi que le fonctionnaire est soumis aux règles de la fonction publique dès sa nomination, avant même qu'il ait accepté celle-ci, notamment pour l'application du régime disciplinaire ⁴.

Cependant le fonctionnaire peut refuser la nomination, sans être obligé de démissionner ⁵. On a proposé, pour concilier ces deux idées, d'admettre que la nomination est un acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire (celle-ci étant la non-acceptation).

3. V. Y. Gaudemet, *Existe-t-il une catégorie d'agents contractuels de l'administration ? Sur le degré d'originalité de recrutement par contrat dans la fonction publique*, AJDA, 1977, p. 614 et *supra* section 2 du chapitre précédent.

4. CE, 13 janvier 1912, *Picquet*, Rec. Lebon, p. 13.

5. CE, 20 février 1924, *Brandstetter*, Rec. Lebon, p. 194.

§ 2. Les caractéristiques juridiques de la rémunération du fonctionnaire

Le fonctionnaire reçoit une rémunération qui consiste, pendant son activité, en un traitement et, après sa sortie de fonction par mise à la retraite, en une pension de retraite. Ces deux éléments ont le même caractère juridique ; leur régime est en liaison étroite avec la nature de la situation du fonctionnaire.

A Le traitement

Le traitement du fonctionnaire a un caractère différent des salaires et appointements privés : son régime procède de la nature légale et réglementaire de la situation du fonctionnaire et est commandé autant par les caractéristiques et les exigences du service que par le *travail* fourni.

1° Comme l'ensemble de la situation du fonctionnaire, le traitement n'a pas une nature contractuelle mais réglementaire : il est fixé à l'avance par l'administration unilatéralement et par voie générale et impersonnelle pour chaque catégorie d'agents ; il peut être modifié à tout instant par l'administration sans le consentement du fonctionnaire ⁶.

Toutefois après service fait (c'est-à-dire à l'expiration de chaque mois), le fonctionnaire devient créancier du traitement correspondant à la période écoulée ; la dette de l'administration ne peut pas être rétroactivement modifiée par elle ⁷.

2° Le traitement est traditionnellement présenté dans la situation objective du fonctionnaire comme l'élément destiné à permettre au fonctionnaire de tenir le rang social correspondant au caractère de la fonction et du service ; c'est pourquoi les différences de montant ne correspondent pas à des différences de travail fourni.

Mais la notion de travail fourni ou de service fait intervient dans la naissance de la créance du fonctionnaire et son paiement, sous la forme du principe financier du paiement après service fait : le traitement ne peut être liquidé et payé qu'après service fait, c'est-à-dire à l'expiration de chaque mois et pour le mois écoulé.

La jurisprudence applique encore de manière intéressante cette idée du service fait à propos du problème de l'indemnisation du fonctionnaire au cas de révocation illégale : lorsqu'un fonctionnaire a été illégalement

6. CE, 10 janvier 1927, *Elèze*, Rec. Lebon, p. 62.

7. CE, 1^{er} août 1924, *Mattei*, Rec. Lebon, p. 773.

révoqué et que sa révocation est annulée, le conseil d'État, après avoir admis que le traitement correspondant à la période de révocation illégale devait être payé au fonctionnaire, par application du principe *quod nullum est nullum producit effectum* (système du « rappel de traitement »), a fait ensuite prévaloir sur ce principe l'idée de l'absence de service fait et admet seulement une indemnisation sur la base du préjudice réel subi par le fonctionnaire⁸.

B La pension de retraite

Après sa sortie de fonction par mise à la retraite, le fonctionnaire perçoit une nouvelle rémunération sous la forme d'une pension de retraite, dont le caractère est déterminé par les deux idées suivantes.

D'une part, la pension de retraite est une institution de prévoyance destinée à garantir aux agents de l'État une certaine possibilité et dignité d'existence après leur sortie de fonction. Le conseil d'État en a tiré, par exemple, cette conséquence que le droit à pension n'existe pas au bénéfice de ceux dont la fonction publique ne constitue que l'accessoire d'une profession privée largement rémunératrice⁹.

D'autre part, cette institution de prévoyance est réalisée au moyen d'une prolongation de traitement. Cette idée que la pension de retraite a la nature d'un traitement prolongé est capitale ; elle explique à la fois le mécanisme financier et le régime administratif de la pension.

1° Au point de vue financier, la pension étant une prolongation du traitement ne constitue pas une rente viagère. Sans doute, il est opéré sur le traitement de base des fonctionnaires en cours d'activité une retenue, mais le lien qui existe entre cette retenue et la pension n'est pas celui qui caractérise une rente viagère.

i) Les retenues constituent seulement pour l'État des recettes budgétaires qui viennent en atténuation de la charge générale des pensions. Elles ne sont pas capitalisées soit individuellement au profit de chacun des intéressés, soit (bien que le projet en ait été parfois formé et même voté en 1924) collectivement dans une caisse de pensions. C'est cette capitalisation qui constituerait le mécanisme financier d'une rente viagère.

ii) La retenue n'est pas une condition nécessaire de la pension. Dans les cas exceptionnels où il n'est pas prélevé de retenue, cette absence n'entraîne pas obligatoirement absence du droit à pension.

8. CE, 7 avril 1933, *Deberles*, S., 1933.3.68.

9. CE, 24 janvier 1941, *Pontremoli*, S., 1942.3.9, architectes inspecteurs généraux honoraires des Palais de l'État.

iii) La pension étant une prolongation du traitement et non une rente viagère, son chiffre n'est pas lié au total des versements opérés.

2° Au point de vue administratif, si la pension n'est pas liée aux retenues elle est au contraire en rapport étroit avec le traitement lui-même.

i) La pension est liée au traitement en ce qui concerne son *montant*. D'abord elle consiste dans une quote-part du traitement : avant 1948 elle était calculée d'après le traitement moyen des trois dernières années d'activité ; depuis la loi du 20 septembre 1948 elle est liée aux derniers émoluments et constitue 2 % de ces émoluments par annuité liquidable. D'autre part le montant de la pension est encore lié à celui du traitement en ce que les relèvements des traitements d'activité entraînent automatiquement le relèvement proportionnel des pensions déjà concédées. Ce principe de la péréquation des pensions constitue une innovation de la loi de 1948.

ii) La pension a les mêmes caractères que le traitement : elle présente d'abord le même caractère alimentaire. À cet égard la loi de 1948 reprend la règle déjà existante selon laquelle la pension est majorée pour les fonctionnaires ayant élevé des enfants. D'autre part de ce que la pension est un traitement prolongé on doit logiquement déduire que le retraité se trouve vis-à-vis de sa pension dans la même situation juridique que le fonctionnaire à l'égard de son traitement.

Toutefois ce point est controversé. Pour beaucoup d'auteurs le retraité est dans une situation légale et réglementaire, donc susceptible de modifications unilatérales, parce que la pension de retraite a la même nature que le traitement qu'elle prolonge. Pour d'autres (Jèze), le retraité est titulaire d'une situation individuelle subjective qui ne peut être modifiée que par une loi, celle-ci étant alors rétroactive.

Il est difficile de découvrir la solution dans le droit positif, parce qu'en fait les révisions de pensions déjà liquidées ont toujours été faites par des textes de portée législative (p. ex. D.-L., 6 avril 1934, L., 20 juin 1936) ; mais il semble que la première conception soit celle du conseil d'État ¹⁰.

Le préambule de la Constitution de 1946 « garantit à tous, notamment aux vieux travailleurs, la sécurité matérielle ». Cela est certainement impropre à fonder, comme un principe s'imposant au législateur, l'intangibilité des droits à la retraite liquidés ; c'est ce que le conseil constitutionnel a décidé, en affirmant qu'« aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne garantit l'intangibilité des droits à retraite liquidés » ¹¹.

10. CE, 27 avril 1945, *Col. Josué*, S., 1954.3.60 et notamment les concl. de M. Donnedieu de Vabres.

11. C. const., 3 août 1994, *Rec.*, p. 117 ; comm. D. Rousseau, RDP, 1995, p. 62.

Chapitre 3

Le régime juridique de la fonction publique

Le régime juridique de la fonction publique est tributaire de la *conception politique* que l'on se fait de ce que celle-ci doit être.

Les conceptions possibles. — On peut se faire, de la fonction publique et de son aménagement, des conceptions très diverses. On doit d'abord marquer la distance entre la conception ancienne de la fonction publique (dans laquelle celle-ci est conçue comme une charge patrimoniale appropriée par le fonctionnaire, conception dont on retrouve d'ailleurs des traces dans certains systèmes actuels et même en France dans certaines fonctions : charges et offices ministériels), et la *conception moderne* de la fonction (d'après laquelle celle-ci est conçue comme un ensemble de compétences dont l'agent public est investi dans l'intérêt du service public).

Mais la conception moderne de la fonction publique se prête elle-même à des aménagements très différents. Le point central et essentiel est la façon dont est comprise la soumission du fonctionnaire à ses chefs hiérarchiques.

1° On peut placer le fonctionnaire dans un état de soumission étroite, le mettant entièrement dans la main de son supérieur et laissant à celui-ci un pouvoir discrétionnaire sur la personne et l'activité de ses agents. Le type en est la conception napoléonienne de la fonction publique pratiquée depuis l'an VIII parallèlement à la centralisation des autorités administratives. Au contraire, on peut donner au fonctionnaire des garanties, une certaine indépendance vis-à-vis de son chef hiérarchique.

2° C'est aussi la nature de la subordination qui peut être conçue différemment ; on peut la concevoir comme de caractère simplement technique et fonctionnel ou comme étant de nature politique, c'est-à-dire comme faisant du fonctionnaire la créature politique du chef hiérarchique ; la fonction publique devient alors un instrument politique entre les mains du pouvoir central. Cette seconde conception est habituellement

rattachée à la pratique qui fut longtemps en honneur aux États-Unis, dite du *spoil system*, consistant en ce que, lorsqu'un nouveau parti politique arrive au pouvoir, il remplace les fonctionnaires par un personnel nouveau à sa dévotion (*The spoils to the victor*. Les dépouilles au vainqueur !).

La conception française de la fonction publique est celle d'une subordination atténuée, comportant des garanties au profit des fonctionnaires subordonnés. Cette conception, qui s'est substituée au système autoritaire du XIX^e siècle, s'est progressivement étendue et développée pour deux raisons :

La première raison est naturellement qu'elle correspond à une préoccupation de garanties du fonctionnaire contre l'arbitraire possible du chef hiérarchique, garanties pour lesquelles les fonctionnaires n'ont cessé de lutter. Mais, d'autre part, l'intérêt général du service public, s'il exige une autorité suffisante du supérieur hiérarchique sur son personnel, exige aussi que la soumission hiérarchique ne soit pas excessive parce que l'arbitraire qu'une subordination discrétionnaire rendrait possible est préjudiciable aux intérêts mêmes du service.

Par ailleurs, et dans la mesure même de son atténuation, la subordination hiérarchique est conçue en France comme ayant un but et par suite un caractère technique et non politique.

Distinction du grade et de l'emploi. — Cette formule générale de subordination tempérée, qui caractérise la conception française de la fonction publique, est complétée par des éléments qui y introduisent encore des nuances, à savoir la distinction du grade et de l'emploi et le régime particulier des emplois supérieurs.

La distinction du grade et de l'emploi fournit un moyen particulier de concilier les exigences de garanties des agents et les exigences de la hiérarchie : à l'égard de son grade, le fonctionnaire a une situation très protégée, un droit ; au contraire l'administration dispose plus librement de l'emploi ; il en résulte, par exemple, que l'administration peut modifier l'emploi d'un fonctionnaire sans que celui-ci puisse opposer un prétendu « droit acquis » mais aussi sans qu'il perde pour autant son grade, lequel lui donne vocation à un autre emploi équivalent.

Par ailleurs la liberté de l'administration à l'égard des emplois est elle-même nuancée : elle atteint son degré maximum à l'égard des emplois dits supérieurs.

Les emplois supérieurs. — Les emplois supérieurs sont des emplois à l'égard desquels en raison de la nature des fonctions exercées, l'administration est particulièrement libre, à la fois en ce qui concerne les nominations qui y sont « à la décision » (c'est-à-dire à la discrétion) du gouverne-

ment et la faculté de mettre fin aux fonctions, les nominations à ces emplois étant « essentiellement révocables »¹.

On en devine aisément la raison : les aptitudes que requiert l'emploi « supérieur », les responsabilités qu'il implique, le fait qu'il est souvent à mi-chemin entre les fonctions administratives et les fonctions politiques, entraînent en contrepartie une certaine instabilité pour son titulaire ; c'est un domaine où, dans la conciliation des exigences de garanties et de celles de hiérarchie, les secondes l'emportent nettement.

Le régime juridique de l'emploi supérieur est ainsi caractérisé par un large pouvoir discrétionnaire du gouvernement à la fois en matière de recrutement et d'exclusion.

1^o Pour ce qui est du *recrutement*, l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 dispose que « les nominations sont laissées à la décision du gouvernement », le mot « décision » étant pratiquement synonyme de « discrétion »².

Par ailleurs, des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaires peuvent être nommées à de tels emplois, ce qui accentue, en ce qui les concerne, la dissociation du grade (ici absent) et de l'emploi (art. 25, loi 11 janvier 1984 : « l'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service »³).

2^o Pour ce qui est de la *cessation des fonctions*, le même article 25, alinéa 3 dispose que les nominations auxdits emplois « sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non-fonctionnaires ». Cette précision (révocabilité « essentielle ») permet pratiquement de mettre fin aux fonctions de tel ou tel de ces agents supérieurs pour des motifs que le gouvernement apprécie librement ; ce qui entraîne une condition particulière de ces agents en ce qui concerne l'application, en fait, de la liberté d'opinion. Toutefois, la règle de la communication obligatoire du dossier s'applique aux titulaires d'emplois supérieurs⁴.

3^o *Détermination des emplois supérieurs*. — Le régime juridique des emplois supérieurs étant ainsi marqué d'un particularisme très net, la question se pose naturellement de savoir quels emplois présentent ce caractère.

La loi du 11 janvier 1984 renvoyant à cet égard à un décret en conseil d'État, celui-ci est intervenu le 24 juillet 1985 ; il comporte une liste

1. V. O. Schrameck, *Emplois régaliens et conditions de nomination*, Mél. Y. Jegouzo, p. 169.

2. V. CE, 16 décembre 1988, *Assoc. gén. des administrateurs civils c/ Dupavillon*, JCP 1989. II. 21228, note C. Gabolde.

3. Voir aussi CE, 21 mars 1958, *Assoc. des agents des affaires étrangères*, Rec. Lebon, p. 188.

4. CE, 12 novembre 1997, *Fessard de Foucault*, Quot. jur., 21 avril 1998, p. 7.

des emplois supérieurs « à la décision du gouvernement » qui se substitue à celle de l'ancienne réglementation et comprend notamment : dans chaque administration, les commissaires, secrétaires généraux, directeurs d'administration centrale ; au ministère de l'éducation nationale, les recteurs ; au ministère des affaires étrangères, les ambassadeurs ; au ministère de l'intérieur, les préfets.

Il semble d'autre part que la liste que contient le texte ne soit pas limitative et que ce soit à la jurisprudence d'apprécier le caractère « supérieur » de l'emploi ; le conseil d'État paraît se référer à cet égard à la fois au caractère de haute fonction d'autorité de l'emploi en cause et à la dépendance directe dans laquelle il place son titulaire vis-à-vis du gouvernement ⁵.

Section 1

L'organisation générale de la fonction publique

Le schéma d'organisation de la fonction publique, qui date dans ses grandes lignes du statut général de 1946, correspond à la double tendance de faire assurer par des organes centraux de direction une politique de la fonction publique, et de rationaliser et développer la participation des fonctionnaires eux-mêmes au fonctionnement de l'appareil administratif.

§ 1. Organes centraux

A Premier ministre

Le premier ministre veille à l'application du statut avec, sous son autorité, une Direction de la fonction publique chargée d'une manière générale de suivre l'application du statut et d'assurer une politique coordonnée de la fonction publique. Celle-ci est aussi aujourd'hui placée sous l'autorité d'un ministre qui est également ministre du budget.

5. V. par ex. CE, 17 juin 1992, *Leclerc*, Rec. Lebon, p. 1062 ; RDP, 1992, p. 1830, note R. Drago.

B Conseils supérieurs

Un conseil supérieur de la fonction publique de l'État présidé par le Premier ministre et comprenant en nombre égal des représentants de l'administration et des représentants des organisations syndicales de fonctionnaires, est à la fois l'organe coordonnateur et consultatif pour toutes questions intéressant la fonction publique et l'organe supérieur de recours en diverses matières (avancement, discipline)⁶.

Le statut de 1983-1984-1986 créé, sur le même modèle mais avec quelques différences importantes, un conseil supérieur de la fonction publique territoriale et un conseil supérieur de la fonction publique hospitalière.

Un conseil supérieur de la fonction militaire existe depuis la loi du 21 novembre 1969. Il est conservé par la loi du 24 mars 2005 qui constitue le nouveau statut des militaires.

§ 2. Organes internes

À l'intérieur de chaque administration sont instituées deux catégories d'organismes paritaires.

A Les commissions administratives paritaires

Les commissions administratives paritaires qui comprennent des représentants du personnel élus au bulletin secret à la représentation proportionnelle par les fonctionnaires constituent des organismes désormais unifiés, appelés à jouer, pour toutes les questions individuelles concernant le personnel (recrutement, notation, avancement, discipline), le rôle que jouaient déjà auprès du chef de service les divers types de commissions administratives (commission d'avancement, conseil de discipline).

B Les comités techniques paritaires

Les comités techniques paritaires sont consultés en matière d'organisation des services et de statut. Comprenant des représentants des fonc-

6. Sur le régime juridique et contentieux des avis du conseil supérieur de la fonction publique, v. CE, 2 avril 2003, *Gosset* (RFDA, 2003, p. 767, concl. D. Chauvaux ; Dr. adm., 2003, n. 129).

tionnaires désignés par les organisations syndicales les plus représentatives, ils saisissent les ministres ou sont saisis par eux des problèmes intéressant l'organisation et le fonctionnement de l'administration ou du service et doivent être tenus au courant de la suite donnée aux mesures proposées par eux. Le statut de 1959 rendait l'intervention de ces comités simplement facultative. Mais un décret du 10 juin 1976 a prévu leur consultation obligatoire, notamment pour l'élaboration ou la modification des règles statutaires, solution que conserve l'actuel statut ⁷.

Section 2

La carrière du fonctionnaire

§ 1. Recrutement

A Conditions générales d'accès aux fonctions publiques

Ces conditions sont dominées depuis la Révolution française par le principe de l'égal accès de tous les citoyens aux « places et emplois publics » (Décl. des droits 1789, art. 6).

1° *La nationalité française* était traditionnellement requise pour l'accès à la fonction publique avec du reste de non moins traditionnelles exceptions (enseignement supérieur...).

Mais cette condition de nationalité a dû être reconsidérée, dans son principe même, et au moins pour certains emplois, en application des obligations communautaires de la France. Si, en effet, le traité de Rome exclut du principe de libre circulation et de libre établissement des travailleurs les « emplois dans l'administration publique » (art. 48, al. 4), la jurisprudence de la cour de justice des communautés a retenu de cette notion, comme on l'a vu (v. *supra* chapitre précédent), une conception singulièrement plus restrictive que celle qui caractérise le fonctionnaire en droit national français. Sont — et sont seuls — « emplois dans l'administration publique » ceux qui « comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique » ou encore

7. Sur les comités techniques paritaires, v. avis CE, 2 juillet 2003 (EDCE, 2004, n. 55, p. 189) et CE, 12 décembre 2003, *Union syndicale CGT*, RFDA, 2004, p. 322.

« ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques ».

2° *En ce qui concerne la parité*, les femmes ont accès par principe à la fonction publique dans les mêmes conditions que les hommes.

Les lois du 10 juillet 1975 et du 7 mai 1982 ont posé le principe de la mixité de tous les corps de fonctionnaires, sous réserve de la possibilité de conserver des recrutements distincts lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est une condition déterminante pour l'exercice des fonctions postulées.

On est passé ensuite d'une règle d'égalité à une politique de parité, sous l'influence notamment de la jurisprudence communautaire. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifie l'article 1^{er} de la Constitution d'un ajout qui se lit comme suit : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. » C'est cette politique de parité active qui appelle des interventions du législateur, notamment pour l'accès à la fonction publique ⁸.

B Procédés techniques de recrutement

Du point de vue de la liberté d'action du chef de service, deux grands procédés de recrutement s'opposent : le choix discrétionnaire (dit recrutement « sur titres ») et le recrutement au concours. Le second limite le pouvoir du chef hiérarchique ; en effet, il dissocie la nomination qui demeure entre ses mains et le choix qui, lui, est automatique car l'autorité de nomination ne peut nommer que les candidats proposés par un jury, autorité indépendante de l'administration qui recrute, et dans l'ordre du classement opéré par celui-ci. L'administration exerce cependant un contrôle sur l'établissement de la liste des candidats admis à concourir.

Le droit administratif français a évolué vers la généralisation du procédé du concours. Le statut en a fait la règle (art. 6 du Titre I), le recrutement sur titres ne subsistant en principe que : 1° pour la constitution initiale d'un nouveau corps ; 2° pour la nomination aux emplois supérieurs à l'égard desquels l'administration a un pouvoir discrétionnaire de nomination ; 3° pour les fonctionnaires des catégories C et D lorsque le statut particulier le prévoit.

Le procédé du concours trouve un fondement constitutionnel dans l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 qui proclame l'égal accès de tous aux « dignités, places et emplois publics. »

8. V. F. X. Fort, *De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique*, AJDA 2009, p. 1181.

§ 2. Avancement

On peut concevoir deux procédés pour l'avancement des fonctionnaires : l'avancement à l'ancienneté supprime, par son automatisme, toute liberté de choix du chef hiérarchique ; l'avancement au *choix* lui laisse au contraire cette liberté mais celle-ci peut être réduite si l'on applique au système la règle du tableau d'avancement : tous les ans est dressé un tableau des fonctionnaires jugés aptes, par ordre de mérite, à passer au grade supérieur ; dans ses promotions, le chef de service doit suivre l'ordre du tableau et est ainsi lié par les propositions de la commission d'avancement comme, en matière de recrutement, par celles du jury.

Le statut consacre en règle générale les solutions suivantes : l'avancement hiérarchique ou de grade (passage d'un emploi à un emploi supérieur), a lieu au choix ; l'avancement d'*échelon* (qui se traduit par une simple augmentation de traitement) se fait par une combinaison de l'ancienneté et du choix.

L'avancement au choix peut avoir lieu selon la technique du tableau d'avancement (cependant, pour les emplois « supérieurs », l'administration a, là encore, un pouvoir discrétionnaire) ; le tableau d'avancement est préparé par l'administration, compte tenu des notes de l'intéressé (le statut régleme la notation des fonctionnaires ; elle comprend une note chiffrée, qui doit être communiquée au fonctionnaire, et une appréciation générale) ; ce tableau est ensuite soumis pour avis à la commission administrative paritaire ; sous réserve des nécessités du service, les promotions doivent avoir lieu dans l'ordre du tableau. Depuis 1965, l'avancement peut également résulter d'une sélection opérée par voie de concours professionnel ; il est aujourd'hui prévu par l'article 58 du titre II du statut général.

Le conseil supérieur de la fonction publique joue le rôle d'instance d'appel avec, du reste, un simple pouvoir de « recommandation » au ministre. Il peut être saisi : 1° par la commission paritaire lorsqu'il a été passé outre par le chef de service à son avis défavorable ; 2° par le fonctionnaire lorsque l'administration s'est opposée pendant deux ans à son inscription proposée par la commission.

§ 3. Cessation définitive des fonctions

D'après le statut (art. 24, Titre I), les causes de cessation définitive des fonctions sont : 1° la démission, 2° le licenciement, 3° la révocation, 4° l'admission à la retraite.

Ces modalités de la sortie de fonction n'ont pas toutes le même caractère : la première procède de l'initiative du fonctionnaire lui-même ; la seconde et la troisième de l'initiative de l'administration ; la quatrième de l'une ou de l'autre.

Surtout une distinction capitale doit être faite entre l'exclusion disciplinaire (provoquée par une faute du fonctionnaire) et l'exclusion administrative (fondée sur un motif de service) (v. *infra* : régime disciplinaire).

1° La *démission* doit être demandée par écrit et n'a effet qu'autant qu'elle est acceptée et à la date de l'acceptation.

2° Le *licenciement* est une mesure administrative qui peut être motivée soit par suppression d'emploi à la suite d'une loi de dégagement des cadres, soit par l'insuffisance professionnelle du fonctionnaire (bien qu'il s'agisse d'une mesure administrative, l'administration doit employer dans ce cas la procédure disciplinaire).

Pour les « emplois supérieurs », l'administration peut discrétionnairement mettre fin aux fonctions attribuées, ainsi qu'on a déjà eu l'occasion de le dire, mais le haut fonctionnaire a droit à la communication de son dossier⁹.

3° La *mise à la retraite* est provoquée par l'arrivée de la limite d'âge. Le mécanisme des limites d'âge a été d'abord fixé par la loi du 18 août 1936 et modifié à plusieurs reprises depuis. La limite de droit commun est actuellement 65 ans, les textes faisant d'autre part la distinction de catégories d'emplois : catégorie A (« emplois sédentaires ») et catégorie B (emplois « actifs », c'est-à-dire comportant un risque ou des fatigues exceptionnels), ces catégories étant elles-mêmes divisées en échelons.

4° La *révocation* est une cause d'exclusion uniquement disciplinaire (v. *infra*).

Section 3

Les obligations générales des fonctionnaires

La fonction publique comporte pour le fonctionnaire l'assujettissement à des obligations diverses.

9. CE, 24 janvier 1948, *Nègre*, D., 1949, p. 570, note J. G.

1° Obligation de se consacrer à la fonction. L'article 25 du statut (Titre I) énonce le principe de la *prohibition du cumul* d'une activité privée avec une fonction publique. Il existe des dérogations pour les activités dont l'objet est en rapport avec la fonction ou constitue le prolongement de celle-ci. La loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique a assoupli le régime des cumuls dans des termes précisés par le décret du 2 mai 2007.

2° Obligation de *désintéressement*. Il est interdit à tout fonctionnaire d'avoir dans une entreprise en relation avec son service des intérêts de nature à compromettre son indépendance (art. 25).

Ceci est prolongé par l'intervention de commissions de déontologie consultées lors du passage d'un agent public vers le secteur concurrentiel (loi du 17 février 1995).

3° Obligation de *discretion professionnelle* pour tous les faits dont le fonctionnaire a connaissance par son service (art. 26).

4° *Obéissance hiérarchique*. L'obéissance hiérarchique est une obligation du fonctionnaire qui résulte de l'organisation de la fonction publique ; celle-ci repose en effet sur l'institution de la *subordination hiérarchique*. Le devoir d'obéissance hiérarchique apparaît à l'occasion des *ordres* que le supérieur peut toujours donner au subordonné pour l'exécution du service.

Ces ordres peuvent être individuels ou généraux ; c'est à la seconde forme que l'on réserve plus spécialement le nom d'*instructions* ou *circulaires* ; l'instruction est la manifestation du pouvoir de donner des ordres par voie générale.

Les ordres, fondés sur le principe hiérarchique, sont obligatoires pour le fonctionnaire, mais ne lient pas les particuliers ; nous avons déjà vu qu'il n'y a pas là l'exercice d'un pouvoir réglementaire, mais d'un pouvoir intérieur à la fonction publique.

Le devoir d'obéissance du fonctionnaire est-il illimité ? La question des limites du devoir d'obéissance se pose dans l'hypothèse de l'ordre illégal donné par le supérieur. Le fonctionnaire peut-il se refuser à obéir à un ordre illégal ? N'est-il pas même tenu de s'y refuser (devoir de désobéissance) ? La solution (art. 28 du statut général) est que le subalterne ne doit pas obéir si l'ordre est « manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ». Cette solution s'harmonise avec la solution du droit pénal qui, sauf dans certaines hypothèses particulières, n'admet pas que l'ordre du supérieur constitue, lorsqu'il y a eu délit pénal commis par le fonctionnaire, un fait justificatif ou une excuse absolutoire.

5° *L'obligation de réserve* est principalement une construction de la jurisprudence et elle en a la souplesse. Elle est proportionnée à l'impor-

tance et aux caractères des fonctions exercées. Elle interdit à l'agent d'exprimer, dans le service ou hors celui-ci, des opinions de nature à discréditer sa fonction ou l'administration à laquelle il appartient (v. aussi *infra*, section suivante).

Section 4

Le fonctionnaire et les libertés publiques

Le principe de la subordination hiérarchique doit être combiné avec l'exercice par le fonctionnaire des libertés publiques dont bénéficient la généralité des citoyens. C'est là une des questions les plus délicates et les plus ardemment débattues que soulève le régime de la fonction publique.

§ 1. La liberté d'opinion

Dans une démocratie libérale, la liberté d'opinion du fonctionnaire ne peut pas être totalement exclue. Mais cette première idée est à concilier d'une part avec celle de la « neutralité du service public »¹⁰, d'autre part avec la variété de caractère des diverses fonctions publiques. D'où les principes directeurs suivants.

1° *Dans l'exécution du service*, le devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public interdit au fonctionnaire de faire de la fonction un instrument ou une occasion de propagande quelconque.

2° *En dehors du service*, c'est la liberté d'expression qui constitue le principe. L'appartenance, même militante, à un parti politique, l'action écrite ou verbale, font, par exemple, partie de cette liberté.

Celle-ci a cependant une limite qui consiste dans un certain devoir de réserve : même dans sa vie privée, le fonctionnaire ne doit pas donner à l'expression critique de ses opinions une forme grossière ou insultante¹¹. Mais la jurisprudence admet que l'exercice d'un mandat syndical, sans dispenser de l'obligation de réserve, est de nature à la rendre moins

10. CE, 3 mai 1950, *Dlle Jamet*.

11. CE, 11 juillet 1939, *Ville d'Armentières*, Rec. Lebon, p. 468 : violentes attaques écrites d'un fonctionnaire municipal contre son maire.

exigeante, dans l'intérêt de la liberté et de l'efficacité de l'action syndicale ¹².

3° Au-delà de l'expression des opinions, la liberté même d'adhérer aux opinions, ou liberté de conscience du fonctionnaire est, en principe, entière et, par exemple, préservée par l'interdiction de faire figurer au dossier du fonctionnaire aucune mention relative à ses opinions politiques, philosophiques ou religieuses.

Mais, pour mesurer les conséquences de la liberté d'opinion, on doit tenir compte du cas particulier des titulaires d'emplois supérieurs : comme on l'a dit, l'autorité hiérarchique dispose, à leur égard, d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de mettre fin à leurs fonctions en considération, éventuellement, de leurs opinions, en particulier de leur loyalisme politique.

§ 2. La liberté de groupement

Avant 1946, la question du droit pour les fonctionnaires de se grouper était ardemment discutée et donnait lieu à une divergence profonde entre les solutions jurisprudentielles et l'attitude des pouvoirs publics :

Les tribunaux décidaient que les fonctionnaires pouvaient former des associations soumises au régime de la loi de 1901, mais non des syndicats selon la loi de 1884. Mais la pratique gouvernementale tolérait la formation et l'action des syndicats aussi bien que des associations de fonctionnaires.

Depuis 1946, la question ne se pose plus. Non seulement le préambule de la Constitution de 1946 reconnaît le droit syndical à « tout homme », mais encore les statuts de 1946, de 1959 et de 1983-1984 le reconnaissent expressément au profit des fonctionnaires dans les conditions suivantes :

1° Les syndicats de fonctionnaires relèvent du droit commun (code du travail).

2° Le statut adopte une conception large des attributions des syndicats : d'une part, ils peuvent agir en justice pour la « défense des intérêts collectifs des fonctionnaires » ; d'autre part, ils ont un rôle important et décrit par la loi dans l'organisation du service, à l'occasion de la désignation et du fonctionnement des différents organismes paritaires.

12. CE, 25 mai 1966, *Rowe*, D., 1967, p. 6, concl. Rigaud.

§ 3. Le droit de grève

Jusqu'à 1946 le droit de grève était refusé aux fonctionnaires, le principe de la continuité de fonctionnement des services publics étant considéré comme devant prévaloir sur toute autre considération. La jurisprudence du conseil d'État voyait dans la grève du fonctionnaire une faute disciplinaire grave et admettait même que le fonctionnaire gréviste, « se plaçant lui-même en dehors des lois et règlements », fût révoqué sans que l'administration ait à suivre les règles de la procédure disciplinaire.

Depuis 1946 les solutions sont différentes.

Le préambule de la Constitution de 1946 dispose que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », sans faire de distinction entre agents publics et salariés privés. Le conseil d'État en a déduit d'une part que la grève des fonctionnaires n'est plus, en elle-même et en toute hypothèse, illicite, et, d'autre part, que, en l'absence de la réglementation générale annoncée par le préambule de 1946, il appartient au gouvernement, responsable du fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle éventuel du juge de l'excès de pouvoir, les limitations qui peuvent être apportées, au nom de la continuité, à l'exercice du droit de grève¹³ ; cette seconde solution est en contradiction avec la position du conseil constitutionnel qui décide que la « réglementation » du droit de grève prévue par la Constitution ne peut être opérée que par le législateur¹⁴.

La Constitution de 1946 n'a, en effet, pas été suivie de la réglementation législative générale prévue mais seulement de certains textes particuliers : d'une part, divers textes législatifs ont interdit l'usage de la grève à certains corps (police, CRS, gardiens de prisons) ; d'autre part, une loi du 31 juillet 1963, « relative à certaines modalités de la grève dans les services publics », a institué la règle du préavis obligatoire de cinq jours et interdit les « grèves tournantes ».

La jurisprudence *Dehaene* donne au gouvernement deux moyens d'imposer, à l'occasion d'une menace de grève dans un service public, des limitations à son exercice.

D'une part, le gouvernement peut, en une telle occasion, interdire la grève à certains agents pour des motifs tirés des nécessités du service.

D'autre part, et pour les mêmes motifs, le gouvernement peut utiliser le droit de réquisition des personnes à l'égard des agents grévistes, après que ce droit aura été ouvert par un décret de réquisition.

13. CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, RDP, 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline.

14. C. const., 22 juillet 1980 et 22 octobre 1982.

Dans les deux cas, le juge de l'excès de pouvoir contrôle éventuellement si les motifs de l'interdiction et la détermination des agents visés sont en rapport avec les exigences du service public et de l'ordre public.

Par ailleurs, les sanctions disciplinaires, au cas de grève illicite, ne peuvent être prononcées contre les agents grévistes qu'avec observation des règles et garanties de la procédure disciplinaire.

Enfin, même au cas de grève licite, l'administration est en droit d'opérer, sur le traitement de l'agent gréviste, les retenues correspondant aux journées de grève ¹⁵.

Section 5

La répression disciplinaire

La sanction des obligations du fonctionnaire réside dans la répression disciplinaire qui est le pouvoir du chef hiérarchique de punir le fonctionnaire lorsqu'il a commis une faute dans l'exercice de ses fonctions.

§ 1. Nature de la répression disciplinaire

La caractéristique de la répression disciplinaire est d'être liée à la fonction, à la fois en ce qui concerne le motif qui la provoque et la nature de la sanction.

A Sanction disciplinaire et sanction pénale

Elle est différente et indépendante de la répression pénale. Cette indépendance apparaît lorsqu'un fonctionnaire est, pour un même fait, poursuivi devant un juge pénal et devant l'autorité disciplinaire : 1° si la faute commise est à la fois pénale et disciplinaire, il subira les deux répressions, l'indépendance des deux répressions consistant dans la possibilité de leur cumul ¹⁶ ; 2° une relaxe pénale ne s'oppose pas à une

15. V. G. Melleray, *Les retenues pécuniaires pour fait de grève dans les services publics*, AJDA, 2003, p. 1648.

16. CE, *Bonny*, 16 avril 1936, Rec. Lebon, p. 881.

sanction disciplinaire, l'indépendance des répressions se manifestant par une *définition différente des fautes* pénale et disciplinaire¹⁷.

B Sanction disciplinaire et mesure d'organisation du service

La mesure disciplinaire se distingue de la mesure administrative. Ces deux types de mesures peuvent avoir le même contenu et les mêmes effets ; par exemple le licenciement pour suppression d'emploi, la mise à la retraite pour ancienneté, le déplacement dans l'intérêt du service ont les mêmes résultats que la révocation, la mise à la retraite d'office, le déplacement disciplinaire.

Mais ces deux types de mesures se différencient parce que les secondes ont pour motif une faute commise et pour but la répression de cette faute, alors que les premières ont pour motif et but l'intérêt du service. La distinction est capitale parce que les mesures administratives n'étant pas assujetties à la procédure disciplinaire, l'administration peut être tentée de camoufler une mesure disciplinaire en la faisant passer pour une mesure administrative, plus facile à prononcer ; il y a là une application typique du détournement de pouvoir que le juge, s'il est saisi, sanctionnera.

La tendance générale du régime disciplinaire est de se juridictionnaliser, c'est-à-dire, en vue de donner des garanties aux fonctionnaires, d'emprunter certaines règles de fond et de forme d'une répression de type juridictionnel. Cette tendance, cependant varie selon les aspects du régime disciplinaire.

§ 2. Les fautes disciplinaires

C'est le domaine où la juridictionnalisation est la moins poussée, en ce sens qu'il n'existe pas d'énumération légale des fautes, comparable au principe de droit pénal de la légalité des délits. C'est l'autorité chargée de la répression disciplinaire qui apprécie si un fait donné présente un

17. Cependant, si la décision du juge pénal constate l'inexistence matérielle du fait incriminé, cette constatation lie l'autorité disciplinaire en conséquence du principe de l'autorité de la chose jugée ; mais, l'autorité disciplinaire n'est pas liée par les décisions pénales prononçant l'acquiescement au bénéfice du doute (CE, 11 mai 1956, *Chomat*, D., 1956, p. 469, concl. Laurent).

caractère suffisamment répréhensible pour justifier une sanction disciplinaire. Cette appréciation est du reste contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir¹⁸.

§ 3. Les sanctions disciplinaires

S'il ne définit pas la faute disciplinaire, le statut énumère par contre les sanctions disciplinaires (art. 66, Titre I) réparties en quatre groupes. Ce sont : 1° l'avertissement et le blâme ; 2° la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire pour une durée de 15 jours maximum, le déplacement d'office ; 3° la rétrogradation, l'exclusion pour une durée de 6 mois à 2 ans ; 4° la mise à la retraite d'office et la révocation.

Le juge contrôle, dans les termes de l'erreur manifeste, le caractère proportionné de la sanction à la faute reprochée à l'agent¹⁹.

§ 4. La procédure disciplinaire

La tendance à la juridictionnalisation se manifeste ici par l'existence de règles obligatoires de procédure établies dans l'intérêt des fonctionnaires pour lesquels elles constituent des garanties ; ces règles viennent limiter cet aspect du pouvoir du chef hiérarchique. Les deux institutions essentielles sont :

1° L'intervention des *commissions administratives paritaires*, qui jouent le rôle de conseils de discipline. Leur consultation n'est pas obligatoire pour l'avertissement et le blâme. Pour toutes les autres sanctions, elles doivent être consultées et le fonctionnaire peut, devant elles, déposer des observations, citer des témoins et se faire assister d'un défenseur. Le conseil supérieur de la fonction publique joue le rôle d'organe supérieur de recours susceptible d'être saisi par la commission, lorsque le chef de service n'a pas suivi ses propositions ; le conseil supérieur n'a lui-même qu'un rôle consultatif (avis ou recommandations).

Cependant, pour certains fonctionnaires dits « inamovibles », le chef hiérarchique doit obligatoirement suivre la décision du conseil de disci-

18. CE, 14 janvier 1916, *Camino*, RDP, 1917, p. 463, concl. Corneille, note G. Jèze.

19. CE, 9 juin 1978, *Lebon*, Rec. Lebon, p. 245 ; AJDA, 1978, p. 573, concl. B. Genevois, note SS ; D., 1978, inf. rap., p. 361, observ. P. Delvolvé — 26 juillet 1978, *Vinolay*, AJDA, 1978, p. 573, concl. Genevois, observ. SS.

pline ; celui-ci devient alors une véritable juridiction disciplinaire. Il en est ainsi pour les membres de l'enseignement supérieur et secondaire justiciables des conseils de l'instruction publique et les magistrats justiciables du conseil supérieur de la magistrature.

2° La règle de la *communication du dossier*, établie par la loi du 22 avril 1905, article 65, consiste en ce que tout fonctionnaire a droit, avant de faire l'objet d'une sanction disciplinaire, de prendre communication personnellement et confidentiellement et en temps utile de l'ensemble de son dossier ²⁰.

3° *Suspension exceptionnelle des garanties disciplinaires*. — En temps de guerre le législateur suspend ordinairement l'obligation d'appliquer les garanties disciplinaires (par exemple : DL, 1^{er} septembre et 18 novembre 1939) ; le conseil d'État a même jugé, à l'occasion de la guerre de 1914, qu'une telle suspension avait pu légalement être faite par simple décret, en application de la théorie des pouvoirs de guerre ²¹.

20. On a vu plus haut que la règle de la communication du dossier a une application plus étendue que la procédure disciplinaire ; elle joue, en effet, en cas de mise à pied *non disciplinaire* des hauts fonctionnaires. Plus généralement, elle s'applique à toutes les mesures « prises en considération de la personne ».

21. V. *supra* cette théorie et l'arrêt CE *Heyriès*, 28 juin 1918, S., 1922, p. 49, note Haurion.

Cinquième partie

Le droit administratif des biens ¹

En droit administratif, comme en droit civil, il existe une théorie générale des biens. Il s'agit ici des biens utilisés par l'administration dans l'exercice de ses différentes attributions et pour se donner les moyens de celui-ci. Le droit des biens détermine ainsi les régimes administratifs applicables pour se procurer ces biens, les réaliser, les conserver et les entretenir.

Il faut cependant reconnaître que la conscience d'un droit des biens de l'administration, constituant un chapitre homogène du droit administratif, est relativement récente. Pour des raisons qui tiennent sans doute aux sources du droit administratif et aux méthodes d'analyse des premiers auteurs (on pense par exemple aux répertoires alphabétiques du XIX^e siècle), les différents aspects du droit des biens ont été traditionnellement exposés sans lien entre eux.

Plan — De premières réflexions, qui sont communes à l'ensemble des développements qui suivent, portent sur la notion de propriété publique, comprise comme le rapport de droit qui unit les collectivités publiques à leur patrimoine ; on verra l'importance et le caractère central de cette notion pour la compréhension de l'ensemble de la matière (chapitre préliminaire). On traitera ensuite successivement des biens du domaine public et des biens du domaine privé entre lesquels se répartissent les

1. **Biblio.** — J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby et Ph. Terneyre, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 2008 — Ph. Godfrin et M. Degoffe, *Droit administratif des biens*, Masson, 2007 — Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 2008 — R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 2001 — Ch. Lavialle, *Droit administratif des biens*, PUF, 1996. — Ch. Guettier, *Droit administratif des biens*, PUF 2008 — J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, tome 2, LGDJ 2008 — V. aussi ss. dir. Ph. Yolka, *Juris-classeur Propriétés publiques*.

propriétés publiques (Titre I) puis des modes d'acquisition ou de disposition forcée des biens par voie d'expropriation ou de réquisition (Titre II) et des travaux publics (Titre III).

Titre 1

Le droit de la propriété publique¹

On traitera successivement, dans un chapitre préliminaire, de la notion de propriété publique, puis des biens publics, rangés dans le domaine privé et dans le domaine public des personnes publiques ; enfin, spécialement du régime de la domanialité publique.

1. **Biblio.** — Outre les ouvrages généraux relatifs au droit administratif des biens dont les références sont données sous l'intitulé de cette cinquième partie : L. Dementhon, *Traité du domaine de l'État*, Dalloz, 1964 — J. Dufau, *Le domaine public*, éd. Moniteur, 2 vol., 1990 — Y. Brard, *Domaines public et privé des personnes publiques*, Dalloz, comm. du droit, 1994 — M. Lagrange, *L'évolution du droit de la domanialité publique*, RDP, 1974, p. 1 — D. G. Lavroff et a., *Le domaine des collectivités locales*, Encycl. Dalloz, coll. loc. tome IV, p. 5003 et s. — J. P. Lebreton, *Le domaine public*, Doc. fr. 1998 — Y. Lenoir, *Les domaines de l'État et des autres collectivités publiques*, Sirey, 1966 — v. aussi La thèse de Ph. Yolka, *La propriété publique, Éléments pour une théorie*, Th. Paris II, LGDJ, 1997.

Chapitre préliminaire

La notion de propriété publique

Quelle est la nature du droit des collectivités publiques sur les biens qu'elles détiennent ? S'agit-il d'un droit de propriété, sinon identique au droit de propriété des personnes privées, du moins analogue à celui-ci et de la même nature ? Ou bien au contraire la personnalité publique de ces collectivités et l'intérêt général qui les guide impliquent-ils un droit de nature différente, leur assurant la maîtrise du bien dans des termes autres que la propriété ?

Si la question s'est posée, c'est que, traditionnellement les biens des personnes publiques se distribuent, selon leur nature ou l'affectation qu'ils servent, en biens du domaine privé et biens du domaine public ; peu importe ici les critères de cette distinction ; il suffit de dire qu'elle est exhaustive et que tous les biens publics font partie soit du domaine privé, soit du domaine public. Or si la question de la nature du droit exercé sur ces biens n'a jamais fait difficulté pour les biens du domaine privé, on a longtemps considéré la domanialité publique comme un régime substitué à la propriété, de telle sorte qu'était écartée toute idée de propriété des collectivités publiques sur les biens de leur domaine public.

Plan du chapitre. — Cette thèse négatrice de la propriété publique sur le domaine public qui a pu s'appuyer notamment sur la rédaction de l'article 538 du code civil, est aujourd'hui abandonnée, ainsi que le consacre explicitement le nouveau code général de la propriété des personnes publiques annexé à l'ordonnance du 21 avril 2006 qui abroge l'article 538 du code civil (sect. I) ; dès lors qu'est reconnue une véritable propriété publique distincte de la domanialité publique, s'entendant d'un droit de propriété des personnes publiques sur l'ensemble de leurs biens, c'est sur les caractéristiques de ce régime de propriété et sa comparaison avec la propriété du droit privé que la réflexion doit porter (sect. II).

Section 1

L'affirmation d'un droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens

Comme il a été dit plus haut, le droit de propriété des personnes publiques sur les biens du domaine privé n'a jamais été contesté. C'est en revanche à propos des biens du domaine public qu'à des thèses négatrices du droit de propriété a succédé, pour s'imposer nettement aujourd'hui, la thèse d'une propriété, non différente dans son principe de celle qui s'exerce sur le domaine privé.

§ 1. Arguments dans le sens de la propriété

A Arguments logiques et doctrinaux

En faveur de l'idée de propriété, on a d'abord fait valoir que les objections qui y étaient faites ne sont pas décisives et qu'à l'inverse de nombreux arguments militent en sa faveur. Ces objections se ramènent en définitive à souligner les différences qui séparent la domanialité publique de la propriété privée individualiste.

À ceci, deux genres de répliques ont pu être faites.

D'une part, ces différences ne sont pas absolues. Sans parler de l'évolution de la propriété privée vers un régime moins individualiste et moins absolu, les éléments classiques de cette propriété ne sont pas totalement exclus du domaine public : l'*usus* existe au moins pour le domaine affecté aux services publics ; le *fructus* apparaît dans les revenus et utilités diverses que l'administration retire de plus en plus souvent de son domaine public ; quant à l'inaliénabilité, elle prouverait plutôt la propriété, car l'interdiction d'aliéner serait inutile si l'État n'était pas propriétaire¹.

D'autre part, il est difficile d'admettre que la désaffectation du domaine public, qui a pour effet de permettre son aliénation, ait pour vertu de créer un droit de propriété qui ne préexistât pas².

Enfin, s'il est vrai que ces rapprochements laissent subsister entre la domanialité publique et la propriété privée des différences, il n'est nullement établi que la propriété privée individualiste du code civil

1. Bonnard, *Droit administratif*, p. 549.

2. Hauriou, *Droit administratif*, p. 639.

constitue le seul type possible de propriété et qu'il ne puisse y avoir à côté d'elle une propriété du droit administratif. La propriété elle-même s'est considérablement diversifiée et accueillie des régimes juridiques nettement différenciés : propriété commerciale, multiplication et différenciation des formes de propriété incorporelle, copropriété et propriétés collectives, etc.

B La jurisprudence et la législation

La thèse de la propriété des personnes publiques sur leurs biens et dépendances, y compris ceux qui sont rangés dans le domaine public, a été consacrée par la jurisprudence.

On trouve cette solution d'abord affirmée de manière explicite dans des propositions incidentes ou dans la terminologie employée par de nombreux arrêts³.

Pour sa part, le conseil constitutionnel, invoquant « le fondement des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due », a affirmé dans une formule de principe — qui a été reprise par plusieurs décisions ultérieures — que « cette protection constitutionnelle du droit de propriété ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »⁴.

Le législateur enfin a appliqué la notion de propriété aux différentes catégories de dépendances du domaine public. Le statut du 24 vendémiaire an XI déclare les chemins vicinaux propriété communale ; par un arrêt de 1836, la cour de cassation reconnaît l'État « réputé propriétaire des chemins et routes »⁵. Les lois du 21 mai 1836 et du 10 mai 1838 consacrent la propriété respectivement des communes et des départements sur leurs biens. La loi départementale du 10 août 1871, article 59, classe certaines routes anciennement nationales « parmi les propriétés départementales ». L'article 18 de la loi du 13 août 2004 transfère aux départements la propriété de nombreuses voies antérieurement nationales.

3. Par ex., CE 17 jany. 1923, *Piccioli*, concl. Corneille, S. 1925, 3, 17, note Hauriou ; le conseil d'État fait état, à propos du port d'Oran, de « terrains appartenant à l'État » — C. cass. 11 déc. 1934, D. 1935, p. 99 : « la propriété du sol de la voie publique emporte celle du dessus » — CE 17 mai 1946, *Min. travaux publics c/ Cne du Vieux-Boucau*, S. 1947-II, p. 9 : l'État est « propriétaire du cours d'eau et de son lit » — CE 8 mai 1974, *Giraud et Truchefaud*, AJDA 1974, p. 379, concl. Rougevin-Baville : le juge s'y interroge sur « la propriété » d'une commune sur un passage public — CE 8 juin 1990, *Cne du Vigen, c/ Epix Habrias*, Rec. Lebon, p. 935 : la propriété publique, s'agissant de biens du domaine public, est affirmée comme allant de soi.

4. C. consti. 25-26 juin 1986, à propos des lois de privatisation, Rec. p. 61.

5. C. cass. civ. 16 février 1836, *Labarre*, S. 1836.I, p. 411.

§ 2. Consécration de la propriété publique par le code du 21 avril 2006

A Affirmation textuelle

Le code général de la propriété des personnes publiques annexé à l'ordonnance du 21 avril 2006, outre pour la première fois un exposé ordonné et cohérent de la matière et à travers celui-ci, est vraiment fondamental et principiel dans son orientation, son mouvement général, son architecture, le changement radical apporté dans la conception même du droit des propriétés publiques, désormais ordonnée — comme l'indique l'intitulé du code — autour de la notion de propriété.

Les personnes publiques sont des propriétaires ; le droit qu'elles exercent sur l'ensemble de leurs biens est un droit de propriété ; et le code s'emploie à réglementer ce droit de propriété, au stade de l'acquisition des biens, dans l'exercice des droits, prérogatives et obligations du propriétaire et relativement aux modes de cession des biens, avec, à chaque fois, les caractéristiques propres attachées à la personnalité publique du propriétaire et à l'exercice de ses compétences au service de l'intérêt général.

Alors que par le passé, le droit des propriétés publiques, souvent confondu avec la domanialité publique, était largement resté un droit directement tributaire des faits, celui de solutions particulières, sans cohérence entre elles ni vue d'ensemble, voire contradictoires, le code de 2006 pose les principes généraux de la matière qui valent pour l'ensemble des propriétés publiques et pour l'ensemble des personnes propriétaires publics.

B Reprise de la doctrine moderne

La matière de ces principes était disponible, pour avoir été dégagée par une doctrine universitaire abondante et récente. Celle-ci faisait apparaître que, aujourd'hui, l'idée de propriété correspond bien aux tendances générales de notre droit administratif en matière de domanialité publique. Plus encore peut-être que pour expliquer telle ou telle solution jurisprudentielle particulière, l'appel à la notion de propriété paraît utile pour rendre compte des tendances générales de la doctrine moderne en matière de domanialité.

Car la théorie du domaine est l'une de celles où se manifestent le plus clairement la relativité et l'évolution des concepts juridiques : l'exclusion de l'idée de propriété a pu, à cet égard, être utile à certaines

époques pour préserver les droits du public contre une conception volontiers trop patrimoniale du domaine public. Mais, aujourd'hui, c'est un besoin inverse qui se manifeste : celui de favoriser pour l'administration l'exploitation de son patrimoine, et notamment des utilités économiques que peut comporter le domaine public considéré comme un bien, une richesse collective.

C Propriété publique et domanialité publique

Désormais, il n'est plus possible de confondre la domanialité publique et la propriété publique ou, plus exactement, de faire de la domanialité publique un régime de propriété. La propriété publique, entendue comme la propriété d'une personne publique sur un bien, n'absorbe pas la domanialité publique. Il existe une notion juridique de propriété publique, où se retrouvent les éléments caractéristiques de la propriété du droit privé. Celle-ci est complétée et réformée, à des degrés divers, par la « superposition » de régimes de domanialité publique ou privée, qui peuvent d'ailleurs se succéder à l'égard d'un même bien : bien du domaine privé que son affectation à une utilité publique soumet au régime de domanialité publique ; dépendance du domaine public désaffectée et déclassée pour relever du régime du domaine privé.

Les personnes publiques sont des propriétaires ; la domanialité (on devrait dire les domanialités, dont la domanialité publique) est un régime d'affectation. La propriété des personnes publiques est placée, comme toute propriété, sous la sauvegarde spécifique du juge judiciaire. La domanialité publique étant un régime d'affectation, commandé par l'affectation d'un bien à l'intérêt général, il s'agit d'un régime de droit public, dont l'application et le respect sont confiés au juge administratif.

Le régime de domanialité publique apparaît alors comme une réglementation supplémentaire, s'ajoutant aux droits et obligations que la personne publique tient de sa qualité de propriétaire du bien ; on a pu dire que la domanialité publique était comme un voile — le voile de l'affectation à l'utilité publique — qui s'étend sur la propriété publique, sur certaines propriétés publiques ⁶.

Ainsi la domanialité (et en particulier la domanialité publique) n'est jamais un substitut du régime de propriété. Elle est d'une autre nature et, si elle peut, momentanément, affecter l'exercice de certains attributs de la propriété, elle ne fait pas disparaître celle-ci ; tout au contraire, comme on le verra, la propriété publique est une condition — la première

6. Y. Gaudemet, *L'avenir du droit des propriétés publiques*, Mél. Fr. Terré, p. 567).

et la plus absolue — du régime d'affectation de domanialité publique. La propriété est constante ; mais elle reçoit des « corrections » temporaires et variées, affectant tel ou tel de ses attributs (notamment la faculté d'aliéner) en fonction des affectations d'utilité publique que lui donnent les personnes publiques « maîtres du domaine »⁷.

D Les mutations domaniales

Il n'est guère qu'une matière où les règles adoptées par la jurisprudence — et aujourd'hui consacrées par le code du 21 avril 2006 — sont en contradiction avec la thèse de la propriété : c'est celle des mutations domaniales.

Selon cette construction l'État conserve une sorte de droit éminent sur les dépendances du domaine public des autres collectivités et personnes publiques, qui lui permet unilatéralement d'en modifier l'affectation. En cela elle est évidemment mal en harmonie avec la reconnaissance à ces collectivités et personnes publiques d'un véritable droit de propriété, puisqu'elle consiste à leur refuser les prérogatives d'utilisation et d'affectation de biens dont elles sont propriétaires pour les reconnaître à l'État qui n'en est pas propriétaire.

On faisait cependant valoir que cette jurisprudence, au moins celle du conseil d'État, au demeurant réduite à quelques espèces, présentait ce caractère davantage par les résultats recherchés (consacrer le rôle de l'État comme une sorte de « régulateur » de l'affectation des propriétés publiques) que par ses intentions ; et dès lors on avait cru en pouvoir annoncer l'abandon.

Tout au contraire, la construction des mutations domaniales a été formellement consacrée par le code général de la propriété des personnes publiques du 21 avril 2006. L'article L. 2123-4 du code dispose : « lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale ou un établissement public, l'État peut, pour la durée correspondant à la nouvelle affectation, procéder à ces modifications en l'absence d'accord de cette personne publique », renvoyant à un décret en conseil d'État le soin d'en déterminer les conditions d'application. La théorie des mutations domaniales est ainsi formellement consacrée dans la loi.

Peu auparavant, le conseil d'État au contentieux avait affirmé le droit que « le premier ministre ou les ministres intéressés tiennent des principes généraux qui régissent le domaine public de décider pour un motif

7. V. sur tout ceci, Ph. Yolka, *La propriété publique, Éléments pour une théorie*, Th. Paris II, LGDJ, Biblio, droit public, 1997.

d'intérêt général de procéder à un changement d'affectation d'une dépendance du domaine public d'une collectivité territoriale »⁸.

Cette reconnaissance des mutations domaniales sous cette forme, à l'initiative de l'État, est critiquable. Sans doute, il n'est pas question de nier les compétences et responsabilités particulières de l'État pour régler l'ordre des propriétés, tant privées que publiques d'ailleurs ; mais l'instrument pour ce faire existe ; il est fondé et déterminé dans ses caractéristiques par la Constitution ; c'est le droit d'expropriation dont il n'est pas inutile de rappeler ici que la mise en œuvre est un monopole de l'État. Un texte en ce sens avait été proposé lors de l'élaboration du code, qui n'a pas été retenu : « l'État peut exproprier les biens du domaine public ou privé des collectivités locales ou des établissements publics, pour un motif d'intérêt public national et dans les conditions ordinaires du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique »⁹.

Ajoutons que la consécration explicite par le nouveau code des transferts en propriété de biens du domaine public, sans déclassement, entre personnes publiques (art. L. 3112-1 CG3P), montre bien que le changement dans l'ordre des propriétés n'est pas interdit dès lors qu'un nouvel intérêt public, mis en œuvre par une autre personne publique, le justifie.

Section 1

Le régime de la propriété publique

La propriété publique, entendue comme la propriété des personnes publiques sur leurs biens, est-elle d'une nature différente de celle qu'une personne privée exerce sur ses biens ? Admettre en effet — comme c'est le cas aujourd'hui (*supra*, sect. I) — que les personnes publiques sont propriétaires de leurs biens, ceux qui relèvent du domaine public comme ceux du domaine privé, laisse entière la question de savoir si cette propriété est ou non de même nature que celle des personnes privées.

À cette question, la tendance est aujourd'hui à répondre par l'affirmative : la propriété publique est de même nature que la propriété privée ; la thèse, un moment soutenue, d'une propriété publique distincte de la propriété privée, est généralement abandonnée.

8. CE, 23 juin 2004, *Commune de Proville*, Rec. Lebon p. 259 ; RJP 2005, p. 75, concl. M. Guyomar.

9. Y. Gaudemet, *La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution*, CJEG-RJP 2004, p. 163.

À quoi s'ajoute que l'assimilation de la propriété publique, entendue comme celle des personnes publiques sur leurs biens, à la propriété privée des particuliers est en harmonie avec l'objectif actuel de valorisation des propriétés publiques.

Si l'on a pu considérer, sous l'Ancien Régime, que l'appropriation du domaine de la Couronne par le roi était d'une nature différente de la propriété des personnes privées, si encore Hauriou, dégagant le premier nettement l'idée de propriété des personnes publiques sur leurs biens, y a vu un moment une propriété d'une nature particulière, ces constructions doctrinales étaient bien adaptées à leur époque et à la fonction de conservation qui dominait alors les biens publics. Mais à cette optique de conservation va succéder, de plus en plus nettement affirmée par les pouvoirs publics, une politique de valorisation des biens publics, y compris ceux relevant d'un régime de domanialité publique, dès lors qu'on admet aujourd'hui que cette valorisation, par la disposition des prérogatives et attributs de la propriété, ne contredit pas l'affectation d'utilité publique dont ces biens sont l'objet et, même, parfois, en est la condition et le moyen naturel.

C'est dans ce contexte que se situe l'importante contribution apportée par la thèse de Ph. Yolka à la réflexion sur les caractéristiques spécifiques de la propriété publique, portant aussi bien sur les biens du domaine privé que sur ceux du domaine public. La propriété publique, de même nature que la propriété privée (entendue elle-même comme la propriété des personnes privées), se caractérise par deux principes spécifiques, celui de l'incessibilité de la propriété publique en-deçà de son juste prix et celui de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques.

§ 1. L'incessibilité à vil prix de la propriété publique

En soi la règle selon laquelle les propriétaires publics ne peuvent céder, aliéner ou échanger leurs biens sans contrepartie effective n'a rien de surprenant. Elle n'est que l'expression, dans le droit des biens, du principe selon lequel les personnes et collectivités publiques ne peuvent pas consentir de libéralités ; et cela tout simplement parce que les biens qu'elles possèdent, acquis par des derniers publics, sont directement ou indirectement le support de l'intérêt général dont elles ont la charge. L'interdiction d'aliéner à vil prix rejoint ainsi la prohibition plus générale des libéralités qui est traditionnelle en droit public ¹⁰.

10. CE, 17 mars 1893, *Chemins de fer de l'est*, D. 1894, p. 119, concl. Romieu — 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré de l'Hay-les-Roses*, RJEP 2003, p. 556, observ. J. Gourdou et Ph. Terneyre.

Ce principe, somme toute assez naturel, a été relayé par une jurisprudence du conseil constitutionnel inaugurée par la décision des 25-26 juin 1986 (Rec. p. 61). À propos d'une loi d'habilitation permettant des privatisations d'entreprises, le conseil constitutionnel affirme, en fondant cette proposition sur la protection constitutionnelle de la propriété qui résulte de la Déclaration des droits de 1789 ainsi que sur le principe d'égalité, que « la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ».

En elle-même, la Déclaration des droits de 1789 ne commande pas l'incessibilité de la propriété publique à vil prix : la protection constitutionnelle de la propriété est une protection contre l'aliénation forcée, contre l'expropriation irrégulière. La proposition selon laquelle la Constitution s'oppose à ce que des biens appartenant à des personnes publiques soient cédés en deçà de leur valeur ajoute donc à la protection constitutionnelle découlant de l'article 17 de la Déclaration des droits. Cependant cette dernière proposition est elle-même limitée au cas où le cessionnaire est « une personne poursuivant des fins d'intérêt privé ». Aucune protection constitutionnelle spécifique ni prohibition n'existe donc pour d'éventuelles cessions de biens en deçà de leur valeur, par une personne publique, à une autre personne publique ou encore à des personnes privées poursuivant des fins d'intérêt général.

Ajoutons que le conseil d'État au contentieux a retenu une interprétation peu contraignante — mais réaliste — de ces principes protecteurs des propriétés publiques et s'opposant à ce qu'un élément d'un patrimoine public puisse être cédé à vil prix. Il a ainsi jugé que la « cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un prix inférieur à sa valeur ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé, lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général et comprend des contreparties suffisantes » (en l'espèce, engagement de créer quelques emplois sur trois ans) ¹¹.

11. CE, 3 nov. 1997, *Cne de Fougerolles*, Rec. Lebon, p. 391 ; AJDA 1997, p. 1010, observ. critiques L. Richer ; RFDA 1998, p. 12, concl. L. Touvet. — CAA Nantes, 28 avril 1998, *Préfet de la Vendée*, AJDA 2000, p. 951 — CAA Nantes, 6 juin 2006, *Sté Parmentier Paris c/ Cne de Courtenay*, ADJA 2006, p. 2469) et, sur la sanction des obligations souscrites par l'acquéreur, CE 7 juin 2006 *Asselin*, RJEP 2006, p. 355, concl. Ch. Devys.

§ 2. L'insaisissabilité des biens publics

Tranchant un débat qui s'orientait pourtant vers des solutions équilibrées et nuancées, la cour de cassation, par un arrêt de sa première chambre civile du 21 décembre 1987, a affirmé l'existence d'un « principe général du droit », visé comme tel par l'arrêt, « suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables »¹².

L'article L. 2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose à son tour : « les biens des personnes publiques sont insaisissables » reprenant ainsi dans la loi la formule de principe de l'arrêt de la cour de cassation de 1987 cité au paragraphe précédent.

Est en revanche écartée la proposition, souhaitée par beaucoup et formulée lors de la préparation du code général de la propriété des personnes publiques, de considérer spécialement la situation des entreprises publiques à forme d'établissement public pour permette que celles-ci puissent choisir d'offrir en gage un bien, comme facteur de diminution du coût du crédit recherché, dès lors que ce bien n'est pas nécessaire à la continuité du service public¹³.

Ces solutions, sans fondement théorique, ne sont d'ailleurs pas sans aménagement ou exceptions¹⁴.

12. Cass. civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, Bull. I, n° 348, p. 249 ; JCP 1989-II-21183, note B. Nicod.

13. V. not. Y. Gaudemet, *Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques*, RJEP 2007, p. 285.

14. V. not. CE avis, 30 janvier 1992, EDCE 1992, p. 401 — JC 19 mars 2007 *Préfet de la Haute-Vienne*, RDP 2008, p. 293, note M. Seyfritz sous le titre significatif « *Précisions sur la compétence du juge judiciaire pour astreindre l'Etat* ».

Sous-titre 1

Les propriétés publiques :

Domaine public — Domaine privé

Les biens publics constituent une unité qui, selon les moments et les affectations qui leur sont données ou encore selon la parole du législateur, se distribuent en biens du domaine public et biens du domaine privé ; cette distinction épuise la catégorie des biens appropriés par les personnes publiques. La domanialité publique et la domanialité privée apparaissent alors comme des régimes fonctionnels, s'appliquent aux propriétés publiques, et non pas, par elles-mêmes, comme des formes de propriété.

On examinera successivement l'apparition historique et le critère de la distinction du domaine public et du domaine privé (Chap. I), puis la consistance du domaine public (Chap. II) et celle du domaine privé (Chap. III)

Chapitre 1

La distinction du domaine public et du domaine privé

Intérêt et raison d'être de la distinction. — Quel intérêt y a-t-il à distinguer ces deux catégories de biens ? C'est qu'elles sont soumises à des régimes juridiques largement différents.

Le domaine privé est soumis en principe au droit privé ; il est pour la collectivité publique dont il dépend objet de propriété privée pour l'essentiel dans les termes du droit privé ; son contentieux relève des tribunaux judiciaires.

Le domaine public est soumis, en raison de son affectation spéciale à la satisfaction d'un intérêt public, à un régime spécial de droit public comportant tout un arsenal de règles exorbitantes. Il est inaliénable et imprescriptible. Sa protection est assurée pénalement, pour certaines dépendances domaniales, par le régime des « contraventions de voirie ». Sa délimitation est faite selon des procédés sans rapports avec les règles du bornage des propriétés privées. Son contentieux relève des tribunaux administratifs. L'ensemble de ces règles spéciales constitue le régime de la « domanialité ».

En définitive, on retrouve dans la théorie des biens publics, la distinction déjà maintes fois rencontrée (agents de l'administration, contrats de l'administration) d'un secteur soumis au droit privé et d'un secteur animé par des principes spéciaux et soumis à des règles propres au droit public.

Section 1

Origine de la distinction

§ 1. L'héritage de l'Ancien Régime

L'Ancien Régime connaissait un domaine de la Couronne dont le roi, en qualité de souverain, était propriétaire, et qui formait un tout unique ; mais progressivement s'était imposée l'idée d'une distinction entre le patrimoine propre du monarque et les biens attachés à sa fonction, les seconds étant soumis à des règles protectrices spécifiques, opposables en monarque lui-même, notamment l'inaliénabilité (édit de Moulins, 1566).

La Révolution se borna à transporter la propriété de ce domaine de la Couronne entre les mains de la Nation mais elle conserva l'unité du domaine bien que l'on ait cru voir quelquefois, à tort, dans la diversité des expressions employées par le code civil (domaine public, domaine national), l'intention de faire entre ces dépendances des différences de nature.

C'est au cours du XIX^e siècle que se dégagait la distinction moderne ; elle fut l'œuvre des juristes, commentateurs du code civil (en particulier de V. Proudhon, professeur à la Faculté de droit de Dijon, auteur d'un *Traité du domaine public*) ; la jurisprudence et la loi ont ensuite repris et consacré l'œuvre de la doctrine.

La distinction est née de la volonté de soumettre certains biens seulement, parmi tous ceux des personnes publiques, au régime exorbitant de la domanialité et notamment à la règle ancienne de l'inaliénabilité ; c'est essentiellement pour justifier l'application du principe de l'inaliénabilité à certains biens et pour l'écarter pour ceux qui peuvent se passer d'une telle protection que la doctrine a été amenée à imaginer la distinction d'un domaine public et d'un domaine privé. Ces considérations vont d'ailleurs dominer le problème du critérium de la distinction ; il s'agit de savoir quels sont les biens qu'il est utile de ranger dans le domaine public, c'est-à-dire qui ont besoin d'un régime spécial.

Les textes, et d'abord le code du domaine de l'État, confirment cette distinction, mais ils comportent aussi certaines dispositions communes aux biens du secteur privé et du secteur public.

§ 2. La systématisation doctrinale depuis le XIX^e siècle

Deux théories s'opposent en la matière : la première en date, qui cherche le critère du domaine public dans la nature des biens est aujourd'hui abandonnée ; la seconde, qui s'attache à l'affectation des biens annonce la conception moderne.

A Critère tiré de la nature des biens

Au XIX^e siècle, Ducrocq, puis le doyen Berthélémy limitent le domaine public aux portions de territoire destinées à l'usage de tous et non susceptibles de propriété privée, s'appuyant-là sur la formule de l'article 538 du code civil. Ce sont essentiellement les voies publiques, fleuves, quais, etc. Ces auteurs considèrent que l'affectation de ces biens à l'usage de tous les rend insusceptibles de propriété privée ; ils sont donc différents par nature des biens des particuliers ; c'est pour cela qu'une réglementation leur est nécessaire, comportant notamment l'inaliénabilité (on ne conçoit pas qu'une route soit vendue).

Cette conception était donc restrictive. Cependant ses défenseurs l'élargissaient en déclarant que le régime spécial de la domanialité pouvait, s'il en était besoin, être étendu par le législateur à d'autres biens ; il y aurait ainsi, à côté du domaine public par nature, un domaine public par détermination de la loi.

B Critère tiré de l'affectation des biens

On a fait à la théorie précédente deux reproches.

On lui a opposé d'abord que des biens affectés à l'usage de tous ne sont pas inappropriables en soi, par nature, mais seulement par une règle de leur régime (il existe par exemple des voies privées analogues aux voies publiques).

D'autre part, ce critère est trop restrictif ; il refuse la qualité de domaine public à quantité de biens pour lesquels les règles protectrices de la domanialité pourraient être utiles (bâtiments administratifs, objets mobiliers).

1^o Une nouvelle théorie (Hauriou, Duguit) a alors pris pour base la notion essentielle du droit moderne du domaine public : c'est l'affectation du bien qui a paru devoir fournir le critère. Cependant ce critère n'a pas été substitué mais ajouté au précédent en éliminant seulement de

la première théorie la notion reconnue fautive de biens insusceptibles d'appropriation.

La conception moderne consiste ainsi à voir des dépendances du domaine public dans tous les biens qui sont affectés soit à l'usage du public soit au fonctionnement d'un service public.

Cependant, on s'accorde aujourd'hui à reconnaître que, prise à la lettre, cette conception serait exagérément extensive ; point n'est besoin du régime exorbitant de la domanialité pour protéger le crayon d'un employé de ministère.

2° On a alors proposé de limiter la notion de domaine public :

— soit aux biens qui jouent dans le service un rôle prépondérant : les écoles, les palais de justice ne feraient pas partie du domaine public parce que dans ces services ce sont les professeurs et les juges, non les bâtiments, qui jouent le rôle essentiel¹ ;

— soit aux biens irremplaçables : une école ne ferait pas partie du domaine public parce que si elle est brusquement détruite, on trouvera un autre bâtiment pour faire fonctionner le service ; il en va différemment pour une route, un fort, les collections d'un musée² ;

— soit aux immeubles, les meubles demeurant dans le domaine privé³.

3° En résumé, ces propositions doctrinales s'accordent à estimer que le régime de la domanialité publique ne pouvait être étendu à tous les biens affectés aux services publics.

Pour les biens affectés à l'usage du public, il est reconnu par l'unanimité des auteurs et par la jurisprudence qu'ils font partie du domaine public. Mais en ce qui concerne les biens affectés aux services, une limitation apparaît (critère « réducteur » de la domanialité publique).

La jurisprudence s'est alors rangée à la conception qui limite la domanialité publique aux biens qui sont, « par nature ou par des aménagements particuliers, adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier du service public »⁴. L'exigence d'une adaptation *spéciale* constitue ainsi une condition restrictive de la domanialité publique⁵ ; encore ce critère réducteur est-il apparu de moins en moins exigeant.

4° On doit du reste concevoir la domanialité moins comme un bloc uniforme automatiquement applicable avec toutes ses règles à toute

1. Jèze, RDP, 1910-1911.

2. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^e éd., p. 477.

3. V. par exemple : concl. Latournerie sous CE, *Marécar*, 28 juin 1935 ; RDP, 1935, p. 590.

4. CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, D., 1956, p. 681, concl. Long ; 11 mai 1959, *Dauphin*, D., 1959, p. 314, concl. Mayras.

5. 22 avril 1960, *Berthier*, RDP, 1960, p. 1213, concl. Henry : application au cas des promenades publiques.

dépendance domaniale que comme un régime gradué, entraînant soit la totalité soit seulement certaines de ses règles selon les besoins de la dépendance intéressée ; c'est ce que l'on a appelé l'« échelle de la domanialité » (Duguit).

Section 2

Critère de la distinction aujourd'hui

§ 1. Critère général

A La redéfinition du critère de distinction par le code de 2006

L'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose : « sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service ». Et selon l'article L. 2211-1, « font partie du domaine privé les biens des personnes publiques qui ne relèvent pas du domaine public ».

Les biens relevant du domaine public sont donc ceux pour lesquels se vérifie ce critère général, tandis que les autres biens sont à ranger dans le domaine privé des personnes publiques ; il en était de même sous l'empire du code du domaine de l'État de 1957, à ceci près que le critère général d'appartenance au domaine public énoncé par le code n'était pas celui retenu par la jurisprudence. On observe aussi que ce critère général de la domanialité publique est proche de celui, repris par la doctrine et la jurisprudence, du projet de la commission de réforme du code civil.

Prenant acte de ce que faisait jusqu'alors défaut dans la loi une définition exacte et opérationnelle du domaine public, les auteurs du nouveau code ont finalement choisi d'y inscrire une telle définition — ce qui a pu surprendre — qui, partant du critère doctrinal et jurisprudentiel existant, en corrige cependant les imprécisions ou les excès.

Le constat était en effet unanime de l'hypertrophie du domaine public, résultant notamment — mais pas exclusivement — de l'abandon progressif (et mené de façon aléatoire) du critère « réducteur » de l'aménagement spécial, de telle sorte que celui-ci ne remplissait plus sa fonction de

limitation du champ de la domanialité publique. Au terme d'une évolution sur laquelle on aura l'occasion de revenir dans l'étude particulière de la consistance du domaine public, on en était arrivé à la solution que, « le critère de l'aménagement spécial étant secondaire (par rapport au critère de l'affectation à un service public),... lorsqu'un immeuble, propriété d'une personne publique, est le siège d'un service public, cette affectation présume l'aménagement spécial, présume la domanialité publique »⁶.

La définition du domaine public adoptée se veut ainsi « pédagogique » et doit guider le juge, dans les contentieux à venir, vers une interprétation restrictive du nouveau dispositif⁷.

B Éléments de ce critère

Quels en sont les éléments ?

1° En premier lieu, la condition de propriété est conservée : seuls les biens appartenant à une personne publique peuvent relever du régime de domanialité publique. À cela s'ajoute la condition d'une affectation.

2° Lorsqu'il s'agit de l'affectation « à l'usage direct du public », celle-ci emporte à elle seule domanialité publique du bien en cause ; l'ancien critère de l'aménagement spécial, qui avait été étendu par la jurisprudence à certaines dépendances affectées à l'usage direct du public, ne joue plus dans cette hypothèse.

S'agissant en revanche de l'affectation du bien à un service public, la volonté des auteurs de l'ordonnance a été très clairement de retenir une formulation davantage restrictive de la domanialité publique que l'ancien critère de l'aménagement spécial : il s'agit désormais d'un « aménagement indispensable à l'exécution des missions du service public (en cause) » ; c'est ainsi qu'il faut comprendre l'exigence d'un aménagement « indispensable » substitué au qualificatif « spécial », qui ne voulait pas dire grand chose. C'est ainsi encore que l'emploi de la forme verbale du présent (des biens qui « fassent » l'objet d'un aménagement indispensable) vise ouvertement à mettre un terme à la jurisprudence dite de la « domanialité publique virtuelle » ou « par anticipation » en exigeant une affectation au service public certaine et acquise par la réalisation de premiers travaux d'aménagement ; la domanialité publique implique une réalisation effective d'aménagements indispensables et ne saurait résulter d'une intention, même affichée et exprimée publiquement, d'affecter une dépendance déterminée à un service public.

6. D. Labetoulle, concl. ss. CE 3 mars 1978, *Lecocq*, Rec. Lebon, p. 116.

7. Voir le rapport au président de la République, particulièrement riche, qui précède l'ordonnance du 21 avril 2006 et le nouveau CG3P).

§ 2. Qualifications légales spéciales

Multiplication des qualifications spéciales. — Le critère général de distinction des biens du domaine public et de ceux du domaine privé ne s'applique qu'à défaut de dispositions législatives spéciales ; c'est ce que rappelle la première phrase de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui ne formule un critère général de la domanialité publique que « sous réserve de dispositions législatives spéciales ».

Ces dispositions législatives spéciales qui rangent directement une catégorie de biens dans le domaine privé ou dans le domaine public se sont multipliées ces dernières années ; certaines sont reprises par le code général de la propriété des personnes publiques, d'autres lui restent extérieures. Dans tous les cas, il s'agit de dispositions législatives et il ne saurait en être autrement, puisque l'on touche ici à l'exercice du droit de propriété des personnes publiques.

Le code désigne ainsi directement comme faisant partie du domaine privé les réserves foncières et les biens immobiliers à usage de bureaux (art. L. 2211-1) ainsi que les chemins ruraux et les bois et forêts relevant du régime forestier (art. L. 2212-1). Symétriquement, le titre du code relatif à la consistance du domaine public énumère successivement toute une série de dépendances (domaine public maritime, domaine public fluvial, domaine public routier, domaine public ferroviaire, domaine public aéronautique, domaine public hertzien), ainsi que les biens du domaine public mobilier (art. L. 2112-1).

Des textes restés extérieurs au code qualifient directement les biens de certains établissements publics ou de groupements d'intérêt public. Ainsi la loi du 11 décembre 2001 a rangé les biens de La Poste dans le domaine privé de cet établissement public : « art. 23 : les biens immobiliers de La Poste relevant de son domaine public sont déclassés. Ils peuvent être librement gérés et aliénés dans les conditions du droit commun ». Plus anciennement, on a déduit des dispositions de la loi du 9 décembre 1905 et de la loi du 2 janvier 1907 l'appartenance au domaine public de l'État ou des communes, selon le cas, des édifices affectés à l'exercice du culte antérieurement à 1905 ; et cela est d'autant plus remarquable que cette qualification par la loi s'opère alors que les édifices culturels ne sont ni affectés à l'usage direct du public en général ni aux besoins d'un service public (lequel n'existe plus depuis la loi de 1905).

Le cas des bureaux. — L'article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques range encore dans le domaine privé des personnes publiques propriétaires les « biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec de biens immobiliers appartenant au domaine public » L'incorporation

au domaine privé avait déjà été décidée par une ordonnance du 19 août 2004 pour les immeubles de bureaux appartenant à l'État ou à ses établissements publics ; le code du 21 avril 2006 étend la solution aux immeubles de bureaux des collectivités locales.

Quant à la réserve des bureaux « formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public », elle renvoie d'une certaine façon à la notion de domanialité publique globale et répond à l'objectif d'unité de gestion d'un ensemble immobilier qui forme un tout.

§ 3. Mise en œuvre de la distinction

Les critères de la domanialité publique que l'on vient d'indiquer sont déterminants et s'imposent aux collectivités publiques propriétaires. Il en va de même évidemment de la qualification directe de domaine public ou de domaine privé par une disposition législative spéciale.

Ainsi la qualification de domaine public par la collectivité propriétaire, lorsque les conditions de la domanialité publique ne sont pas remplis, est inopérante et l'illégalité de l'acte correspondant est constatée par le juge ⁸.

Symétriquement, lorsque les conditions de fond de la domanialité publique sont réunies, la collectivité propriétaire ne peut prétendre en écarter l'effet « en classant » la dépendance concernée dans son domaine privé ⁹.

Enfin, l'appartenance au domaine public résulte de la seule application des critères de la loi déterminant la composition de celui-ci (ou d'une loi spécifique), sans qu'une décision formelle de classement dans le domaine public soit nécessaire ¹⁰, sauf les cas dans lesquels la loi a elle-même spécialement prévu ce classement et réglé ses modalités, ce qui est le cas — on le verra — pour certaines dépendances domaniales.

8. CE, sect. 21 déc. 1956, *SNCF c/ Giraud*, AJDA, 1957, p. 55, concl. Heumann.

9. CE, 22 avril 1977, *Michaud*, AJDA 1977, p. 441, concl. Franc.

10. TA, Paris, 9 mai 1961, *RATP*, AJDA 1962, p. 178 ; ou, pour les voies urbaines, CE, 19 mai 1976, *Sté coop. La Léonarde*, D. adm. 1976, n° 184.

Chapitre 2

Les biens du domaine public

Pour qu'un bien fasse partie du domaine public il faut d'abord qu'existe une pleine propriété d'une personne publique sur ce bien ; une propriété partielle ou un droit réel démembre ne suffirait pas (sect. 1). Il faut ensuite — mais cette seconde condition est moins précise et davantage évolutive — que le bien soit affecté à une utilité publique (sect. 2). Ces conditions sont cumulatives.

On notera cependant que pour certaines catégories de propriétés publiques, c'est directement et spécialement la loi qui a décidé leur inclusion dans le domaine public, et ceci alors même que pouvait faire défaut la condition d'affectation au public ou à un service public. Si le législateur peut ainsi disposer du critère de l'affectation à une utilité publique, la condition de propriété publique est absolue : il n'y a pas de domaine public hors la propriété d'une personne publique sur les biens en cause.

Section 1

La propriété des collectivités publiques sur les biens de leur domaine public

§ 1. La propriété d'une personne publique : condition de la domanialité publique

A Une propriété publique

La propriété d'une dépendance du domaine public ne peut être détenue que par une collectivité publique ; la propriété publique est la première condition de la domanialité publique.

Un particulier et plus généralement une personne privée ne peuvent jamais être propriétaires de dépendances du domaine public ¹. De même, le conseil d'État annule une délibération locale classant un chemin entretenu par la commune dans la voirie communale, au motif que l'une des parcelles d'assiette de ce chemin étant restée propriété d'une personne privée, ceci faisait obstacle à toute incorporation au domaine public communal ².

Interrogé plus récemment sur l'appartenance ou non au domaine public du siège de l'Agence France-Presse, place de la Bourse à Paris, le conseil d'État émet l'avis que ceux de ces biens qui appartiennent à l'Agence ne peuvent pas faire partie du domaine public au motif que celle-ci « présente le caractère d'un organisme de droit privé *sui generis* » : « dès lors que seules les personnes publiques peuvent être propriétaires d'un domaine public, il résulte de ce qui précède que l'Agence France-Presse ne peut détenir un domaine public qui lui soit propre » ³.

B Une pleine propriété

La domanialité publique exige encore une pleine et entière propriété de la personne publique sur le bien en cause.

C'est ce que le conseil d'État a jugé à propos d'une canalisation, en faisant observer qu'elle n'avait à aucun moment appartenu « dans sa totalité, soit à l'État, soit à une collectivité publique territoriale » ⁴.

Un droit démembré du droit de propriété ne suffirait pas, tel par exemple une copropriété ou, sans doute, un bail emphytéotique.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris puis le conseil d'État ont jugé, à propos d'un bien en copropriété, que celui-ci, pour ce motif, ne pouvait appartenir au domaine public ⁵. Dans cette décision, le commis-

1. CE, 13 janv. 1933, *Chemin de fer de Paris-Orléans*, D. 1934, p. 14, concl. Michel, note Belin — CE 13 mai 1964, *M^{lle} Eberstrarck*, Rec. Lebon, p. 288, refusant le régime de domanialité publique à un cimetière israélien, propriété privée d'une association en application des règles du droit local d'Alsace-Lorraine — CE 26 avril 1967 *Cne de Verzenay*, D. adm. 1967, n° 168 : un mur de soutènement d'une voie publique ne fait pas partie du domaine public dès lors qu'il appartient à un particulier.

2. CE, 18 fév. 1994, *Cne de Dompnac*, n° 112525.

3. CE, avis, 10 juin 2004, EDCE 2005, p. 184 ; RFDA 2004, p. 923, note J. C.

4. CE, 19 mars 1965, *Sté lyonnaise des Eaux et de l'Éclairage*, Rec. Lebon, p. 184, JCP 1966.II.14583, note J. Dufau.

5. CAA Paris, 20 juin 1989, *Min. éco. fin. c/ sté La préservatrice foncière*, RDP 1990, p. 545, note F. Llorens — (CE 11 fév. 1994, *C^e d'assurances Préservatrice foncière*, cah. jur. élec. gaz, 1994, p. 197, chron. P. Sablière, concl. H. Toutée ; AJDA 1994, p. 548, note J. Dufau ; D. 1994, p. 493, note J.-F. Davignon ; JCP 1994, II, 22338, note M.-Ch. Rouault.

saire du gouvernement H. Toutée souligne que seule une pleine propriété réalise la condition de propriété publique de la domanialité publique : « de façon générale, la domanialité publique a pour habitude de tout écraser ; elle exclut les règles, qu'elles soient issues de la loi ou du contrat, qui lui sont contraires » ; plus loin il parle d'une « propriété totale » qui est seule compatible avec la domanialité publique.

§ 2. Les personnes publiques propriétaires de dépendances du domaine public

Il n'y a jamais eu de doute sur la possibilité pour les diverses collectivités publiques territoriales, État, départements, communes, régions, territoires d'outre-mer ou collectivités à statut particulier, d'être propriétaires d'un domaine public.

La question, en revanche, a été longtemps débattue pour les établissements publics. Elle a été tranchée par la jurisprudence : les établissements publics, sans qu'il y ait lieu de distinguer parmi eux, peuvent avoir un domaine public qui leur est propre (A). On doit aussi examiner la question pour les personnes publiques spéciales autres que les établissements publics (B).

A Le domaine public des établissements publics

1^o À la question de savoir si les établissements publics peuvent avoir un domaine public, comme les personnes publiques territoriales, une opinion traditionnelle répondait par la négative : les établissements publics ne pourraient être propriétaires que d'un domaine privé.

Certains textes impliquaient pourtant l'existence d'un domaine public au moins de certains établissements publics (communautés urbaines, selon la loi du 31 oct. 1966). La cour de cassation avait admis depuis assez longtemps que les établissements publics puissent avoir un domaine public ⁶.

Quant au conseil d'État, sa position a d'abord été plus nuancée ; d'un arrêt du 19 mars 1965, *Compagnie lyonnaise des eaux* ⁷ et d'un avis du 19 novembre 1963 (rendu à propos de l'ancien ORTF), il semblait résulter que les établissements publics pourraient être propriétaires d'un domaine public, mais à la condition qu'il s'agisse de biens transférés

6. Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1963, *Montagne*, AJDA 1963 p. 486, note J. Dufau, à propos de la Réunion des musées de France.

7. JCP 1966.II.14583, note J. Dufau.

alors qu'ils faisaient déjà antérieurement partie du domaine public d'une collectivité territoriale (État ou collectivité locale).

Puis, dès les années 1960, le conseil d'État avait admis, dans ses formations consultatives, la possibilité pour certains établissements publics d'être propriétaires d'un domaine public⁸.

Au contentieux, la domanialité publique des établissements publics est implicitement consacrée par le tribunal administratif de Paris à propos d'ouvrages réalisés par l'Établissement public pour l'aménagement de la Défense, en l'espèce l'esplanade dite « Dalle de la Défense »⁹, puis expressément par le conseil d'État dans les arrêts *Epp*¹⁰ et *Mansuy*¹¹.

Cette dernière décision affirme qu'un établissement public peut être propriétaire d'un domaine public « sans qu'y fasse obstacle le caractère industriel et commercial de cet établissement » ; il n'y a donc pas à distinguer à cet égard selon les catégories d'établissements publics. Depuis, la solution est d'application constante : par exemple à propos des biens du Muséum d'histoire naturelle¹². Elle s'applique de même aux associations syndicales de propriétaires¹³.

2° La loi peut cependant décider que des biens appartenant à un établissement public affectés au service public et aménagés à cette fin ne relèvent pas du domaine public de cet établissement public et sont soumis au régime de domanialité privée.

C'est ce que le conseil d'État a jugé à propos d'EDF en constatant que, dès lors que la loi de nationalisation du 8 avril 1946, article 24, avait autorisé EDF à « acquérir des biens de toute nature, à les prendre à bail, à les gérer et à les aliéner dans les conditions du droit privé », ces règles étaient « incompatibles avec celles de la domanialité publique »¹⁴. La solution valait aussi certainement pour Gaz de France, puisque les termes de la loi de nationalisation sont les mêmes pour cet établissement public¹⁵.

8. Avis du 19 nov. 1963 à propos de l'ORTF ; avis du 28 avril 1977 à propos des hôpitaux, AJDA 1978, p. 586 ; avis du 31 janv. 1978 à propos des aérodromes.

9. TA, Paris, 18 sept. 1979, EPAD, AJDA 1979, n° 12, p. 36, note Y. Gaudemet.

10. 6 fév. 1981, Rev. adm. 1982, p. 36, note F. Moderne ; Rec. Lebon, p. 745.

11. CE, 21 mars 1984, RDP 1984, p. 1059, note Y. Gaudemet ; D. 1984, p. 510, note F. Moderne ; cah. jur. élec. gaz 1984, p. 274 et 258, concl. Ph. Dondoux, note P. Sablière.

12. CE, 23 juin 1986, Muséum d'histoire naturelle, AJDA 1986, p. 599.

13. TA, Grenoble, 12 oct. 1990, Gaz de France, Rev. droit immob. 1991, p. 457, comm. J.-B. Auby.

14. CE, 23 oct. 1998, EDF, CJEG 1998, p. 490, concl. J. Arrighi de Casanova, note D. Delpirou ; D. adm. 1999, chron. mai, p. 4 par J. Dufau, « *Propriété publique et droit privé* ».

15. Depuis, EDF et GDF ont été transformés en sociétés par la loi du 9 août 2004 et la solution ne présente plus d'intérêt puisque leurs biens transférés aux nouvelles sociétés, personnes privées, ne relèvent nécessairement pas d'un régime de domanialité publique. De même, la solution de l'arrêt EDF de 1998 pouvait

Plus récemment la loi du 11 décembre 2001 (art. 23) a soustrait les biens de La Poste, établissement public, au régime de la domanialité publique qui s'appliquait antérieurement à eux : « les biens immobiliers de La Poste relevant de son domaine public sont déclassés. Ils peuvent être librement gérés et aliénés dans les conditions de droit commun ».

Il arrive enfin que, pour écarter la domanialité publique, le juge se contente de dispositions plus ou moins explicites de la loi lorsqu'elles se combinent avec des considérations pratiques évidentes. Ainsi les immeubles des offices publics d'habitation à loyer modéré (HLM), qui sont des établissements publics, ne font pas partie du domaine public mais du domaine privé de ceux-ci, bien que les conditions générales de la domanialité publique soient réunies. L'analogie naturelle avec les sociétés d'HLM qui, étant elles des personnes privées, ne peuvent avoir de domaine public a pu jouer.^{16 17}

3° L'article L. 1 du CG3P prend résolument parti dans le sens de l'assimilation des établissements publics, de quelque catégorie qu'ils soient, aux personnes publiques territoriales quant à leur possibilité d'être propriétaires de dépendances du domaine public, dès lors que les autres conditions de la domanialité publique sont remplies : « le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics ».

Les choses sont moins nettes pour les personnes publiques spéciales autres que les établissements publics.

B Le domaine public des autres personnes publiques spéciales

On sait que la catégorie des établissements publics, aussi diversifiée soit elle, n'épuise pas la catégorie des personnes publiques spéciales (v. *supra* p. 361 et s.).

Quelle conséquence en tirer quant au régime de domanialité des biens appartenant à ces personnes publiques extérieures à la catégorie des

être transposée à Charbonnage de France et aux Houillères de bassin, puisque des dispositions identiques à celles de la loi du 8 avril 1946 existent dans la loi du 17 mai 1946 de nationalisation des mines qui crée ces établissements publics ; mais on a toujours considéré que les missions confiées à ces établissements publics ne présentait pas par elles-mêmes le caractère de services publics, de telle sorte que leur biens ne sont de toutes façons pas soumis au régime de domanialité publique.

16. CE, 23 févr. 1979, *Vildart*, D. adm. 1979, n°s 121 et 125 ; RDP 1979, p. 1763.

17. TC, 24 mai 2004, *consorts Garcia c/ OPHLM de l'Aude*, AJDA 2005, p. 34, note M. Deguerge.

établissements et qui seraient affectés au service public ? La domanialité publique est-elle réservée à l'État, aux collectivités locales et aux établissements publics proprement dits ou bien vaut-elle « de plein droit » pour tous les propriétaires publics, lorsque les conditions autres que la propriété en sont par ailleurs remplies ?

Dans l'avis du 9 décembre 1999 le conseil d'État avait avancé, à propos de la Banque de France, que celle-ci « étant une personne publique chargée d'un service public, et aucune des dispositions législatives qui la régissent ne faisant obstacle à l'application du régime de la domanialité publique, ce régime s'applique à ceux de ces biens lui appartenant qui sont affectés au service public dont elle a la charge et sont spécialement aménagés à cet effet ».

La question n'est pas tranchée en une proposition générale par le code général de la propriété des personnes publiques, comme il en est pour les établissements publics. L'article L. 2 du code dispose en effet : « le présent code s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant aux autres personnes publiques (ceci s'entendant des personnes publiques autres que l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements et les établissements publics) dans les conditions fixées par les textes qui les régissent ». On est ainsi renvoyé aux dispositions particulières régissant ces différentes catégories de personnes publiques spéciales, lesquelles en général sont muettes sur la possibilité pour celles-ci d'avoir un domaine public propre ; c'est donc la jurisprudence qui, en cas de litige de cet ordre, tranchera.

Section 2

L'affectation des biens du domaine public à une utilité publique

Parmi les biens qui appartiennent aux personnes publiques (section précédente), seuls font partie du domaine public ceux qui sont affectés à une utilité publique que révèle d'autre part fréquemment l'aménagement qu'ils ont reçu pour servir cette utilité publique. Après la propriété publique, l'affectation à l'utilité publique est ainsi la seconde condition de la domanialité publique et contribue à la distinguer du domaine privé des personnes publiques.

Il est assez simple de vérifier cette condition d'affectation pour les dépendances mises directement à la disposition du public. Mais depuis que la jurisprudence a considéré que l'affectation à l'utilité publique pouvait aussi résulter de l'affectation du bien à un service public, est

apparue la nécessité de rechercher un « critère réducteur » ayant pour fonction d'éviter d'étendre la domanialité publique à tous les biens de tous les services publics, du moment que ces biens appartiennent à une personne publique ; on sait que c'est le critère dit de « l'aménagement spécial » qui a historiquement prévalu à cet effet. Mais ce critère, privé de portée utile par la jurisprudence, n'a finalement pas rempli sa fonction de limitation de la domanialité publique ; d'où l'apparition d'un nouveau critère réducteur dans le code du 21 avril 2006.

§ 1. La domanialité publique résultant de l'affectation à l'usage direct du public

A Incertitudes sur la notion d'affectation à l'usage du public

1° La distinction entre l'affectation à l'usage du public et l'affectation à un service public n'est pas toujours aussi claire qu'il paraît ; si elle n'est pas douteuse pour une route, une plage, par contre les voies ferrées, les livres des bibliothèques publiques sont-ils affectés à l'usage du public ou à des services publics ?

En principe, il n'y a affectation à l'usage du public que lorsque les particuliers entendent utiliser le bien directement pour lui-même, non lorsque leur objectif final est d'utiliser le service public installé sur le bien (cas par exemple des voies ferrées).

Il reste que, dans certains cas, l'affectation peut aussi bien être présentée comme faite à l'usage du public qu'à un service public. Cela résulte notamment de l'extension donnée par la jurisprudence à la notion de service public.

Ainsi le conseil d'État a considéré une promenade publique, la promenade des Alyscamps en Arles, comme « affectée à un service public de caractère culturel et touristique »¹⁸. De même, il a estimé que les halles font partie du domaine public en raison de leur affectation à un service public d'organisation de l'alimentation, alors que l'on inclinait plutôt à y voir des dépendances affectées à l'usage direct du public¹⁹.

2° En outre, sous l'affectation générale à l'usage du public apparaissent des affectations à des utilités particulières plus ou moins précises,

18. 11 mai 1959, *Dauphin*, D. 1959, p. 314, concl. Mayras ; Rec. Lebon, p. 294.

19. CE, 22 avril 1977, *Michaud*, AJDA 1977, p. 441, concl. Franc.

mais très diverses selon les dépendances domaniales, et qui entraînent des régimes juridiques partiellement différents.

On peut ainsi distinguer dans le domaine affecté au public deux types de dépendances : les unes sont destinées à un usage collectif du public (voies publiques, rivages de la mer, etc.), d'autres à un usage individuel et privatif (sépultures dans les cimetières, stalles dans les halles et marchés). Il ne faut donc pas assimiler usage public à usage collectif ; plutôt qu'usage « du public », il vaudrait mieux en réalité dire : usage direct des particuliers. Pourtant, l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques conserve ici l'expression de « biens affectés à l'usage direct du public ».

B Caractère suffisant ou non du critère de l'affectation à l'usage du public

Le principe de départ est clair : tous les biens appartenant à une personne publique et affectés à l'usage du public font partie du domaine public²⁰ : « considérant qu'il (un cimetière) est affecté à l'usage du public et qu'il doit dès lors être compris parmi les dépendances du domaine public... »^{21 22}.

Cependant l'évolution de la jurisprudence a conduit à se demander si la condition complémentaire d'un aménagement spécial n'était pas également parfois requise pour caractériser le domaine public affecté à l'usage direct du public.

Dans plusieurs espèces, la jurisprudence n'a reconnu l'appartenance au domaine public des promenades et jardins publics qu'après avoir vérifié l'existence d'un « aménagement spécial » en vue de leur utilisation par le public²³. De même, dans une décision qui a attiré l'attention²⁴, le conseil d'État, par une attitude comparable à celle qu'il adopte pour les promenades, a jugé qu'une plage non incorporée dans le domaine public maritime (parce que située au-delà des limites naturelles de celui-ci), appartenant à la commune et exploitée, en application d'une location de celle-ci, par un particulier, fait partie du domaine public communal

20. CE, 28 juin 1935, *Marécar*, Rec. Lebon, 734.

21. V. aussi plus récemment.

22. TC, 22 septembre 2003, *Grandidier c/ cne de Juiville*, AJDA 2004, p. 930, note G. Jurie.

23. CE, 22 avril 1960, *Berthier*, RDP 1960, p. 1223, concl. Henry — 13 juill. 1961, *Cie fermière du casino de Constantine*, et *Dame Lauriau*, Rec. Lebon, p. 486 ; RDP 1962, p. 524, note Waline — 14 juin 1972, *Eidel*, AJDA 1973, p. 495, note J. Dufau, à propos du bois de Vincennes, reconnu dépendance du domaine public.

24. 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, AJDA 1975, p. 348, chron. Franc et Boyon.

dès lors qu'« elle est affectée à l'usage du public et fait l'objet d'un entretien dans des conditions telles qu'elle doit être regardée comme bénéficiant d'un aménagement spécial à cet effet »

Le code du 21 avril 2006 a apparemment pris parti sur la question et, à la lettre, condamne la jurisprudence qui avait étendu le critère réducteur de l'aménagement spécial aux biens affectés à l'usage direct du public. L'article L. 2111-1 du code désigne comme relevant du domaine public les « biens affectés à l'usage direct du public » et n'énonce le critère de l'aménagement indispensable et actuel qu'à propos des biens affectés à un service public.

La formule du nouveau code, *a priori* contraire à l'objectif de continement de la domanialité publique, a suscité l'inquiétude de certains propriétaires publics, notamment la crainte que l'ouverture des forêts au public — dont l'article L. 380-1 du code forestier fait un objectif d'intérêt public — emporte application à celles-ci du régime de la domanialité publique, dès lors qu'aucun aménagement spécial ne serait plus requis. En réalité, la nouveauté est sans doute moins grande qu'il n'y paraît. Le code exige une « affectation » à l'usage direct du public que ne réalise pas, par exemple, la simple ouverture d'une forêt au public. Plus généralement, on peut penser que l'affectation à l'usage direct du public, acte positif, implique le plus souvent un minimum d'aménagement rendant possible cet usage ; la condition d'aménagement est contenue dans celle d'affectation.

§ 2. La domanialité publique résultant de l'affectation aux services publics

Il n'est plus aujourd'hui contesté que l'affectation à un service public puisse être, en elle-même, à côté de l'affectation à l'usage du public, une source directe de domanialité publique. L'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques mentionne ainsi, dans la définition générale qu'il donne du domaine public, les biens affectés à un service public à côté de ceux affectés à l'usage direct du public.

De la sorte, la domanialité publique des biens affectés aux services publics est elle-même tributaire de la plasticité de la notion de service public et suit la multiplication de ceux-ci. C'est donc relativement à cette catégorie de biens qu'a été recherché un critère dit « réducteur » de la domanialité publique.

A Le critère de l'aménagement spécial ou indispensable

1° Si l'affectation aux services publics est incontestablement une source de domanialité publique, s'ensuit-il qu'elle le soit toujours automatiquement ?

Rapidement on s'est convaincu qu'il peut être excessif, voire dérisoire, d'appliquer tout le lourd régime de la domanialité publique à n'importe quel bien utilisé par un service public. Partant de là, la doctrine (M. Waline, R. Capitant) a proposé le critère dit « de l'aménagement spécial » repris par la commission de réforme du code civil et que la jurisprudence a finalement adopté, après avoir appliqué des solutions très empiriques à la matière.

Après avoir été adopté par la cour de cassation²⁵, ce critère l'a été par le conseil d'État dans l'arrêt de principe du 21 octobre 1956, *Sté Le Béton*²⁶, et confirmé à plusieurs reprises par la suite²⁷.

Et de fait, dans quelques décisions (peu nombreuses), le juge a pu s'appuyer sur l'absence d'aménagement spécial suffisant pour conclure à l'appartenance du bien en cause au domaine privé²⁸.

Mais rapidement, la notion d'aménagement spécial a été comprise assez largement, le juge allant parfois jusqu'à tenir pour équivalente à un aménagement spécial la proximité immédiate du lieu où s'exerce le service public²⁹. On en est ainsi venu à se demander si le critère de l'aménagement spécial n'était pas purement et simplement abandonné, au moins dans certaines hypothèses. Ainsi dans des conclusions remarquées³⁰, M. Labetoulle a exposé que les « deux critères de l'affectation et de l'aménagement spécial ne se situent pas au même plan » ; le critère de l'aménagement spécial n'est qu'un critère « secondaire » : « en allant peut-être au-delà de ce qu'impliquent vos arrêts, nous dirions volontiers

25. 7 nov. 1950, S. 1952, I, 173, note Tixier.

26. D. 1956, p. 681, concl. Long.

27. Par ex. : CE 22 avril 1960, *Berthier*, Rec. Lebon, p. 264, à propos du bois de Boulogne à Paris — 16 nov. 1962, *Ville de Grenoble*, Rec. Lebon, p. 611 ; JCP 1963.II.13395, note Dufau, à propos du réseau d'alimentation en eau potable — 8 août 1990, *Min. Urbanisme c/ ville de Paris*, cah. jur. élec. gaz 1991, p. 15, concl. Frydman, note P. Sablière, à propos d'une parcelle surplombant une canalisation d'eau.

28. CE, 28 nov. 1975, *Off. nat. des forêts c/ Abamonte*, Rec. Lebon, p. 602, à propos du régime des forêts — TC 17 nov. 1975, *Leclert*, D. 1976, p. 340, note Roche, à propos des casernes militaires.

29. CE, 5 fév. 1965, *Sté lyonnaise de transports*, RDP 1965, p. 493, concl. Gal-mot : emplacement de parking voisin d'une gare — 19 oct. 1956, *Sté Le Béton*, D. 1956, p. 681, concl. M. Long : terrains dont « la nature même » est de concourir au fonctionnement du port.

30. CE, ass. 3 mars 1978, *Lecoq*, AJDA 1978, p. 581.

que lorsqu'un immeuble, propriété d'une personne publique, est le siège d'un service public, cette affectation présume l'aménagement spécial, présume la domanialité publique ».

2° Sur ce point, la volonté des auteurs du code de 2006 a été très clairement de retenir une formulation davantage restrictive de la domanialité publique que l'ancien critère de l'aménagement spécial : il s'agit désormais d'un « aménagement indispensable à l'exécution des missions du service public (en cause) » (art. L. 2111-1, CG3P).

La rédaction du nouveau code vise à restreindre le champ de la domanialité publique, à partir d'un critère plus opérationnel que l'ancien critère de l'aménagement spécial. C'est ainsi que l'emploi de la forme présente (des biens qui « fassent » l'objet d'un aménagement indispensable) vise ouvertement à mettre un terme à la jurisprudence dite de la « domanialité publique virtuelle » ou « par anticipation » en exigeant une affectation au service public certaine et acquise par la réalisation de premiers travaux d'aménagement ; la domanialité publique implique une réalisation effective d'aménagements et ne saurait résulter d'une intention, même affichée et exprimée publiquement, d'affecter une dépendance déterminée à un service public. C'est ainsi encore que ces aménagements doivent être « indispensables », signifiant par là qu'à défaut d'un tel aménagement la dépendance domaniale serait impropre à satisfaire les besoins du service public qu'elle doit accueillir.

Cela ne devrait pas signifier pour autant qu'il soit renoncé à la domanialité publique globale.

B La domanialité publique globale

1° Dans le cas où les services publics dont l'exercice détermine la domanialité publique sont exercés sur une emprise foncière déterminée, la jurisprudence choisit de ranger sous ce même régime de domanialité publique l'ensemble des biens inclus dans cette emprise foncière, y compris ceux qui ne sont pas — ou pas encore — affectés au service public ; on peut ainsi parler d'une domanialité publique globale.

Cette analyse a été appliquée par exemple à propos des gares ferroviaires dans un arrêt de 1965³¹ : le commissaire du gouvernement s'y prononce en faveur d'une domanialité publique globale, car « juger autrement ferait de chaque gare une mosaïque de parcelles enchevêtrées qui relèveraient les unes du domaine public, les autres du domaine privé, et dont la gestion deviendrait pratiquement impossible » ; de même pour le

31. CE, 5 fév. 1965, *Sté lyonnaise de transports*, RDP 1965, p. 493, concl. Y. Gal-mot.

domaine des aéroports³² des terrains acquis par l'État pour prolonger un aéroport font partie du domaine public aéroportuaire, bien que n'ayant finalement pas été utilisés mais au contraire loués pour être mis en culture³³ ; la totalité du palais des sports et des congrès de la commune d'Huez en Oisans³⁴, et plus généralement « la totalité des terrains » compris dans l'emprise d'une concession portuaire ou aéroportuaire, quelles que soient leurs diverses affectations, font partie du domaine public concerné³⁵ ; « dès lors qu'un aéroport est ouvert à la circulation aérienne publique toutes les parcelles qui se trouvent dans son enceinte appartiennent au domaine public »³⁶ ; de même pour les ports maritimes³⁷.

La solution de la domanialité publique globale est retenue encore à propos d'un logement situé dans un groupe scolaire³⁸ ; ou bien à propos d'un immeuble acquis pour y installer les services municipaux de la culture et du tourisme³⁹.

2° Cependant, la solution de la domanialité publique globale est parfois écartée : le juge considère que l'aménagement d'utilité publique donné au bien n'emporte la domanialité publique que pour la seule emprise qui accueille cet aménagement.

Jugé ainsi que des terrains apportés par l'État en vue de leur utilisation éventuelle pour l'aménagement d'une autoroute ne font pas partie du domaine public tant qu'ils n'ont pas été affectés et aménagés à cette fin⁴⁰. Dans le même sens, le conseil d'État a jugé récemment, à propos d'une réserve naturelle créée par un syndicat mixte, que « si la création, au sein de la réserve naturelle, de deux sentiers de découverte et la construction (d'un centre) pour y accueillir des activités pédagogiques, scientifiques et culturelles destinées aux élèves des établissements spéciaux constituaient des aménagements spéciaux conférant le caractère de domaine public à la réserve naturelle dont (le syndicat) assure la gestion, le juge des référés a pu, sans dénaturer, estimer que celles de ces

32. CE, 1^{er} oct. 1958, *Hild*, Rec. Lebon, p. 463.

33. Voir aussi TA Grenoble 4 février 1970, *Riondet*, Rec. Lebon, p. 808.

34. CE, 25 mai 2005, *Sté des cinémas Huez-Chamrousse*, Mon. trav. pub. 19 août 2005, p. 206.

35. CE, avis 13 juin 1989, EDCE 1989, n° 41, p. 250.

36. CAA Marseille, 16 mai 2000, *Ch. com. et ind. de Marseille*, D. adm. 2001, n° 113.

37. CE, 19 oct. 1956, *Sté Le Béton*, Rec. Lebon, p. 375 ; RDP 1957, p. 316, concl. M. Long — 8 mars 1993, *Villedieu*, Rev. droit immob. 1993, p. 349.

38. TC, 7 juillet 1975, *Debans*, Rec. Lebon, p. 797.

39. CE, 1^{er} juin 2005, *M. Mme Guyant*, AJDA 2005, p. 1747.

40. TC, 15 janv. 1979, *Payan c/ Sté des autoroutes du Sud de la France*, Rec. Lebon, p. 665 — CE 29 novembre 2004, *SASF*, Mon. trav. pub. 28 janvier 2005, p. 350.

parcelles sur lesquelles M. Jullian, dans l'exercice de son activité de manadier, faisait paître ses troupeaux de taureaux et de chevaux, ne comportaient pas d'aménagements de nature à inclure ces parcelles précises dans le domaine public »⁴¹.

41. CE, 8 juin 2005, *Syndicat mixte pour la protection et la gestion de la Camargue gardoise*, AJDA 2005, p. 859.

Chapitre 3

Les biens du domaine privé

Le domaine privé est constitué par tous les biens appartenant aux diverses collectivités publiques et pour lesquels ne trouvent pas application les critères du domaine public exposés au titre précédent ou bien encore que la loi ou la jurisprudence ont rangé dans le domaine privé.

Ainsi présenté, le domaine privé apparaît comme une catégorie résiduelle ; il regroupe cependant une part très importante des propriétés publiques ; le cas des forêts appelle une mention spécifique.

Section 1

Le domaine privé en général

§ 1. Domaine privé par absence des critères de la domanialité publique

Classiquement, le domaine privé est défini par opposition au domaine public. L'article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose : « font partie du domaine privé les biens des personnes publiques... qui ne relèvent pas du domaine public... ». La formule était déjà la même dans le code du domaine de l'État.

Un bien propriété d'une personne publique fait donc partie du domaine privé de celle-ci lorsque manque un des éléments constitutifs de la domanialité publique. Font ainsi partie du domaine privé les biens, même affectés à une utilité publique, mais sur lesquelles la personne publique n'exerce pas un plein droit de propriété ; font de même partie du domaine privé les biens non affectés à une utilité publique, usage direct du public ou besoins d'un service public ; font enfin partie du domaine privé les biens pleinement appropriés par leur propriétaire public et affectés, mais

auxquels manque l'aménagement indispensable aujourd'hui exigé par l'article L. 2111-1 du code pour l'appartenance au domaine public.

1° Le domaine privé comprend ainsi tous les biens corporels qui ne sont affectés ni à l'usage du public ni à des services publics, mais qui sont l'objet d'une pure exploitation financière de la part de l'administration : immeubles de rapport, biens fonciers, forêts, lais et relais de la mer antérieurs à la loi du 28 novembre 1963 et non incorporés au domaine public maritime par arrêtés ministériels. De même, une ferme dépendant du domaine de Chambord, mais qui ne constitue pas un élément accessoire du château, appartient au domaine privé de l'État dès lors qu'elle n'est pas affectée à l'usage du public ou à un service public et qu'elle n'a pas fait l'objet d'aménagements destinés à l'accueil du public¹.

D'autre part, le déclassement d'une dépendance du domaine public constatant la cessation de l'affectation d'utilité publique qui était anciennement celle du bien, rend celui-ci au domaine privé de la personne publique propriétaire.

2° Les biens communaux sont une institution ancienne mais toujours vivace. Propriétés des communes, ces biens (en général bois et pâturages) sont laissés à la jouissance individuelle et directe des habitants de la commune ; en cela ils se rapprochent des biens affectés à l'usage du public, mais ils s'en distinguent en ce que leur utilisation est réservée aux seuls habitants de la commune ; et pour cette raison ils font partie du domaine privé de la commune (ou des sections de commune lorsqu'elles sont personnalisées).

Le code civil (art. 542) définit les biens communaux comme des biens « à la propriété et au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis » ; il peut s'agir de biens propres à une section de commune. On peut y voir une survivance de la vieille conception de la commune, syndicat privé d'habitants.

§ 2. Domaine privé par détermination de la loi

Alors que les voies communales font partie du domaine public, une ordonnance du 7 janvier 1959 a rangé les chemins ruraux dans le domaine privé des communes, solution reprise aujourd'hui par le code de la voirie routière (art. L. 141-1 et s.).

Le code du 21 avril 2006, animé, on le sait, par la volonté de remédier à une certaine hypertrophie du domaine public, a rangé dans le domaine privé plusieurs catégories de propriétés publiques. L'article L. 2211-1

1. TA, Orléans, 8 juillet 1994, *Belorgey*, JCP 1995.IV.1774.

range ainsi dans le domaine privé les réserves foncières ainsi que les biens à usage de bureaux ; l'article L. 2211-2 confirme l'appartenance au domaine privé des chemins ruraux et celle des bois et forêts relevant du régime forestier qui résultait de la jurisprudence.

L'ordonnance du 19 août 2004 avait déjà déclassé et rangé dans le domaine privé les immeubles de bureaux appartenant à l'État et à ses établissements publics. La solution est étendue par le code général de la propriété des personnes publiques d'avril 2006 aux collectivités locales et à leurs établissements publics (art. L. 2111-1).

Il s'agit des « biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ». Il reviendra à la jurisprudence, aussi bien de déterminer ce qu'il faut entendre par « immeubles de bureaux » que d'apprécier la condition de divisibilité avec des biens relevant quant à eux du domaine public, soit par application des critères généraux de la domanialité publique, soit par qualification directe de la loi.

Les immeubles des offices publics d'habitation à loyer modéré (HLM), qui sont des établissements publics, ne font pas partie du domaine public mais du domaine privé de ceux-ci, bien que les conditions générales de la domanialité publique soient réunies. L'analogie naturelle avec les sociétés d'HLM qui, étant elles des personnes privées, ne peuvent avoir de domaine public a pu jouer en ce sens². Cela vaut-il aussi pour le siège même de ces offices ?

Les nationalisations d'entreprises en 1946 ont fait apparaître une nouvelle application de la domanialité privée à des biens directement utilisés par des services publics. Tirant argument de ce que ces entreprises doivent, selon les intentions du législateur, vivre sous un régime général de droit privé, le conseil d'État a, dès 1948, à propos des biens transférés aux établissements de l'électricité, du gaz et des combustibles minéraux, émis l'avis que « le patrimoine de ces entreprises doit être regardé comme faisait partie du domaine privé de l'État »³. La position prise par le conseil d'État dans l'avis précité de 1948 doit être conciliée avec l'évolution de la jurisprudence qui reconnaît aujourd'hui la propriété d'un domaine public aux établissements publics (v. *supra*, le contentieux à propos des biens d'EDF).

D'autres catégories de propriétés publiques encore ont été rangées par des lois spéciales dans le domaine privé. C'est le cas des lais et relais de la mer jusqu'en 1963 ou encore constitués antérieurement à 1963 (loi du 28 novembre 1963). Cela a été le cas un moment de la zone dite des cinquante pas géométriques dans les départements d'Outre-

2. CE, 23 févr. 1979, *Vildart*, D. adm. 1979, n°s 121 et 125 ; RDP 1979, p. 1763 — CAA Paris, 3 mars 1992, *CROUS de Créteil*, D. adm. 1992, n° 238.

3. CE, avis 16 mars 1948, *Grands avis CE*, comm. Y. Gaudemet, p. 70.

mer (décret-loi du 30 juin 1955). C'est même un simple décret, du 25 février 1953, qui avait rangé les casernes militaires dans le domaine privé de l'État.

Section 2

Le cas des forêts

La conception traditionnelle et toujours actuelles est que les forêts domaniales, qu'il s'agisse des forêts appartenant à l'État (gérées aujourd'hui par l'Office national des forêts) ou aux collectivités locales, désignées uniformément sous le nom de forêts domaniales, font partie du domaine privé. Elle a été contestée avec de bons arguments de principe, mais ce sont des considérations pratiques qui ont prévalu, appuyées sur l'existence d'un régime juridique spécifique, celui du code forestier.

Tel est en effet l'état du droit positif, qui semble obéir avant tout à des considérations pratiques : on a considéré qu'une domanialité privée aménagée, qui constitue le régime forestier, convenait mieux que le droit de la domanialité publique à la gestion, la conservation et l'exploitation du patrimoine forestier.

Le conseil d'État a jugé dans un important arrêt du 28 novembre 1975, *Office national des forêts c/ Abamonte et CPAM de Haute-Saône*⁴ que les mesures prises, en l'espèce par l'Office national des forêts, « pour la réalisation d'aménagements spéciaux... n'étaient pas de nature à faire regarder ladite forêt comme faisant partie du domaine public » ; celle-ci appartient au domaine privé, et le juge judiciaire est seul compétent pour « apprécier les responsabilités qui peuvent incomber à l'État ou à l'Office national des forêts dans la gestion de son domaine privée forestier ». La solution a été constamment réaffirmée depuis⁵.

Il n'en va pas différemment en présence de travaux d'aménagement et d'entretien de la forêt. Jugé ainsi, à propos de travaux d'entretien d'une route forestière que « si cette route était ouverte à la circulation du public, elle n'était pas affectée à la circulation générale ; que ces travaux, exécutés pour la gestion d'un bien faisant partie du domaine privé de l'État, n'ont pas le caractère de travaux publics ; qu'il appartient,

4. D. adm. 1975, n° 404 ; D. 1976, p. 355, note J.-M. Auby ; RDP 1976, p. 1051, note M. Waline ; AJDA 1976, p. 148 note F. Julien-Laferrère ; Rev. adm. 1976, p. 36, note F. Moderne.

5. V. par ex. CE, 9 nov. 1979, *Min. Agriculture et Sté d'aménagement de la Côte de Monts*, AJDA 1980, p. 362, concl. D. Labetoulle.

dès lors, aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur les contestations auxquelles ces travaux peuvent donner lieu » ⁶.

L'inclusion des forêts domaniales dans le domaine privé s'accompagne de l'application d'un régime largement exorbitant du droit privé, et dont certains aspects ne sont pas sans rappeler les règles essentielles de la domanialité publique.

Ainsi les bois et forêts domaniaux sont inaliénables, sauf à ce que cette aliénation ait été autorisée par une loi. Cette règle est ancienne (décret des 6-23 août 1790 ; lois des 2 nivôse an IV et 16 brumaire an V) et figure aujourd'hui à l'article L. 3211-5 du code général de la propriété des personnes publiques, qui consacre cependant une exception pour les bois de faible étendue (moins de 150 ha et isolés d'au moins un kilomètre d'autres bois et forêts). La loi du 4 décembre 1985 « relative à la gestion, la valorisation et la protection de la forêt » comporte une réglementation générale des activités relatives à la forêt ; elle ne modifie pas sensiblement les aspects domaniaux du régime forestier.

6. TC, 5 juillet 1999, *Menu*, D. adm. 1999, n° 308.

Sous-titre 2

Le régime juridique du domaine public

1° *Un régime d'affectation.* — Le régime de la domanialité publique est constitué par un ensemble de règles propres au droit public et dont l'inaliénabilité est l'élément central, mais non point le seul.

Le fondement de ce particularisme réside dans l'affectation des dépendances domaniales aux buts d'utilité publique qu'elles doivent servir. C'est du même coup l'affectation qui doit constituer la mesure de ce particularisme, et donc la mesure du champ de la domanialité publique¹. Le régime domanial en général et principalement l'inaliénabilité du domaine public sont au service de l'affectation ; ils ne visent pas d'abord à protéger et à conserver la dépendance domaniale en cause mais bien l'utilité qu'elle sert. Le régime domanial n'est pas un régime foncier mais un régime fonctionnel.

Cette idée est très importante car elle entraîne qu'il ne faut pas faire dire à l'inaliénabilité et au régime domanial en général plus qu'il n'est nécessaire à l'affectation ; non seulement le champ du régime de domanialité publique a pour mesure et pour limite l'affectation d'utilité publique de la dépendance domaniale en cause, mais encore l'intensité même de ce régime de domanialité publique, les contraintes et droits qu'il emporte, doivent être limités dans chaque cas à ce que requiert l'affectation ; c'est une question que l'on retrouvera notamment à propos de la reconnaissance de droits réels aux occupants domaniaux autorisés sur les installations qu'ils réalisent au titre de cette autorisation.

2° *Gradation dans la domanialité publique.* — C'est dans cette perspective que doit être placé le constat d'une gradation dans le régime de la domanialité publique. Celui-ci ne doit pas être considéré comme un bloc rigide uniformément applicable à toutes les dépendances du domaine public. Les régimes de ces diverses dépendances comportent

1. V. en ce sens Y. Gaudemet, *Les constructions en volume sur le domaine public*, CJEP 1991, p. 297.

une diversité et une gradation de particularisme qu'évoque l'expression, due à Duguit, d'« échelle de la domanialité ».

Pour préciser cette diversité de régime on a pu proposer de distinguer la domanialité « complète » des biens affectés au public et la domanialité « restreinte » des biens affectés aux services publics, celle-ci ne comportant l'application du régime domanial qu'à l'égard de l'administration, à l'exclusion des règles domaniales qui intéressent les tiers, sauf extension de ces dernières lorsque les besoins l'imposent (M. Duverger, J. M. Auby). Ces distinctions n'ont pas été consacrées par le droit positif.

On constate en revanche, autour de l'élément commun que constituent l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité de tout régime de domanialité publique, des variations, une diversité, en fonction des dépendances domaniales concernées dont plusieurs relèvent d'autre part d'une réglementation complémentaire spécifique.

3° *Domanialité publique et Constitution.* — Si — comme on l'a vu — la propriété publique bénéficie de la même consécration et protection constitutionnelle que la propriété des personnes privées, celle qui résulte de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, les arbitrages du législateur sont souverains en ce qui concerne les régimes fonctionnels : détermination du champ de la domanialité publique, des éléments de son régime et en particulier de l'inaliénabilité, choix et aménagement d'autres régimes fonctionnels, détermination de leur champ d'application. L'économie des régimes de domanialité appartient à la loi ; mais il y faut la loi, s'agissant de limitations ou d'aménagements à l'exercice du droit de propriété.

Encore ceci doit-il être entendu sous la réserve du respect des exigences du principe constitutionnel de continuité des services publics ; ce qui ne concerne la domanialité publique que dans la mesure — et dans la mesure seulement — où la continuité du service public implique le bénéfice du régime exorbitant et protecteur de la domanialité publique. Il en va de même des libertés constitutionnelles, en particulier la liberté d'aller et venir, lorsque la domanialité publique est la condition de leur bon exercice — et, là encore, dans cette mesure seulement.

Chapitre 1

L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public

Si l'affectation caractérise et constitue le domaine public, son régime juridique est tout entier construit à partir de la règle de l'inaliénabilité et de son corollaire, l'imprescriptibilité des dépendances du domaine public. C'est même parce que le domaine public a repris de l'ancien domaine de la Couronne le principe d'inaliénabilité qu'on a pu croire parfois — à tort — à une continuité des deux domaines.

Section 1

L'inaliénabilité du domaine public

§ 1. Origine

La notion de domaine de la Couronne, que l'on fait généralement remonter à l'édit de Moulins de 1566 ainsi que la règle d'inaliénabilité, est en réalité antérieure et apparaît dès les XIV^e siècle. L'édit de Moulins de février 1566 se borne ainsi à confirmer ce principe avec une certaine solennité, pour lui apporter cependant diverses exceptions ; il est lui-même repris, par la suite, par exemple par l'ordonnance de Blois de mai 1579 (art. 329). Ces textes affirment le caractère « absolu et irrévocable » de l'inaliénabilité, comprise ainsi comme un principe fondamental du royaume.

Sa portée est claire : l'inaliénabilité des biens de la Couronne fait partie des devoirs d'un bon roi ; c'est, entre autres choses, de ne pas gaspiller ses biens. Il s'agit de fixer les obligations des gouvernants,

non de légiférer sur le statut des terres ; c'est plus un commandement fait au souverain qu'un statut foncier.

Sous la Révolution, le domaine de la couronne étant devenu domaine de la Nation, la loi du 28 novembre-1^{er} décembre 1790 proclame que « la faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside dans la Nation » ; en conséquence, si « les domaines nationaux sont et demeurent inaliénables sans le concours de la Nation..., ils peuvent être vendus et aliénés en vertu d'un décret formel du corps législatif, sanctionné par le Roi ».

L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, du 22 avril 1815, dispose encore qu'« aucun domaine ne peut être aliéné ni échangé... qu'en vertu d'une loi ».

Le conseil d'État sanctionne ces dispositions ¹ : « considérant que, si, en mettant fin à la règle d'inaliénabilité du “domaine national”, le décret des 28 novembre – 1^{er} décembre 1790 a rendu possible, pendant qu'il était en vigueur, l'acquisition par prescription de droits réels sur le domaine, il résulte des dispositions combinées des articles 8 et 36 de ce décret, que cette possibilité n'a été ouverte que pour les biens dont un “décret formel du Corps législatif sanctionné par le Roi” avait préalablement autorisé l'aliénation ; qu'aucune autorisation n'a été donnée dans ces formes pour l'aliénation des prés salés objet du litige ; que, par suite les auteurs de la société opposante n'ont pu les acquérir par prescription en vertu du décret précité. »

§ 2. La règle actuelle d'inaliénabilité : expression et autorité

Le principe moderne de l'inaliénabilité du domaine public a été façonné au cours du XIX^e siècle en même temps que la distinction du domaine public et du domaine privé à laquelle il est, du reste, étroitement lié. Seule la règle de l'inaliénabilité relie le domaine public au domaine de la Couronne.

Dégagé par la doctrine (Proudhon), accueilli par la jurisprudence, il a d'abord été une règle jurisprudentielle. Puis la règle a été reprise par le code du domaine de l'État, art. L. 52 : « les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles ». Elle figure aujourd'hui à l'article L. 3113-1 du code général de la propriété de personnes publiques ; « les biens des personnes publiques qui relèvent du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles ».

1. CE, 10 juillet 1970, *Sté civ. du domaine du Suroit*, Rec. Lebon, p. 481.

Quelles sont les conséquences ou les manifestations du principe d'inaliénabilité ?

A Interdiction des aliénations

L'inaliénabilité interdit toutes les formes d'aliénations du domaine public : non seulement les aliénations volontaires et notamment la vente, mais aussi les échanges et toutes formes d'aliénations forcées, comme par exemple la cession de mitoyenneté au profit du riverain.

Toutefois, le code de la propriété des personnes publiques, articles L. 3112-1, L. 3112-2 et L. 3112-3, a permis des transferts en propriété et des échanges de dépendances domaniales entre personnes publiques et même au bénéfice de personnes privées, à la condition — éclairante — que cela garantisse et même améliore les conditions d'exercice d'une mission de service public : c'est donner son exacte fonction à l'inaliénabilité, garantie du bon exercice de l'activité de service public qu'accueille le domaine public, et non indisponibilité du bien en cause pris pour lui-même.

La cour de cassation, abandonnant sa jurisprudence antérieure, a consacré la solution nuancée que des tiers pouvaient également se prévaloir de la règle d'inaliénabilité du domaine, avec cette conséquence que la cession intervenue en méconnaissance de celle-ci leur est inopposable et que le cessionnaire ne peut exercer à leur égard les droits du propriétaire². L'action en restitution ne se prescrit pas, en conséquence du principe d'imprescriptibilité du domaine public lui-même.

À ceci s'ajoute évidemment la faculté pour tout intéressé d'attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes détachables autorisant l'aliénation³.

B Interdiction de la copropriété

L'incompatibilité du régime de la domanialité publique et de celui de la copropriété est constamment affirmée au nom du principe de l'inaliénabilité et comme une conséquence nécessaire de celui-ci. C'est que le régime de la copropriété comporte plusieurs dispositions limitant les droits propres de chaque copropriétaire sur l'immeuble et organisant leur exercice collectif qui sont considérées comme contraires au principe

2. Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1988, *Consorts Renault c/ EDF*, AJDA 1988, p. 679, note J. Dufau ; cah. jur. élect. gaz 1989, p. 37, note P. Delvolvé, rapport Sargos ; JCP 1989.II.21203, note F. Hervouët.

3. CE, 26 janv. 1985, *Ville de Grasse*, JCP 1985.II.20515, note M. Chevenoy.

d'inaliénabilité. Et cela conduit à ne pas permettre d'engager une dépendance domaniale dans une copropriété.

En revanche lorsqu'une personne publique se rend acquéreur d'un lot de copropriété, l'affectation de celui-ci à une utilité publique n'emporte pas une domanialité publique qui s'opposerait elle-même à la copropriété⁴.

C Interdiction du bail commercial

La conclusion de baux commerciaux concernant une dépendance du domaine public n'est pas possible. La solution est certaine aujourd'hui, bien que la pratique ait utilisé la formule jusqu'assez récemment. C'est que les baux commerciaux comportent notamment un droit au renouvellement du bail qui est en contradiction avec le caractère précaire des occupations domaniales, lui-même valablement rattaché au principe d'inaliénabilité.

La jurisprudence administrative est constante⁵. La jurisprudence judiciaire est dans le même sens⁶ ; elle constate la nullité du bail et l'exclusivité des occupations domaniales du droit public.

Cependant, lorsque la collectivité publique propriétaire s'est méprise d'une manière durable sur la situation juridique des biens et a laissé espérer à son interlocuteur qu'il occupait ceux-ci dans les conditions de la législation sur les baux commerciaux, elle commet une faute qui engage sa responsabilité à la hauteur du préjudice subi par l'occupant⁷.

Doit-on également considérer comme nul un bail commercial conclu sur le domaine public entre personnes privées, l'une d'elles ayant été autorisée à occuper celui-ci ? La cour de cassation l'a jugé, mais la portée de cette décision doit être bien mesurée⁸.

Ce qui conduit à la nullité du bail commercial c'est l'existence d'un droit au renouvellement incompatible, non pas avec la domanialité publique elle-même, mais avec le principe différent du caractère nécessai-

4. CE, 11 fév. 1994, *Cie d'assurances La préservatrice foncière*, cah. jur. élec. gaz. 1994, p. 197, chron. P. Sablière, concl. H. Toutée ; AJDA 1994, p. 548, note J. Dufau ; D. 1994, p. 493, note J.-F. Davignon ; JCP 1994-II-22338, note M.-Ch. Rouault.

5. CE, 28 janvier 1970, *Consorts Philip-Bingisser*, D. 1970, p. 372, note J.-F. Lachaume — 23 janvier 1976, *Kergo*, Rec. Lebon, p. 55 — TA Nice, 16 mars 1982, *SA Notre-Dame des Fleurs*, D. 1982, p. 570, note J.-P. Gilli.

6. C. cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1954, D. 1954, p. 586 ; JCP 1954.II.8311, note Boitard — 19 nov. 1985, Bull. n° 145, p. 111.

7. Arrêt *Kergo* précité — v. aussi CE 6 déc. 1985, *M^{lle} Boin-Favre*, RFDA 1986, p. 382, note Ph. Terneyre — TA Versailles, 7 mai 1991, *Sté Les Ibis c/ Cne du Vésinet* ; n° 873082.

8. Cass. civ. 3^e, 20 déc. 2000, LPA, 24 août 2001, p. 10, note M. Keita.

rement précaire et révocable de toutes les autorisations domaniales ; l'occupant autorisé ne peut prendre un engagement qui excède la durée de son occupation, de la nature de celui qui comporte un bail commercial ; il ne peut pas, en consentant ce bail, accorder plus de droits qu'il n'en a.

Ce qui conduit à une conclusion un peu différente sur la question de la compatibilité du principe d'inaliénabilité du domaine public avec le bail commercial consenti par un occupant domanial autorisé : ce bail se trouve, si l'on peut dire, dénaturé ou requalifié, car nécessairement amputé du droit au renouvellement que consacre la loi ; il n'est donc pas à proprement parler un bail commercial, au sens du code de commerce ; reste que le contrat conclu peut comporter tous les éléments d'un tel bail, à l'exception de ceux qui seraient en contradiction avec le principe de précarité des occupations domaniales.

D La constitution de droits réels sur le domaine public

Une doctrine majoritaire a longtemps avancé que l'inaliénabilité du domaine public emporte interdiction de constituer des droits réels sur celui-ci ; c'est — disent ces auteurs — que le droit réel, droit sur une chose, est de la nature du droit de propriété et que les personnes publiques ne peuvent pas être privées de leur propriété sur les dépendances du domaine public en raison du principe d'inaliénabilité. L'interdiction des droits réels est ainsi présentée comme une conséquence logique et nécessaire de l'inaliénabilité du domaine public que seule la loi pourrait écarter.

À cela on doit opposer la proposition générale que l'inaliénabilité du domaine public a une fonction précise, celle de protéger l'affectation du bien et d'assurer, tant que celle-ci demeure, la maîtrise du bien par son propriétaire public, pour servir cette affectation ; l'affectation est — cela a déjà été dit — la mesure de l'inaliénabilité : là où cessent les besoins de l'affectation, là doivent être bornées les exigences de l'inaliénabilité.

S'agissant des droits réels sur le domaine public, tant ceux consentis aux occupants domaniaux que ceux reconnus aux voisins du domaine, cela signifie que doivent être interdits, au nom du principe d'inaliénabilité, non pas tout espèce de droits réels sur le domaine mais uniquement ceux qui, contrariant l'affectation, seraient réputés incompatibles avec celle-ci.

C'est la solution que consacre le code général de la propriété des personnes publiques du 21 avril 2006 : si l'inaliénabilité interdit la vente d'un bien du domaine public, elle ne s'oppose à aucune espèce de démembrement de propriété dès lors que celui-ci est compatible avec les exigences de l'affectation qui emporte appartenance du bien en cause au domaine public. Cela vaut pour les voisins du domaine public dont

les relations avec celui-ci appellent la constitution de servitudes réelles ; la possibilité de celles-ci est désormais expressément consacrée (art. L. 2122-4). Cela vaut pour les occupants domaniaux qui, en règle de principe et au moins pour l'État et ses établissements publics, se voient reconnaître la possibilité d'un droit réel, leur donnant, pour la durée du titre et dans les conditions de celui-ci, tous les droits et obligations du propriétaire sur les ouvrages et installations qu'ils réalisent sur le domaine (art. L. 2122-6).

Cela permet aussi au propriétaire domanial lui-même ou à des occupants autorisés d'engager ce droit réel dans des mécanismes de financement, dont le plus recherché est sans doute aujourd'hui le crédit bail.

Dès auparavant, l'ordonnance du 17 juin 2004, relative aux contrats de partenariat public-privé, avait reconnu de plein droit au cocontractant de l'administration un droit réel sur les installations réalisées par lui au titre du contrat (et qui, le plus souvent s'incorporent immédiatement au domaine public), renouant ainsi avec la solution originellement acquise en matière de concessions et autres formes de délégations de service public.

Section 2

L'imprescriptibilité du domaine public

Présenté par les textes (art. L. 52, c. dom. État, aujourd'hui art. L. 3111-1 CG3P) comme un principe distinct de l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité du domaine public en est en réalité la conséquence nécessaire⁹.

Il en résulte qu'aucune possession utile ne peut être exercée sur une parcelle du domaine public, sauf le cas de voie de fait qui permet au juge de l'action possessoire de « réintégrer l'occupant paisible dans la possession du bien en attendant qu'il soit statué sur le droit de propriété »¹⁰.

9. V. CE, 13 oct. 1967, *Cazeaux*, Rec. Lebon, p. 368 ; RDP 1968, p. 887, note Waline.

10. TC, 24 fév. 1992, *Couach*, AJDA 1992, p. 365 ; JCP 1992.II.21948, note Ch. Lavalleye.

L'imprescriptibilité s'applique non seulement à la propriété elle-même¹¹, mais aussi aux démembrements de la propriété¹², et encore aux actions en justice qui protègent le domaine¹³.

11. C. cass. req. 17 juin 1896, *Ville de Lyon*, S. 1896, I, 108, à propos d'objets d'art.

12. CE, 17 avril 1869, *Lachaud*, Rec. Lebon, p. 387, servitudes de halage.

13. CE, 27 mai 1959, *Secr. d'État aux travaux publics c/ Baylaucq*, Rec. Lebon, p. 323 — 22 déc. 1965, *Cne de Thyl*, Rec. Lebon, p. 703 ; AJDA 1966, p. 231, note P. Laporte — 24 oct. 1984, *Sté fr. des pétroles BP*, D. adm. 1984, n° 510.

Chapitre 2

Les utilisations du domaine public

Section 1

Classifications

Les dépendances du domaine public peuvent être utilisées soit par les services publics, soit par les administrés.

L'utilisation par les administrés donne lieu elle-même à deux classifications, susceptibles du reste de se combiner entre elles.

§ 1. Usage commun et utilisations privatives

Une première classification distingue l'usage commun, exercé par le public collectivement, anonymement (circulation sur les routes, rivières, rivages marins) et les utilisations privatives ou occupations, qui comportent réserve exclusive d'une portion du domaine à un usager individuellement identifié (kiosque de journaux, canalisation sous la voie publique, stalle dans un marché, sépulture dans un cimetière).

§ 2. Usage normal et utilisations compatibles

Une seconde classification distingue l'usage normal, conforme à la destination propre de la dépendance domaniale et qui, d'une certaine façon, en réalise matériellement l'affectation (circulation sur les voies publiques, sépulture dans un cimetière), et les utilisations compatibles, qui peuvent être admises, bien que non conformes à la destination du domaine, lorsqu'elles ne compromettent pas cette destination (canalisations, terrasses de cafés, etc.).

§ 3. Combinaisons

Ces deux classifications se combinent en fonction de la destination propre de chaque dépendance domaniale : certaines dépendances sont en effet destinées à être utilisées collectivement (voies publiques, rivières, rivages de la mer) alors que d'autres appellent l'occupation privative (marchés aménagés en stalles, cimetières) ; pour les premières, c'est l'usage commun qui est normal alors que, pour les secondes, l'usage normal est constitué par les occupations privatives.

On parle parfois, pour désigner les occupations simplement compatibles avec l'affectation du domaine, d'utilisations « anormales ». Cette terminologie est impropre : toutes les occupations domaniales doivent respecter l'affectation du domaine ; et dès lors il ne peut y avoir d'occupation « anormale » si cela s'entend d'une occupation incompatible avec l'affectation du domaine et son aménagement ; une telle occupation serait illégale. On ne saurait ainsi employer la qualification d'anormalité qu'au sens étymologique du terme, « s'écartant de la norme », laquelle est constituée ici par l'occupation — individuelle ou collective — qui réalise l'affectation du domaine.

Section 2

Pouvoirs de l'administration et droit des administrés

§ 1. Droits déterminés par l'affectation

Une première grande idée commande la matière : les droits des administrés et les pouvoirs de l'administration sont dominés par l'affectation de la dépendance concernée et sont par suite en rapport étroit avec les classifications définies au paragraphe précédent.

L'administré a droit à l'utilisation du domaine selon sa destination et l'administration doit faire respecter cette affectation ; elle doit « concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la faculté qu'a tout usager d'utiliser les dépendances du domaine public conformément à leur affectation »¹. C'est en ce sens qu'on peut parler d'un « droit au domaine public ».

1. CE, 18 nov. 1949, *Carlier*, Rec. Lebon, p. 490 ; RDP 1950, p. 172, note Waline, concl. Gazier.

Ainsi l'usage normal du domaine est un droit et à cet égard l'administration n'a que des compétences liées ; cependant que l'usage simplement compatible ne peut être qu'une faculté et l'administration dispose alors de compétences discrétionnaires, de pouvoirs particulièrement étendus, notamment ceux qui découlent de son droit de propriété.

Quant à la distinction de l'usage commun et de l'occupation privative, elle intervient aussi, indépendamment de ses rapports mêmes avec la distinction des occupations conformes ou simplement compatibles : alors qu'il est logique que l'usage commun soit libre, il est naturel que l'occupation privative, conférant au bénéficiaire un avantage particulier, soit toujours soumise à autorisation préalable, au paiement d'une redevance et demeure précaire ; la distinction, à cet égard, entre l'occupation normale et l'occupation compatible commande en revanche le caractère lié ou discrétionnaire de l'octroi de l'autorisation.

§ 2. Élargissement des pouvoirs de l'administration

Mais une évolution sensible s'est opérée dans la conception de ces pouvoirs et, à travers elle, dans la conception même du domaine public.

1° À l'origine, l'administration était considérée comme n'exerçant sur le domaine public que des pouvoirs de police (police de l'ordre public ou police de la protection matérielle du domaine), variables seulement — selon les utilisations — dans leur étendue, mais non dans leur nature. Cette conception, longtemps dominante, liée à la notion de « droit de garde » de l'administration et à l'idée du domaine public, chose rigoureusement « hors du commerce », est aujourd'hui dépassée. De plus en plus on a eu tendance, dès les années 1950, à regarder davantage le domaine public sous l'angle d'une valeur économique, d'une richesse collective que les autorités administratives doivent sans doute gérer dans le sens de l'affectation, mais en s'inspirant aussi de ce que les arrêts appellent la « meilleure utilisation du domaine », c'est-à-dire la plus rationnelle et aussi la meilleure économiquement.

2° Il en résulte, en ce qui concerne la nature des compétences exercées par l'administration sur le domaine, que l'on ne peut plus se contenter de parler de compétences de police. Aussi a-t-on recours à de nouvelles expressions : on parle de l'exercice, à côté des pouvoirs de police, de « pouvoirs de gestion »² ; on dit encore que l'administration agit là au

2. CE, 20 déc. 1957, *Sté nat. d'éditions cinématographiques*, Rec. Lebon, p. 702 ; S. 1958, 73, concl. Guldner.

titre, non plus de la police, mais de la « domanialité ». Dans ses conclusions sur l'un des arrêts qui ont particulièrement illustré cette évolution des idées, B. Chenot en a résumé le sens dans un passage souvent cité : « Le domaine public n'est plus seulement un objet de police administrative..., c'est un bien dont l'administration doit assurer, dans un intérêt collectif, la meilleure exploitation »³.

La notion de meilleure utilisation ou de meilleure exploitation du domaine public permet à l'autorité administrative de s'inspirer de toutes sortes de considérations d'intérêt général, ce qui est susceptible d'englober l'intérêt financier de l'administration⁴.

Section 3

Situation juridique des usagers du domaine public

§ 1. Situation légale et réglementaire ou situation contractuelle ?

Le principe a toujours été posé que les usagers faisant un usage commun et direct du domaine public se trouvaient, du point de vue du droit, dans une situation légale et réglementaire⁵.

L'éventualité de situations contractuelles est limitée à certains usages privatifs du domaine par les titulaires d'autorisations d'occupation temporaire.

Certains ont pu douter de la généralité de ces principes pour le cas d'utilisations communes payantes du domaine, spécialement à propos de l'utilisation des autoroutes à péage ; mais le juge confirme la situation légale et réglementaire de l'utilisateur de celles-ci (TC, 28 juin 1965, *M^{lle} Ruban*, Rec. Lebon, p. 816 — CE 13 mai 1977, *Cofiroute*, JCP 1978-I-18904, note Davignon).

3. Concl. ss. CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. Lebon, p. 129 ; RDP 1944, p. 236.

4. CE, 2 mai 1969, *Société Affichage Giraudy*, AJDA 1970, p. 110, note A. de Laubadère.

5. JC, 28 juin 1965, *D^{lle} Rufan*, Rec. Lebon, p. 816, à propos des usagers des autoroutes.

§ 2. Situation de droit public ou de droit privé ?

La question n'a jamais concerné tous les usagers du domaine public. Pour la majorité d'entre eux il n'est pas contestable qu'ils se trouvent dans une situation de droit public, dont le contentieux relève des tribunaux administratifs : c'est le cas des usagers communs et des occupants titulaires d'une permission unilatérale d'occupation du domaine public.

C'est uniquement pour les occupants titulaires d'une concession contractuelle que la possibilité d'une situation de droit privé a pu être autrefois débattue. Jusqu'en 1938, en effet, la jurisprudence, appliquant aux occupations privatives (normales ou simplement compatibles) du domaine public la théorie générale des contrats de l'administration, admettait que les collectivités publiques pouvaient selon les cas donner aux concessions domaniales le caractère d'un contrat administratif ou celui d'un contrat de droit privé, c'est-à-dire d'une location du droit civil⁶.

Le décret-loi du 17 juin 1938, dont la formule a été reprise par l'article L. 84 du code du domaine de l'État puis aujourd'hui par l'article L. 2331-1-1^o du code général de la propriété des personnes publiques, a définitivement et clairement réglé la question en attribuant compétence aux conseils de préfecture (aujourd'hui tribunaux administratifs) pour « les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'État, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires ».

Il résulte des termes très généraux ainsi employés que tous les contrats relatifs à l'occupation de dépendances du domaine public sont aujourd'hui des contrats administratifs par détermination de la loi ; et la jurisprudence entend largement le champ d'application du décret de 1938.

6. TC, 5 mars 1934, *Worms*, Rec. Lebon, p. 1243 — 11 janv. 1937, *Chavon et Selles*, D. 1938, 3, 70, note PLJ ; S. 1938, 3, 57, note R. Alibert.

Titre 2

L'expropriation pour cause d'utilité publique ¹

L'expropriation pour cause d'utilité publique est une opération administrative par laquelle l'État impose la cession de la propriété d'un immeuble privé dans un but d'utilité publique et moyennant une indemnité juste et préalable.

Cette simple définition fait apparaître l'expropriation comme un procédé redoutable, manifestant au plus haut degré une prérogative exorbitante de droit public et portant sur un objet considéré comme éminemment respectable : la propriété immobilière.

C'est en considération de ces caractères qu'a été établi le régime juridique de l'expropriation et que s'explique son évolution.

L'expropriation est une institution dont l'emploi est assorti de précautions rigoureuses.

1^o Quant à son *emploi*, on a posé en principe que l'expropriation n'est justifiée que lorsque l'administration a vraiment besoin de l'immeuble, c'est-à-dire lorsqu'il y a utilité publique et en vue de satisfaire cette utilité publique (la conception primitive avait même été d'exiger une « nécessité publique » ; Décl. des droits, art. 17).

2^o Quant à sa *procédure*, on a entouré l'opération de garanties consistant en une réglementation minutieuse et comportant plusieurs étapes successives. La garantie essentielle a été cherchée dans l'intervention du pouvoir judiciaire en raison de son indépendance à l'égard de l'administration et de sa mission traditionnelle de gardien de la propriété privée.

1. P. Bon et P. Cassias, *Dictionnaire juridique — Expropriation*, Dalloz 1993. J. Ferlos et A. Bernard, *Expropriation des biens*, Moniteur 2006. R. Hostiou et J. F. Struillou, *Expropriation et préemption*, Litec 2004. J. Lemasurier, *Le droit de l'expropriation*, Economica 2005. J. Lemasurier, *Le droit de l'expropriation*, PUF 2006.

Et aussi parce qu'à l'époque où les principes de la matière ont été posés, le juge judiciaire était la seule autorité juridictionnelle susceptible d'intervenir. On a donc consacré le principe que seule l'autorité judiciaire peut prononcer l'expropriation.

3° Enfin on a proclamé que la perte de la propriété devait être compensée pour l'exproprié par une indemnité. Car l'expropriation est une cession forcée mais non une cession gratuite. En outre, on a posé le principe que cette indemnité devait être juste et préalable.

Les bases du régime qu'on vient d'esquisser ont été établies sous la Révolution française, sous l'Empire et dans la première moitié du XIX^e siècle : la loi fondamentale est celle du 3 mai 1841 (précédée des lois de 1810 et de 1833). C'est dire que l'institution a pris forme dans une période où nul ne mettait en doute le caractère « inviolable et sacré » de la propriété privée individuelle. C'est pourquoi les principes de la matière ont été initialement conçus et aménagés avec un luxe remarquable de précautions en faveur de la propriété.

L'expropriation est une institution qui a évolué. — Depuis qu'ont été posés ces principes, le régime de l'expropriation a connu une certaine évolution.

1° L'exigence d'une utilité publique est demeurée, mais la jurisprudence et la législation ont notablement étendu le sens donné à cette notion.

2° La procédure de l'expropriation reste caractérisée par l'intervention de l'autorité judiciaire, mais l'aménagement de cette procédure a été à plusieurs reprises profondément transformé.

3° Le principe de l'indemnité juste et préalable n'a jamais été abandonné, mais la structure de l'organe chargé de fixer cette indemnité est passée par une succession de formules différentes.

Depuis 1841, la source du régime de l'expropriation a ainsi connu deux grandes révisions successives : celle du décret-loi du 8 août 1935, puis, récemment, celle de l'ordonnance du 23 octobre 1958, qui n'a depuis lors été modifiée ou complétée que sur des points particuliers.

Chapitre 1

Les conditions d'emploi de l'expropriation

Les conditions d'emploi de l'expropriation ont été de moins en moins contraignantes. À des degrés divers, cette évolution a concerné les titulaires du pouvoir d'exproprier, les objets possibles de l'expropriation, les *buts* de celle-ci, enfin les bénéficiaires éventuels.

Section 1

Les titulaires du pouvoir d'exproprier

C'est toujours l'État, par l'intermédiaire de ses organes administratifs et judiciaires, qui, comme on le verra en décrivant la procédure, exproprie. Mais des personnes diverses peuvent mettre en mouvement et suivre la procédure d'expropriation. Ce sont les titulaires du pouvoir d'exproprier ou expropriants.

Sont d'abord expropriants toutes les personnes publiques : État, collectivités territoriales, établissements publics.

Certaines personnes privées sont également habilitées à mettre en œuvre la procédure d'expropriation. Leur nomenclature a été progressivement étendue. Il s'agit en premier lieu des diverses catégories de concessionnaires : concessionnaires de mines, de chutes d'eau, de travaux publics, auxquels le Code de l'urbanisme a, plus récemment, ajouté les concessionnaires d'opérations d'urbanisme. En dehors des concessionnaires, certaines personnes privées ont reçu de textes la qualité d'expropriants en raison de l'intérêt général que présente leur activité : propriétaires de sources thermales, certaines sociétés individuellement désignées (Compagnie nationale du Rhône, Société des transports par pipe-lines, etc.).

Section 2

Les biens susceptibles d'expropriation

Seuls les immeubles privés peuvent faire l'objet d'expropriation. Cette proposition comporte plusieurs implications.

Elle signifie d'abord que l'expropriation, en règle très générale, est limitée aux immeubles. Pour les objets mobiliers, il existe bien aussi une procédure de cession forcée, qui est la réquisition ; mais celle-ci est organisée de manière très différente, ses conditions d'application sont beaucoup plus strictes et en font un mode de disposition temporaire des biens exceptionnel : on a toujours considéré que, en période normale, l'État peut se procurer les objets mobiliers dont il a besoin par la voie de l'acquisition amiable.

En deuxième lieu, l'expropriation ne concerne que les immeubles privés, mais ceci inclut le domaine privé des personnes publiques ; il est ainsi possible qu'une dépendance du domaine privé de l'État soit expropriée au profit d'une commune¹. En revanche, les dépendances du domaine public ne peuvent pas faire l'objet d'expropriation.

Enfin, l'expropriation ne peut porter que sur la propriété ou les autres droits réels immobiliers, alors que la réquisition peut porter sur le simple usage des meubles et sur des services. Jusqu'à 1958, l'expropriation ne pouvait du reste concerner que la propriété ou l'usufruit ; l'ordonnance du 23 octobre 1958 y a ajouté la faculté d'expropriation des droits réels immobiliers, et notamment des servitudes.

Section 3

Les buts légitimes de l'expropriation : la notion d'utilité publique

C'est dans ce troisième domaine que l'extension de l'emploi possible de l'expropriation est la plus frappante.

L'expropriation ne peut être utilisée qu'en vue d'un certain but, évoqué par l'expression « utilité publique ». Mais le contenu de cette notion d'utilité publique s'est depuis l'origine sensiblement élargi.

1. CE, 27 novembre 1970, *Bizière*, D., 1972, p. 25, note Taugourdeau.

§ 1. L'expropriation limitée à la constitution du domaine public

À l'origine on considérait qu'il n'y avait utilité publique, donc emploi justifié de l'expropriation qu'en vue de la constitution d'une dépendance du domaine public et encore seulement pour l'aménager par un travail public.

La raison en est qu'au milieu du XIX^e siècle on songeait surtout à l'employer pour les grands travaux de voirie alors en cours.

Il en résultait que l'expropriation ne pouvait être utilisée qu'au profit des collectivités publiques qui ont un domaine public, c'est-à-dire l'État, le département et les communes (la domanialité publique des établissements publics n'étant généralement pas admise à cette époque).

§ 2. L'expropriation étendue à la notion d'intérêt général

Le législateur et la jurisprudence ont progressivement étendu le domaine de l'expropriation au-delà de la constitution du domaine public. L'idée à laquelle on a abouti est que l'expropriation est justifiée lorsque l'opération projetée présente un intérêt général ; c'est la formule actuelle de la jurisprudence.

Il y a d'abord naturellement intérêt général lorsque l'expropriation vise à faciliter le fonctionnement d'un service public ; mais elle n'est pas limitée au service public², elle s'étend à tout ce qui présente un caractère suffisant d'utilité générale ; en somme on admet purement et simplement l'idée d'utilité publique exprimée dans le titre même de l'institution sans la restreindre en la riva à des notions techniques, comme celles de domaine public ou de travail public.

a) Cette extension a été le fait de nombreuses lois successives :

Expropriation des monuments historiques et sites naturels en vue de leur protection (L., 1906-1913).

Expropriation des immeubles insalubres dans un but d'hygiène (L., 1902-1915) ; l'immeuble ne reste pas dans le domaine public, car il est démoli et le terrain revendu.

Expropriation par zones (L., 1918, D. L., 1935) : à l'occasion d'une expropriation normale l'administration exproprie au-delà de ce qui lui

2. Concl. Josse, sous CE, 20 décembre 1938, *Cambieri*, D., 1939.3.15 : « Inutile pour justifier l'expropriation... d'aller jusqu'à la notion de service public. L'utilité générale suffit ».

est nécessaire, en vue de donner aux ouvrages leur pleine valeur ou même pour bénéficier de la plus-value acquise par la zone en question en revendant.

Expropriation pour développer la construction, les terrains expropriés pouvant être cédés à des personnes publiques ou privées aux conditions d'un cahier des charges (L., 6 août 1953).

b) En dehors même des textes législatifs le conseil d'État admet depuis déjà assez longtemps qu'il y a utilité publique lorsque « l'opération projetée présente un intérêt général »³.

En revanche, l'expropriation ne saurait être utilisée en dehors d'un but d'intérêt général, par exemple pour empêcher une acquisition immobilière par une personne étrangère à la commune⁴ ou encore pour faire échec à un projet de construction⁵.

Section 4

Les bénéficiaires de l'expropriation

L'extension de la notion d'utilité publique a eu pour conséquence d'allonger aussi la liste des bénéficiaires possibles de l'expropriation.

Visant l'intérêt général, l'expropriation a été admise, en dehors des patrimoines publics, au profit des entreprises privées d'intérêt général. Ce sont, il faut le dire, des cas exceptionnels mais significatifs.

Les lois de 1865-1888 l'admettaient au profit des associations syndicales autorisées de propriétaires ; il est vrai que, quoique ne gérant pas un service public proprement dit, ces groupements ont été reconnus établissements publics et leurs opérations travaux publics.

De la même façon, la loi du 29 juillet 1880 admet l'expropriation au bénéfice du concessionnaire de mines qui lui, est un particulier. La loi du 16 octobre 1919 l'admet pour le concessionnaire de production d'énergie hydro-électrique. La loi foncière du 6 août 1953 en a étendu le bénéfice aux constructeurs privés (disposition reprise par l'ordonnance du 23 octobre 1958, art. 41). Enfin le conseil d'État a même admis l'expropriation au profit d'entreprises privées d'intérêt général⁶.

3. *Cambieri*, 20 décembre 1938, S., 39.3.24 : auberge de la jeunesse — *Roch*, 29 juillet 1932, S., 33.3.32 : salle communale de réunion et spectacles — *Giros*, 10 août 1923, Rec. Lebon, p. 684 : agrandissement d'une colonie de vacances.

4. 6 janvier 1967, *Boucher*, Rec. Lebon tab. déc., n° 14.

5. *Ministère de l'Équipement et du Logement c/Baron*, 16 février 1972, Rec. Lebon, p. 139.

6. 6 juillet 1956, *Giraud et de Brettes de Bouer d'Equilles*, Rec. Lebon, tab. déc., n° 1 : usine privée d'hydravions destinés à des lignes transcontinentales.

Chapitre 2

La procédure de l'expropriation

Si l'évolution des conditions d'emploi de l'expropriation a été l'œuvre conjuguée de la jurisprudence et du législateur, c'est à ce dernier que sont dues les transformations profondes apportées à sa procédure primitive.

Modifiée une première fois depuis 1841 par le décret-loi du 8 août 1935, la procédure d'expropriation a été complètement transformée par l'ordonnance du 23 octobre 1958 ¹ qui constitue la source actuelle de la matière, l'ensemble des textes ayant été repris dans un code de l'expropriation (D., 28 mars 1977).

Les buts essentiels de cette réforme ont été d'une part de simplifier une procédure qui était devenue très compliquée (du fait notamment de la prolifération de procédures spéciales à côté d'une procédure de droit commun), et d'autre part d'accélérer le déroulement de cette procédure qui était en pratique très lente (du fait de son fractionnement en phases successives dont chacune ne pouvait intervenir qu'à l'issue de la précédente).

En même temps, la réforme a visé à spécialiser certains juges dans les opérations d'expropriation.

Le premier objectif a été recherché dans l'élimination de la plupart des procédures spéciales. Au second objectif correspond la possibilité de chevauchements dans le temps de la seconde phase de l'expropriation (judiciaire) sur la première (administrative).

Enfin il a été institué une juridiction de l'expropriation. Il s'agit d'une juridiction judiciaire, composée d'un magistrat du tribunal de grande instance désigné par le premier président de la cour d'appel, et spécialisé dans les expropriations. Pour chaque affaire le juge de l'expropriation est un juge unique. Le directeur départemental des domaines exerce auprès de cette juridiction les fonctions de commissaire du gouvernement, ceci devant s'étendre de façon tout à fait spécifique, sans analogie, avec les fonctions du commissaire du gouvernement dans le

1. RAP des 19 mai, 16 juin, 20 novembre 1959.

droit commun du contentieux administratif. Un décret du 13 mai 2005 a réformé la procédure devant le juge de l'expropriation et notamment le rôle qu'y joue le commissaire du gouvernement, selon les exigences de la contradiction contentieuses elles-mêmes rappelées par un arrêt de la cour européenne du droit de l'homme ² puis par la cour de cassation ³ ; le conseil d'État a rejeté le recours formé contre le décret du 13 mai 2005 ⁴.

Reposant sur ces principes, la procédure se déroule en deux phases, la première administrative, la seconde judiciaire.

Section 1

La phase administrative

La phase administrative de l'expropriation comporte trois éléments constitutifs essentiels : l'enquête, la déclaration d'utilité publique, enfin l'arrêté de cessibilité.

§ 1. L'enquête préalable

La phase administrative de l'expropriation débute par une enquête préalable destinée à recueillir l'avis des collectivités, organismes et particuliers intéressés, sur l'utilité de l'opération projetée.

À cette fin, l'autorité expropriante constitue, pour être soumis à l'enquête, un dossier dont la composition varie selon que l'expropriation est poursuivie en vue de la réalisation de travaux ou d'ouvrages ou seulement en vue de l'acquisition d'immeubles mais qui, en toute hypothèse, doit comprendre une notice explicative, un plan et une appréciation sommaire du coût de l'opération.

La loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature a prévu d'autre part en son article 2 que « les études préalables à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages qui, par l'importance de leurs dimensions ou leurs incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier, doivent comporter une étude d'impact permettant d'en apprécier les conséquences ».

2. CEDH 2 juillet 2002 *Yvon c./ France*, AJDA 2003, p. 865.

3. C. cass. 2 juillet 2003 *consorts Mazerian c./ département de la Drôme*.

4. CE, 3 septembre 2007, *Association de sauvegarde du droit de propriété*, RFDA 2007, p. 1175, note Hostiou.

Ainsi le dossier mis à l'enquête publique pour l'expropriation doit comporter une étude d'impact pour toutes les opérations qui, susceptibles d'affecter l'environnement, entrent dans le champ d'application de ces textes ; mais uniquement dans cette hypothèse. Dans certains cas, la dispense d'étude d'impact est subordonnée à l'élaboration d'une notice d'impact pour figurer au dossier.

L'enquête est faite par un commissaire enquêteur ou par une commission d'enquête et est réglementée différemment selon qu'il s'agit d'une expropriation ordinaire (code de l'expropriation) ou comportant une des opérations recensées dans un décret comme incluant une atteinte à l'environnement (loi du 12 juillet 1983, relative à la « démocratisation des enquêtes publiques » ; décret du 23 avril 1985). Le rapport d'enquête n'a aucun caractère décisoire.

§ 2. Déclaration d'utilité publique

C'est, comme son nom l'indique, l'acte qui vise à constater que l'expropriation est, en l'espèce, justifiée par une utilité publique réelle. Il répond à une exigence constitutionnelle.

A Autorité compétente

1° *Jusqu'en 2002.* — La déclaration est nécessairement faite par *décret en conseil d'État* lorsque l'enquête préalable a été défavorable ou lorsqu'il s'agit de travaux particulièrement importants (ports, autoroutes, chemins de fer, adductions d'eau d'un bassin fluvial à un autre, etc.). Dans les autres cas, la déclaration d'utilité publique peut aussi être prononcée par *arrêté ministériel ou préfectoral*.

2° *La loi du 27 février 2002.* — La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a posé comme principe que, dorénavant, l'utilité publique est déclarée par *arrêté ministériel ou par arrêté préfectoral*. Il n'y a donc plus lieu à *décret en conseil d'État*, y compris lorsque les conclusions du commissaire-enquêteur sont défavorables.

Le décret du 9 février 2004 met en œuvre ces nouvelles règles et précise la répartition des compétences entre le ministre et le préfet et les cas particuliers où, en tout état de cause, un décret en conseil d'État reste nécessaire compte tenu de la nature de l'opération ⁵.

5. V. P. Bon, *L'autorité compétente pour édicter une déclaration d'utilité publique*, RFDA, 2004, p. 243.

B Contentieux de la DUP

Une question très importante est celle du *contentieux de la déclaration d'utilité publique*, plus précisément celle de savoir jusqu'où s'étend en la matière le contrôle du juge administratif de l'excès de pouvoir.

La déclaration d'utilité publique constitue naturellement un acte administratif contre lequel le recours pour excès de pouvoir peut être éventuellement formé. Mais que peut, à son occasion, contrôler le juge administratif ? Sur ce point, le conseil d'État a adopté au cours de ces dernières années les solutions suivantes.

Le juge de l'excès de pouvoir contrôle d'abord — comme il va de soi — si la condition légale de la mesure est remplie, c'est-à-dire si l'objectif en vue duquel l'expropriation est faite rentre dans la notion d'utilité publique ; c'est précisément à l'occasion de ce contrôle qu'a pu se dégager une définition jurisprudentielle de la notion même d'utilité publique, comme on l'a souligné plus haut.

Mais en outre, depuis l'arrêt de principe du 28 mai 1971, « *Ville nouvelle Est* »⁶, le conseil d'État reconnaît au juge de l'excès de pouvoir le droit d'apprécier si, dans les circonstances de l'espèce, « les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics que comporte l'opération ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». Le juge opère ainsi, comme on a pu le dire, un « bilan » ou une « balance » des avantages et des inconvénients, pour l'intérêt général, de l'expropriation et apprécie leur « proportionnalité » et le caractère éventuellement excessif du projet⁷.

§ 3. La déclaration de projet

La loi déjà citée du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité a institué un mécanisme de déclaration de projet qui, pour les expropriations de l'État et de ses établissements publics, se confond avec la déclaration d'utilité publique.

Pour les expropriations des collectivités locales au contraire, l'assemblée délibérante locale est désormais appelée à se prononcer sur le projet, au vu des résultats de l'enquête publique, et sur l'intérêt général qu'il présente ou conserve à ce stade (art. L. 126-1 du code de l'environnement).

6. Rec. Lebon, p. 409, concl. Braibant.

7. CE, 20 octobre 1972, *Société Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec. Lebon, p. 657, concl. Morisot.

L'article L. 11.1-1 du code de l'expropriation précise le régime contentieux de cette déclaration du projet et comment elle s'insère dans la procédure de déclaration d'utilité publique qui se poursuit.

Ce mécanisme assez complexe est repris des conclusions d'une étude du conseil d'État sur « l'utilité publique aujourd'hui »⁸ et veut faire une place à l'appréciation des autorités locales dans un système où la déclaration d'utilité publique proprement dite est toujours prononcée par des autorités de l'État.

§ 4. L'arrêté de cessibilité

L'arrêté de cessibilité est l'acte par lequel le préfet détermine la liste des parcelles ou des droits réels immobiliers à exproprier.

Il intervient après la déclaration d'utilité publique, sauf si la liste des parcelles résulte de cette déclaration elle-même, auquel cas l'ordonnance de 1958 dispense l'administration de prendre cet arrêté.

Section 2

La phase judiciaire

Dans cette seconde phase intervient le juge de l'expropriation, chargé à la fois de prononcer le transfert de propriété et de fixer l'indemnité correspondante.

§ 1. L'ordonnance d'expropriation

C'est la juridiction d'expropriation qui procède au transfert de propriété au moyen d'une ordonnance d'expropriation. Cette ordonnance opère le transfert de propriété et a pour effet de transformer les droits réels dont l'immeuble pouvait être grevé en créances d'indemnités.

À cette occasion le juge se borne à constater que les opérations administratives ont été réellement accomplies et, dans l'affirmative, à rendre l'ordonnance ; il ne lui appartient pas, si la régularité de ces opérations est contestée, de vérifier celle-ci ; cette vérification ne pourrait

8. Doc. fr., 1999.

être faite que par le juge administratif éventuellement saisi de cette question.

L'ordonnance d'expropriation peut uniquement faire l'objet d'un recours en cassation.

§ 2. La fixation de l'indemnité

A Procédure

Avant l'ordonnance de 1958, la fixation de l'indemnité ne pouvait intervenir qu'après que la phase administrative ait été accomplie. D'autre part, elle était opérée par un organe distinct de l'autorité judiciaire chargée de rendre l'ordonnance d'expropriation. Après avoir été longtemps confiée à un jury d'expropriation composé de propriétaires fonciers, la compétence pour fixer l'indemnité avait été attribuée en 1935 à une commission arbitrale présidée par un magistrat et comprenant des fonctionnaires, un notaire et un contribuable.

L'ordonnance de 1958 a complètement transformé ce système.

Désormais c'est la juridiction d'expropriation qui fixe l'indemnité avec appel possible devant une chambre spéciale de la cour d'appel.

D'autre part, en vue d'accélérer la procédure, dès le début de la phase administrative (c'est-à-dire dès l'avis d'ouverture de l'enquête préalable), l'administration peut mettre en train la fixation de l'indemnité en saisissant tout de suite le juge ; cette opération peut ainsi se dérouler en même temps que les autres et la décision fixant l'indemnité peut intervenir avant l'ordonnance d'expropriation elle-même.

B Compétence du juge pour évaluer l'indemnité

Le juge de l'expropriation évalue lui-même le bien exproprié. Il ne peut pas, à cette fin, s'en remettre à expert, la réforme de 1958 ayant précisément visé à la formation de juges fonciers spécialisés.

Mais, pour l'évaluation du bien, le juge de l'expropriation ne dispose pas d'une complète liberté d'appréciation. Sur divers points, il est lié par certaines règles légales, dont on peut signaler les principales.

Les améliorations apportées à l'immeuble par le propriétaire depuis l'ouverture de l'enquête préalable sont présumées, sauf preuve contraire, faites pour donner une plus-value artificielle au bien et ne sont pas indemnisables.

Sont exclus de l'estimation les changements de valeur provoqués, depuis la date d'un an avant l'ouverture de l'enquête, par l'annonce des travaux ou par divers autres facteurs de hausse.

Le juge doit tenir compte de la valeur résultant des déclarations fiscales du propriétaire.

La valeur donnée aux immeubles ne peut excéder, sauf modifications justifiées dans l'état des lieux, l'estimation faite lors de la plus récente mutation lorsque celle-ci date de moins de cinq ans.

Il existe une définition légale du « terrain à bâtir » (les terrains à bâtir ayant naturellement une valeur plus élevée que les autres).

§ 3. Issue de l'expropriation

L'administration ne peut prendre possession effective de l'immeuble qu'après versement de l'indemnité, l'ordonnance d'expropriation ayant eu seulement pour effet de transférer la propriété et de prononcer l'envoi en possession, sous condition suspensive de la fixation et du paiement de l'indemnité.

Si l'expropriation n'est que partielle et que la partie restante de la propriété est inutilisable dans des conditions normales, l'exproprié peut exiger l'expropriation de la totalité de celle-ci (« réquisition d'emprise totale »).

Si l'immeuble ne reçoit pas dans les cinq ans la destination prévue dans la déclaration d'utilité publique (ou cesse de recevoir cette destination), l'exproprié peut exiger la rétrocession, à un prix résultant d'une évaluation nouvelle.

Titre 3

Les travaux publics ¹

L'originalité du droit des travaux publics est d'abord historique et la matière est toujours régie par la loi du 28 pluviôse an VIII. La constitution et l'aménagement de certains biens de l'administration ou utilisés dans un but d'intérêt général relèvent d'un régime spécifique de droit public qui constitue le droit des travaux publics.

Ce particularisme (modes d'exécution, prérogatives de l'administration, responsabilités) oblige d'abord à préciser dans quelles hypothèses on se trouve en présence d'un travail public c'est-à-dire à définir la notion de travail public.

1. P.-L. Josses, *Travaux publics et l'expropriation*, 1958 mise à jour 1960 — J. Dufau, *Le droit des travaux publics*, éd. du Moniteur, 2^e éd. 1998.

Chapitre 1

La notion du travail public ¹

La notion de travail public a fait l'objet, en droit administratif français, d'une évolution dans un sens extensif ; c'est ce que l'on désigne parfois par référence au caractère attractif de la notion de travaux publics. Il y a à cela une explication d'abord historique, la compétence de la juridiction administrative (conseils de préfecture) étant initialement cantonnée à cette matière.

L'évolution a porté sur deux des trois éléments dont la notion de travail public est constituée. Ces trois éléments sont les suivants.

Section 1

Un travail immobilier

Le travail public est celui qui est exécuté sur un immeuble. Les meubles même dépendant du domaine public, peuvent bien donner lieu pour les travaux dont ils sont l'objet à un régime de droit public (marché administratif, par exemple) mais non à ce régime particulier de droit public qui est celui des travaux publics.

Section 2

Un travail dans l'intérêt général

Le travail doit être fait dans un intérêt général. Ce second élément est déjà le résultat d'une évolution. Cette évolution rappelle celle qui a

1. J.-P. Maublanc, *De l'unité de la notion de travail public*, Mélanges Auby, p. 227. — R. Capitant, *La double notion de travail public*, RDP, 1929, p. 507.

été constatée dans la matière de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; ici, comme là, l'institution, après avoir été liée à la notion de domaine public, a été élargie à celle d'intérêt général.

À l'origine le travail public était strictement celui qui est exécuté sur un immeuble du domaine public ; puis on en a étendu le régime à d'autres immeubles ; c'est la jurisprudence administrative qui a réalisé cette extension ; elle n'exige plus qu'il y ait domaine public, ni même qu'il y ait service public, mais seulement, selon ses formules, que le travail soit fait « dans l'intérêt général » ou encore « dans un but d'utilité générale ».

a) Il peut ainsi y avoir travail public sans qu'il y ait domaine public. La jurisprudence reconnaît par exemple le travail public dans certains travaux d'intérêt général accomplis sur le domaine privé². La notion de travail public, dit le tribunal des conflits³ « est indépendante de la domanialité publique ».

b) La notion de travail public est également indépendante de celle de service public ; il peut y avoir travail public sans qu'il y ait un service public en cause. Le conseil d'État en a ainsi notamment décidé dans le célèbre arrêt *Commune de Monségur*⁴, pour les travaux effectués sur les églises, bien que le culte ne soit plus un service public depuis la séparation de l'Église et de l'État (1905).

Ce rattachement de la notion du travail public à celle d'intérêt général pourrait faire penser qu'elle doit trouver un large et intéressant terrain d'application avec les activités privées d'intérêt général. En réalité l'extension à ces activités de la notion de travail public est contrariée par l'absence du troisième élément (travail pour le compte d'une personne publique (v. *infra* Section 3). Ainsi le conseil d'État refuse-t-il la qualification de travaux publics aux travaux du concessionnaire de mines⁵. Cependant il a accordé cette qualification aux travaux du concessionnaire de chutes d'eau dans l'important arrêt *de Sigala*⁶.

Enfin, si la notion de travail public est étendue à l'idée très compréhensive d'intérêt général, elle exclut cependant les travaux poursuivant simplement un but d'exploitation financière⁷.

2. CE, *Giraudon*, 16 mai 1941, S., 1942.3.5 : assainissement de marais dépendant du domaine privé — TC, 24 octobre 1942, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, S., 1945.3.10 : réfection d'un palais de justice « sans qu'il soit besoin de déterminer s'il faisait partie du domaine public ou privé ».

3. Arrêt ci-dessus.

4. 10 janvier 1921, Rec. Lebon, p. 573 ; S., 1921.3.49, note Hauriou, concl. Cornille ; RDP, 1921, p. 361, note Jèze.

5. CE, 4 juin 1926, *Compagnie des houillères lyonnaises*, Rec. Lebon, p. 563.

6. CE, 22 juin 1928, RDP, 1928, p. 525.

7. CE, 18 janvier 1924, *Casino de Saint-Malo*, Rec. Lebon, p. 58.

Section 3

Un travail pour le compte d'une personne publique

Le travail doit être en principe effectué pour le compte d'une personne publique (ce qui n'implique pas d'ailleurs que cette collectivité soit une collectivité publique française⁸).

Cela signifie que l'ouvrage qu'il concerne doit appartenir à une collectivité publique ou au moins être destiné à revenir un jour à une telle collectivité. Au contraire, un travail exécuté pour le compte et le bénéfice de personnes privées ne saurait être un travail public⁹.

Mais cette troisième condition a donné lieu, elle aussi, à une époque récente, à une évolution importante au terme de laquelle elle est devenue une condition simplement alternative : est travail public le travail immobilier d'intérêt général effectué soit pour le compte d'une personne publique, soit dans le cadre d'une mission de service public. Dans ce second cas (cadre d'une mission de service public), le travail peut être travail public tout en étant exécuté au bénéfice de personnes privées¹⁰.

Cette jurisprudence connaît cependant une limite : elle ne joue qu'à la condition que le travail soit exécuté par un organisme public, alors que, s'il est fait pour le compte d'une personne publique, il peut être travail public même s'il est exécuté par une personne privée (par exemple confié à un entrepreneur). En d'autres termes, un travail ne peut être travail public s'il est effectué à la fois pour des personnes privées et par des personnes privées.

8. CE, 18 décembre 1981 ; *Min. des Rel. ext. c/M. Pelaz et a.*, Rec. Lebon, p. 480 ; AJDA, 1982, p. 264, concl. Labetoulle ; RDP, 1982, p. 1131, note de Soto.

9. CE, 10 novembre 1933, *Toussaint*, Rec. Lebon, p. 1037, à propos d'un travail exécuté pour le compte d'une association reconnue d'utilité publique.

10. TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, Rec. Lebon, p. 617 : travaux de reconstruction effectués par les associations syndicales de reconstruction, établissements publics, au profit des propriétaires privés sinistrés — CE, 20 avril 1956, *Min. agr. c/consorts Grimouard*, D., 1956, p. 429, concl. Long, note PLJ ; RDP, 1956.1.1058, concl. Long, note Waline ; AJDA, 1956.II.221 : travaux de reboisement exécutés par l'État pour le compte de propriétaires privés — CE, 12 avril 1957, *Mimouni*, D., 1957, p. 413, concl. Tricot : travaux de démolition d'immeubles menaçant ruine.

Section 4

Le caractère extensif de la notion de travail public

Déjà très large, comme on vient de le voir, en ce qui concerne ses éléments constitutifs, le concept de travail public présente encore à d'autres égards un caractère très compréhensif.

a) L'expression « travail public » désigne à la fois le travail (construction, réparation...) et le résultat du travail, c'est-à-dire l'ouvrage public lui-même.

b) Quant à la nature des opérations, la notion de travail public va jusqu'à englober des activités telles que le nettoyage, balayage, arrosage des rues ¹¹ ou encore la signalisation de l'ouvrage.

c) L'effet attractif de la notion de travail public se manifeste à propos de la qualification des contrats : des contrats seront considérés comme des contrats de travaux publics alors même qu'ils n'auraient pas pour objet la réalisation de tels travaux et à la simple condition qu'un lien les rattache à l'exécution de travaux publics ¹².

d) Enfin, l'effet attractif de la notion de travail public se manifeste à propos de la réparation des dommages : sont assimilés à des dommages de travaux publics les dommages qui apparaissent comme le prolongement de l'exécution d'un travail public, les dommages consécutifs à l'absence d'ouvrage public, les dommages imputables au fonctionnement du service utilisant un ouvrage public.

Cependant, les dommages causés aux *usagers* des services industriels et commerciaux relèveront de la compétence judiciaire et se verront appliquer le droit privé quant à leur réparation alors même qu'ils seraient imputables à un ouvrage public.

11. CE, *Mabille*, 9 février 1934, S., 1934.3.33.

12. CE, 25 juillet 1980, *Commune de Quincy-sous-Sénart*, RDP, 1981, p. 520.

Chapitre 2

Le régime des travaux publics

Le particularisme du régime juridique des travaux publics porte, sur leur mode d'exécution, les prérogatives qu'ils confèrent à l'administration, les responsabilités qu'ils provoquent, le contentieux auquel ils sont soumis. Plusieurs de ces éléments ont d'ailleurs été déjà étudiés précédemment.

Section 1

Les modes d'exécution des travaux publics

Les travaux publics peuvent être exécutés suivant trois modalités.

§ 1. La régie

Les travaux sont exécutés par l'administration elle-même à l'aide des ouvriers qu'elle embauche, des matériaux qu'elle achète, etc.

§ 2. La concession

L'administration confie l'exécution des travaux à un particulier qui se rémunère sur les usagers. C'est dire que la concession de travaux publics comporte généralement en même temps une concession de service public (tramways, gaz, électricité), le concessionnaire prenant à sa charge à la fois la gestion du service et l'exécution des travaux. Cette association des deux concessions avait paru à l'origine tellement importante que l'on ne concevait guère la deuxième sans la première et que la concession

de service public s'appelait « concession de travail public ». On a fini par dissocier les deux notions. Dans la période contemporaine, nombre d'opérations de travaux publics ont été menées dans le cadre de conventions d'aménagement conclues avec les collectivités locales.

§ 3. Le marché ou entreprise

C'est une modalité d'exécution du travail public très largement utilisée dans la pratique par les collectivités publiques. La collectivité publique, « maître de l'ouvrage », charge, un entrepreneur, par un contrat, de l'exécution du travail public ; l'entrepreneur est rémunéré au moyen d'un *prix* versé par l'administration. Le marché diffère ainsi de la concession à la fois par son objet, qui ne comporte pas l'exploitation de l'ouvrage et surtout par le mode de rémunération de l'entrepreneur. On doit en rapprocher aujourd'hui les contrats de partenariat public-privé d'ordonnance du 17 juin 2004.

§ 4. Marchés globaux et contrats de partenariat

Les marchés d'entreprise de travaux publics et les contrats globaux ou de partenariat constituent, avec des dénominations qui se succèdent dans le temps, un même mode de réalisation de travaux publics, pour le compte d'une personne publique, mais dont l'objet global est étendu à l'entretien et la maintenance, pendant une durée assez longue, de l'ouvrage ainsi réalisé. L'entrepreneur est rémunéré par l'administration (et non par les usagers de l'ouvrage), selon un prix convenu avec elle, versé pendant toute la durée du contrat.

C'est dans deux décisions, *Ville de Colombes* du 11 décembre 1963 et *Société Sima* du 26 novembre 1971, que le conseil d'État a pour la première fois reconnu la notion de marché d'entreprise de travaux publics. Ce marché se décomposerait en deux éléments : marché de travaux publics ; contrat de prestations de service pour l'exploitation des installations. La solution de ces décisions a été reprise en particulier dans une décision du 26 juillet 1986 *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*¹ dans laquelle le conseil d'État estime être en présence non d'une concession de service public mais d'un marché d'entreprise de travaux publics en considération du mode de rémunération de l'entrepreneur.

1. RFDA, 1986, p. 231, concl. Dandelot.

En définitive, en effet, la caractéristique essentielle du marché d'entreprise de travaux publics consiste en l'entretien et l'exploitation de l'ouvrage, l'entrepreneur étant rémunéré non pas par les usagers mais par la collectivité pour le compte de laquelle l'ouvrage est réalisé².

Plus récemment cette formule des contrats globaux a été reprise par plusieurs textes particuliers, propres à la réalisation de certaines catégories de travaux (gendarmeries, prisons, hôpitaux), avant d'être généralisée par l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat public-privé (v. sur cette évolution *supra*, les développements sur les différentes catégories de contrats administratifs).

Section 2

Les prérogatives de l'administration dans l'exécution des travaux publics

Le respect de l'intégrité de l'ouvrage public est toujours l'objet d'une protection juridique particulière, même si le principe d'intangibilité a été abandonné en tant que principe.

Le droit d'occupation temporaire d'autre part constitue une prérogative remarquable de l'administration par la réalisation de l'ouvrage public.

§ 1. L'intangibilité de l'ouvrage public

La règle de l'intangibilité de l'ouvrage public qui remonte à l'Ancien Régime (« ouvrage public mal planté ne se détruit pas ») signifiait l'impossibilité pour les juges — et plus précisément le juge judiciaire — d'ordonner la démolition de l'ouvrage irrégulièrement édifié et alors même qu'il empiéterait sur une propriété privée³.

2. Sur la question : X. Besançon et O. Van Ruymbeke, *Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ?* AJDA, 1990, p. 813 — Y. Gaudemet, *Le marché d'entreprise de travaux publics*, Mon. TP, 23 décembre 1988, p. 4 — S. Braconnier, *Un contrat en péril, le marché d'entreprise de travaux publics*, RFDA, 1999, p. 1172.

3. TC, 7 juillet 1853, *Robin de Grimaudière*, S., 1854, 2, 213 — cass. crim. 24 octobre 1946, D. 1947, p. 53, note Pepy.

Mais cette solution — qui pouvait entrer en conflit avec la prohibition de l'expropriation indirecte par la cour de cassation ⁴ — a fini par être abandonnée en tant que principe.

Le conseil d'État juge désormais que, « lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général » ⁵ ; ce que confirme la jurisprudence ultérieure ⁶ et que la cour de cassation a repris à son compte ⁷.

§ 2. L'occupation temporaire (L. 29 décembre 1892)

L'occupation temporaire est une prérogative de l'exécutant du travail public qui lui permet d'occuper temporairement un terrain appartenant à un particulier pour y déposer des outillages ou pour en extraire des matériaux nécessaires à son travail.

Tous les exécutants de travaux publics en bénéficient : administration, concessionnaire, entrepreneur. Il existe aussi une occupation temporaire au profit du concessionnaire de chute d'eau et même de mines, bien que les travaux de ce dernier ne soient pas des travaux publics.

La loi du 29 décembre 1892 régit cette prérogative pour éviter ses abus.

1° L'occupation n'a lieu qu'après une autorisation préfectorale et une constatation contradictoire de l'état des lieux.

4. Cass. ass. plén., 6 janvier 1994, *Consorts Baudon de Mony c/ EDF*, AJDA 1994, p. 339, note R. Hostiou.

5. CE, 29 janvier 2003, *Synd. dép. de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes*, RFDA, 2003, p. 477, concl. Maugué, note Ch. Lavialle.

6. CE, 9 juin 2004, *Commune de Peille*, RJEP, 2004, p. 494, concl. F. Donnat.

7. Cass. 3^e civ., 30 avril 2003, *Dr. adm.*, 2003, n. 134.

2° Elle ne peut excéder cinq ans.

3° Elle ne peut porter sur des maisons d'habitation ni des terrains clos attenants aux maisons d'habitation.

4° Elle comporte une indemnisation réglée par le tribunal administratif.

L'occupation irrégulière est une voie de fait entraînant la compétence des tribunaux judiciaires ⁸.

Section 3

Les responsabilités de l'administration à l'occasion des travaux publics (Renvoi)

La théorie du travail public ne comporte pas pour l'administration que des avantages et prérogatives ; en contrepartie, elle se traduit aussi par des charges et sujétions.

La principale de ces charges consiste dans l'application très large qui est faite de la responsabilité sans faute en matière de travaux publics (v. *supra*. Partie 1, Titre 3).

Section 4

Le contentieux des travaux publics

Le contentieux des travaux publics relève des tribunaux administratifs, qu'il s'agisse du contentieux contractuel (marchés de travaux) ou du contentieux de la responsabilité (accidents et dommages causés par les travaux).

Avant la réforme du contentieux administratif de 1953, les conseils de préfecture étaient déjà compétents en matière de travaux publics, par une attribution expresse de la loi du 28 pluviôse an VIII. La caractéristique de cette compétence des conseils de préfecture était la force d'attraction que lui reconnaissait la jurisprudence.

Ces principes sont toujours valables, mais cette extension de la compétence des actuels tribunaux administratifs en la matière ne présente plus

8. CE, 16 novembre 1928, D. 1928.3.63.

un caractère exorbitant puisque ces tribunaux sont aujourd'hui juges de droit commun du contentieux administratif.

Il convient d'ajouter que par une interprétation jurisprudentielle de la loi de l'an VIII, les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître même des actions en responsabilité dirigées par les particuliers contre le concessionnaire ou l'entrepreneur de travaux publics, bien qu'il s'agisse alors, on le voit, d'un litige entre deux personnes privées.

On relèvera qu'en vertu de l'article 1^{er}, al. 1^{er} du décret du 11 janvier 1965 et sauf pour les marchés de travaux qui imposent en principe au cocontractant l'obligation de former un recours administratif avant de saisir le juge (art. 50, CCAG, 1976), la règle de la décision préalable n'est pas applicable en matière de travaux publics (art. R. 421-1, c. just. adm.) et la jurisprudence en déduit que les recours contentieux ne sont pas assujettis à des délais même s'il y a eu en fait une décision préalable.

Index alphabétique des matières

(Les chiffres renvoient aux pages)

A

Abrogation : 290
Accès aux documents administratifs : 149
Accidents causés par les véhicules : 172, 186
Accidents du travail : 182
Acte administratif informel : 393
Actes de gouvernement : 114, 131
Actes détachables : 137
Actes de terrorisme (Dommages causés par les —) : 184
Actes diplomatiques : v. Relations internationales.
Actes faisant grief : 132
Actes parlementaires : 116
Actes préparatoires : 279
Adjudication : 310
Affectation (des biens domaniaux) : 457, 468
Agents non titulaires : 407
Agents publics : 400
Agents publics contractuels : 409
Aménagement indispensable (critère de l'—) : 472
Appel d'offres : 310
Arbitrage : 56
Arrêté de cessibilité : 509
Arrondissement (urbain) : 249, 251
Attroupements et rassemblements (Dommages causés par les —) : 183
Autonomie (du droit administratif) : 11

Autorité administrative indépendante : 200, 275
Autorité publique indépendante : 200
Auxiliaire : 408
Avancement : 428

B

Bail commercial : 488
Banque de France : 362
Berkani (jurisprudence) : 402
Biens communaux : 478
Biens de retour : 371
Bilan coût-avantages : 147
Bureaux : 461, 479

C

Chambres régionales des comptes : 221
Charte du développement durable : 98
Chemins ruraux : 478
Circonscriptions locales : 215
Circonstances exceptionnelles : 111, 346, 437
Circulaires : 280
Clause exorbitante : 298
Codification : 15, 306
Collaborateurs de l'administration (Accidents survenus aux —) : 173
Comités de règlement amiable : 312
Comités techniques paritaires : 425
Commande publique : 306

Commissions administratives paritaires : 425, 436
 Commission d'accès aux documents administratifs : 149
 Commission supérieure de codification : 15
 Commune : 233
 Communication du dossier : 437
 Compétence (de la juridiction administrative) : 42
 — (à l'intérieur de la juridiction administrative) : 68, 77
 Compétences des collectivités locales : 222
 Concession de service public : 365, 373
 Concours : 427
 Concurrence : 32
 Conflits : 64
 Conseil d'État : 46, 79
 Conseil général : 237
 Conseil municipal : 237
 Conseil régional : v. Région
 Conseils supérieurs de la fonction publique : 425
 Contrats administratifs :
 Critère des — : 296
 Conclusion des — : 309, 315
 Exécution des — : 317
 Source des — : 305
 Contrats de délégation de service public : v. Délégation de service public.
 Contrat entre personnes publiques : 237
 Contrats comportant occupation du domaine public : 303
 Contrats de partenariat ou globaux : 300, 520
 Contrôle administratif et contrôle juridictionnel : 197
 Contrôle financier : 221, 246
 Contrôle normal, contrôle restreint : 146
 Contrôle de légalité : 221, 245
 Contrôle sur les collectivités locales : v. Contrôle de légalité.

Copropriété : 464, 487
 Cours administratives d'appel : 51
 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : 103
 Critère du régime administratif : 27 et s.
 Cumul de rémunération : 418
 Cumul des responsabilités de l'administration et du fonctionnaire : 158

D

Décentralisation : 195, 209
 Décentralisation (Réformes de —) : 218, 223
 Décision préalable (Règle de la —) : 89
 Décision implicite : 278, 289
 Déclaration de projet : 508
 Déclaration d'utilité publique : 507
 Déconcentration : 205, 209
 Défenseur des droits : 126
 Délai (de recours) : 133
 Délégation de service public : 302, 364
 Démission : 429
 Département : 233
 Désintéressement : 430
 Détournement de pouvoir : 142
 Dialogue compétitif : 316
 Directives : 281
 Directives communautaires : v. Droit communautaire.
 Discipline : 434
 Distinction des contentieux : 87
 Domaine de la Couronne : 456, 485
 Domaine de la loi : 269
 Domaine de la Nation : 456
 Domaine privé : 455, 477
 Domaine public : 455, 463, 503
 Domaine public (critères du —) : 461
 Domaine public des établissements publics : 465
 Domanialité publique globale : 473
 Dommage : 164

Dommages corporels résultant d'une infraction : 184

Dommages de guerre : 181, 182

Dommages de travaux publics : 170

Dommage moral : 165

Droit communautaire (et fonction publique) : 411

Droit communautaire (et régime administratif) : 30, 101

Droits de la défense : 106

Droit écrit : 14

Droits réels (sur le domaine public) : 489

E

Égalité (principe de —) : 106

Élections locales : 237

Emploi : 422

Emploi supérieur : 422

Emprise : 73

Enquête d'utilité publique : 506

Entrée en vigueur (des actes administratifs) : 282

Entreprises publiques : 356

Erreur manifeste d'appréciation : 146

Établissement d'utilité publique : 354

Établissement public : 352

Établissements publics territoriaux : v. Groupements de collectivités locales.

État de droit : 5

État de siège : 344

État d'urgence : 345

État législateur (Responsabilité de l'—) : v. Responsabilité du fait des lois.

Exception d'illégalité : 122

Exécution des décisions du juge administratif : 84

Exécution d'office : 82, 285

Expropriation : 499

F

Fait du prince : 368

Faute disciplinaire : 435

Faute de service : 155

Faute lourde : 167

Faute non dépourvue de tout lien avec le service : 156

Faute personnelle : 155

Fédéralisme : 203

Fonction juridictionnelle (Responsabilité du fait de la —) : 178

Fonctionnaire : 405

Fonctionnaire de fait : 140

Force majeure : 368

Fôrets : 480

Fusion de communes : 255

G

Garantie des fonctionnaires : 157

Grade : 422

Grève : 433

Groupements de collectivités locales : 253

Groupements d'intérêt public : 361

Guerre : 112, 346, 437

H

Hôpitaux : 168

I

Imprescriptibilité du domaine public : 490

Imprévision : 320, 368

Inaliénabilité (du domaine public) : 485

Incessibilité à vil prix de la propriété publique : 450

Incompétence : 139

Indemnité d'expropriation : 510

Indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur (principe de —) : 107

Inexistence des actes administratifs : 124
 Injonction : 85, 93
 Insaissabilité des biens des personnes publiques : 452
 Intangibilité de l'ouvrage public : 521
 Intercommunalité : 257
 Intérêt à agir : 132
 Interventions économiques des collectivités locales : 234

J

Juridiction administrative :
 – Historique : 37, 40
 – Fondement constitutionnel : 42
 – Organisation : 45
 Juridiction de l'expropriation : 506, 509
 Juridictions administratives spécialisées : 55
 Jurisprudence : 13
 Justice déléguée : 40
 Justice retenue : 40

L

Libéralisme : 6
 Liberté de conscience : 431
 Libertés publiques : 72
 Libertés publiques (— des fonctionnaires) : 431
 Licenciement : 429
 Lyon : 220, 251

M

Maire : 240, 334
 Maire d'arrondissement : 252
 Marché d'entreprise de travaux publics : 301
 Marché négocié : 315
 Marché public : 299
 Marchés de travaux publics : 520
 Marseille : 220, 251
 Médiateur de la République : 124

Mesures d'ordre intérieur : 131, 280
 Ministre-juge : 41
 Monopole : 31
 Motifs (Illégalités relatives aux —) : 144
 Motivation : 147
 Mutations domaniales : 448

N

Nomination (d'un fonctionnaire) : 417
 Non-rétroactivité (principe de —) : 106, 283
 Nullité des actes administratifs : 119

O

Obligation de réserve : 430
 Obligations des fonctionnaires : 429
 Occupation temporaire : 522
 Occupations privatives (du domaine public) : 493
 Opération complexe : 124
 Ordonnances : 270
 Ordonnance d'expropriation : 509
 Ordre professionnel : 363

P

Païement (des marchés) : 320
 Paris : 220, 247
 Parité homme femme : 427
 Partenariat : v. Contrat de —
 Personne morale de droit public : 189, 195
 Personne publique spéciale : 361
 Police administrative et police judiciaire : 330
 – Police générale et polices spéciales : 331
 – Titulaires du pouvoir de police : 333
 – Répartition des compétences de police : 336
 – Limites du pouvoir de police : 339
 Police étatisée (commune à —) : 335

Police municipale : 336
Pouvoir de modification unilatérale : 321, 369, 387
Pouvoir discrétionnaire : 109
Pouvoir hiérarchique : 430
Pouvoir lié : 109, 143
Pouvoir réglementaire : 267, 273
Préfet : 242, 334
Préfet de police : 249
Président du conseil général : 240, 334
Principes généraux du droit : 105
Privilège du préalable : 82
Prix (des marchés) : 314
Procédure contentieuse : 91
Propriété (des personnes publiques) : 444, 463
Propriété privée : 72
Puissance publique : 20

Q

Questions préalables et préjudicielles : 75

R

Ratification des ordonnances : 271
Recours administratif : 121
Recours parallèle : 135
Recours de pleine juridiction : 127
Recours pour excès de pouvoir : 127
– Conditions de recevabilité : 129
– Cas d'ouverture : 138
Recrutement (des agents publics) : 411, 426
Référé : 92
Régie (exploitation en —) : 350
Régie personnalisée : 352
Région : 219, 227
Région Ile-de-France : 248
Régulateur : v. Autorité administrative indépendante.
Régulation : 33, 203, 389
Relations internationales : 116

Rémunération (des agents publics) : 418
Renseignements : 279
Réparation : 180
Réquisition d'emprise totale : 511
Résiliation : 323
Responsabilité de l'administration : 153
Responsabilité des membres de l'enseignement : 185
Responsabilité du fait des lois : 176
Responsabilité personnelle du fonctionnaire : v. faute personnelle
Responsabilité pour faute : 167
Responsabilité sans faute : 170
Retrait : 287
Retraite (mise à —) : 429
Retraite (Pension de —) : 419
Rétrocession : 511
Révocation : 429, 435
Risque exceptionnel : 171

S

Sanctions coercitives : 318
Sanctions contractuelles : 318, 367
Sanctions disciplinaires : 435
Sanctions pénales : 284
Séparation des pouvoirs : 38, 63
Service d'intérêt économique général : 35
Service public : 21
Service public (Notion de —) : 26
Service public industriel et commercial : 22
Services fiscaux : 168
Services publics :
– Gestion par des organismes privés : 25, 72, 364
Services publics professionnels : 24
Services publics sociaux : 25
Sociétés à capital public : 380
Sociétés d'économie mixte : 375
Sociétés d'économie mixte locales : 379
Sous-traitance : 318

Spécialité (des établissements publics) : 358

Spécialité locale : 234

Stagiaires : 408

Statut (des fonctionnaires) : 405

Subsidiarité (principe de —) : 235

Sursis à exécution : v. Suspension.

Suspension : 92

Syndicalisme des fonctionnaires : 432

T

Titularisation : 406

Traitement : 418

Traités internationaux : 99, 116

Transfusion sanguine (dommages causés par —) : 185

Travaux publics : 513

Tribunal des conflits : 65

Tribunaux administratifs : 53, 78

Tutelle : 168, 196

Tutelle technique : 222

U

Usagers des services publics : 384

Usagers du domaine public : 496

Usurpation de fonction : 140

V

Vaccinations obligatoires : 184

Vice de forme : 141

Violation de la loi : 143

Voie de fait : 73

Voies d'exécution : 85

Table analytique des matières

Introduction	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LES BASES DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

<i>TITRE 1. — LE RÉGIME ADMINISTRATIF</i>	9
-------------------------------------------------	---

CHAPITRE 1. — LE DROIT ADMINISTRATIF	11
--------------------------------------------	----

Section 1. — Le droit administratif est un droit autonome	11
------------------------------------------------------------------------	----

§ 1. Manifestation de l'autonomie du droit administratif	11
---------------------------------------------------------------	----

§ 2. Sens de l'autonomie du droit administratif	12
-------------------------------------------------------	----

§ 3. Portée de l'autonomie du droit administratif	13
---------------------------------------------------------	----

Section 2. — Le droit administratif français est d'origine surtout jurisprudentielle	13
---------------------------------------------------------------------------------------------------	----

§ 1. Le droit écrit	14
---------------------------	----

§ 2. La jurisprudence	14
-----------------------------	----

§ 3. La codification	15
----------------------------	----

Section 3. — Le droit administratif français est un droit évolutif	17
---------------------------------------------------------------------------------	----

CHAPITRE 2. — L'OBJET ET LE CRITÈRE DU DROIT ADMINISTRATIF	19
------------------------------------------------------------------	----

Section 1. — Évolution historique	20
------------------------------------------------	----

§ 1. Le critère de la puissance publique	20
------------------------------------------------	----

§ 2. Heurs et malheurs du critère du service public	21
-----------------------------------------------------------	----

A — Les services publics industriels et commerciaux ...	22
---------------------------------------------------------	----

B — Les services publics professionnels	24
-----------------------------------------------	----

C — Les services publics sociaux	25
----------------------------------------	----

D — Les services publics gérés par des organismes privés	25
----------------------------------------------------------------	----

Section 2. — État actuel de la question.....	26
§ 1. Déclin de la notion de service public	26
§ 2. Recherche de constructions nouvelles.....	26
§ 3. Éléments de conclusion.....	27
Section 3. — Aspects de droit communautaire.....	30
§ 1. Service public économique et marché	31
A — La fin des monopoles.....	31
B — La soumission de principe au droit de la concurrence	32
C — Régulation des marchés.....	33
§ 2. Service public et droit communautaire	34
A — Reconnaissance du service public par le droit com-	
munautaire.....	34
B — Les services d'intérêt économique général.....	35
CHAPITRE 3. — LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE	37
Section 1. — Origine et historique de la juridiction adminis-	
trative.....	37
§ 1. Les interprétations du principe de la séparation des pou-	
voirs	38
§ 2. Les raisons de l'interprétation française	38
§ 3. Les étapes de formation de la juridiction administrative	40
A — La création de tribunaux administratifs	40
B — Le passage de la justice retenue à la justice déléguée	40
C — La théorie du ministre juge et son abandon.....	41
§ 4. La justification actuelle de la juridiction administrative	42
A — Aspects techniques.....	42
B — Fondement juridique.....	42
Section 2. — L'organisation de la juridiction administrative	45
§ 1. Traits généraux de l'organisation de la juridiction	
administrative	45
§ 2. Le conseil d'État	46
A — Composition	47
B — Attributions	49
C — Fonctionnement	50
§ 3. Les cours administratives d'appel	51
A — Organisation	51
B — Attributions.....	52

§ 4. Les tribunaux administratifs	53
A — Organisation	53
B — Attributions	55
§ 5. Les juridictions spécialisées	55
A — Présentation générale	55
B — Régime procédural	56
§ 6. L'arbitrage dans le contentieux administratif	56
A — Le principe de prohibition de l'arbitrage	57
B — Dérogations législatives	58
C — L'arbitrage international	60
D — L'arbitrabilité des contrats de droit public entre personnes privées	60
E — Vers une réforme de l'arbitrage en matière administrative	61
Section 3. — La compétence de la juridiction administrative	62
§ 1. Le mécanisme de la répartition des compétences	63
A — Les divers procédés de répartition	63
B — Les conflits	64
C — Le tribunal des conflits	65
§ 2. Le contenu de la répartition des compétences	68
A — L'évolution des principes de répartition	68
B — Les principes généraux actuels	69
C — Les titres de compétence judiciaire en matière d'activités administratives de service public	71
§ 3. La répartition des compétences à l'intérieur de la juridiction administrative	77
A — Historique du système actuel	77
B — Compétence des tribunaux administratifs, juge de droit commun	78
C — Compétence du conseil d'État	79
D — Procédure instituée pour le règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative ...	80
Section 4. — Le mécanisme de la justice administrative.	
Les recours contentieux	81
§ 1. Les privilèges de l'administration dans ses rapports avec la justice	81
A — Le privilège du préalable et l'exécution d'office ...	82

B — L'indépendance de l'administration à l'égard du juge	83
§ 2. Les recours devant les juridictions administratives	87
A — La distinction du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction.....	87
B — Les autres recours devant les juridictions administra- tives	90
§ 3. La procédure devant la juridiction administrative	91
A — Caractères généraux de la procédure contentieuse.	91
B — Caractère non suspensif des recours et procédures de référé administratif	92
TITRE 2. — LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ	95
CHAPITRE 1. — ANALYSE DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE.....	97
Section 1. — Les sources de la légalité	97
§ 1. Les sources écrites de la légalité	97
A — Le bloc de constitutionnalité	97
B — Les lois et règlements	99
C — Les traités internationaux	99
D — Règlement et acte non réglementaire	101
E — Le droit communautaire.....	101
F — La convention européenne des droits de l'homme.	103
G — Hiérarchie de la légalité.....	105
§ 2. Les sources non écrites de la légalité : l'élargissement de la catégorie des principes généraux du droit.....	105
Section 2. — Les modalités de l'illégalité	108
CHAPITRE 2. — LES CORRECTIFS EXCEPTIONNELS DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ.....	111
Section 1. — Théorie des circonstances exceptionnelles	111
§ 1. Analyse.....	111
§ 2. Portée et signification de la théorie.....	113
Section 2. — Théorie des actes de gouvernement	114
§ 1. Analyse.....	114
§ 2. Portée et signification de la théorie.....	114
§ 3. Domaine des actes de gouvernement.....	115

CHAPITRE 3. — LES SANCTIONS DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ	119
Section 1. — La nullité des actes administratifs	119
§ 1. Les actes juridiques	119
§ 2. Les actes matériels	120
Section 2. — Le contrôle de la légalité	120
§ 1. Contrôle administratif et contrôle juridictionnel	121
§ 2. Modalités du contrôle juridictionnel	122
§ 3. Un complément du contrôle : l'institution du médiateur de la République	124
A — Nomination	124
B — Saisine	124
C — Recommandations du médiateur	125
D — Sanctions	126
E — Autorité des recommandations et influence du médiateur	126
F — Du médiateur de la République au défenseur des droits	126
Section 3. — Le recours pour excès de pouvoir	127
§ 1. Caractères généraux	128
A — Caractère de droit commun	128
B — Création jurisprudentielle	128
C — Caractère évolutif	129
§ 2. Conditions de recevabilité	129
A — Condition relative à la nature de l'acte attaqué	130
B — Condition relative à la qualité de requérant	132
C — Condition relative au délai	133
D — Absence d'un recours parallèle	135
§ 3. Cas d'ouverture	138
A — L'incompétence	139
B — Le vice de forme	141
C — Le détournement de pouvoir	142
D — La violation de la loi	143
E — Les illégalités relatives aux motifs	144
F — Modalités et intensité du contrôle	146
G — Connaissance des motifs et obligation de motiver	147
§ 4. La décision du juge dans le recours pour excès de pouvoirs	150

TITRE 3. — LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE	153
CHAPITRE 1. — RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DE L'AGENT ET RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION	155
Section 1. — Responsabilité vis-à-vis des administrés	155
§ 1. Le principe de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service.....	155
A — Faute personnelle et faute non-dépourvue de tout lien avec le service	156
B — Caractères de la faute personnelle.....	156
§ 2. Régime contentieux	157
A — Compétence	157
B — Suppression de la garantie des fonctionnaires.....	157
§ 3. Le cumul des responsabilités de l'administration et de l'agent.....	158
A — Le problème	158
B — Les solutions	158
C — Conséquences du cumul	159
Section 2. — Responsabilité de l'agent vis-à-vis de l'adminis- tration	160
CHAPITRE 2. — LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DE L'ADMINIS- TRATION	163
Section 1. — Le dommage	164
§ 1. Nature du dommage	164
§ 2. Nature du fait dommageable : responsabilité pour faute et responsabilité sans faute	166
A — La responsabilité administrative pour faute.....	167
B — La responsabilité administrative sans faute	170
§ 3. Nature de la fonction publique en cause.....	175
A — Fonction administrative	175
B — Fonction législative.....	176
C — Fonction juridictionnelle.....	178
Section 2. — La réparation.....	180
§ 1. Réparations forfaitaires.....	181
§ 2. Charge de la réparation.....	181

Section 3. — Les régimes législatifs particuliers	182
§ 1. Régimes législatifs de responsabilité élargie	182
§ 2. Régimes législatifs de substitution de responsabilité....	185

DEUXIÈME PARTIE

L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — DONNÉES GÉNÉRALES : ADMINISTRATION CENTRALE ET ADMINISTRATION LOCALE	189
<i>TITRE 1. — PRINCIPES D'ORGANISATION ADMINISTRATIVE</i>	193
CHAPITRE 1. — DÉCENTRALISATION ET DÉCONCENTRATION.....	195
Section 1. — La décentralisation : un rapport d'autonomie entre personnes publiques	195
§ 1. Les éléments constitutifs de la décentralisation	195
A — La personnalité morale	195
B — Rattachement et contrôle	196
§ 2. Modalités : décentralisation territoriale et décentralisation par service	199
§ 3. Les autorités administratives et les autorités publiques indépendantes	200
A — Apparition et multiplication	200
B — Compétences	200
C — Absence de contrôle et « indépendance » de ces autorités	202
D — Autorités indépendantes et régulation	203
§ 4. Décentralisation et fédéralisme	203
Section 2. — La déconcentration : géographie d'une personne publique	205
§ 1. Éléments constitutifs	205
§ 2. Régime juridique	205
Section 3. — Détermination des circonscriptions et choix des agents	206
§ 1. Les circonscriptions	206
§ 2. Les agents	206
CHAPITRE 2. — SIGNIFICATION DE LA DÉCENTRALISATION ET DE LA DÉCONCENTRATION	209
Section 1. — Valeur pratique de la décentralisation	209
§ 1. Fondement politique	209

§ 2. Fondement administratif.....	210
Section 2. — Portée pratique de la décentralisation et de la déconcentration.....	211
<i>TITRE 2. — L'ADMINISTRATION LOCALE FRANÇAISE.....</i>	<i>213</i>
CHAPITRE 1. — FORMATION ET ÉVOLUTION HISTORIQUE	215
Section 1. — La Révolution	215
Section 2. — L'an VIII	216
Section 3. — L'évolution depuis l'an VIII.....	217
Section 4. — Les réformes de décentralisation à partir des lois de 1982-1983.....	218
§ 1. Les structures.....	219
§ 2. Les contrôles.....	221
§ 3. Les compétences.....	222
Section 5. — La révision constitutionnelle de 2003	223
§ 1. Présentation de la réforme	223
§ 2. Vers de nouvelles réformes ?	224
CHAPITRE 2. — DESCRIPTION DES PRINCIPALES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES	227
Section 1. — La région.....	227
§ 1. Le débat du régionalisme	227
§ 2. La réforme de 1964	229
§ 3. Le projet de 1969.....	229
§ 4. La réforme de 1972	230
§ 5. La réforme de 1982-2003.....	232
A — La région, collectivité territoriale.....	232
B — L'élargissement des compétences de la région	233
C — La région : circonscription déconcentrée de l'administration d'État	233
Section 2. — Le département et la commune.....	233
§ 1. Caractères généraux.....	234
A — Caractères juridiques	234
B — Données sociologiques.....	236
§ 2. Les autorités administratives.....	236
A — Les assemblées.....	237
B — Les autorités administratives individuelles.....	239

§ 3. Les contrôles.....	244
A — Le contrôle hiérarchique sur les agents de l'État..	244
B — Le contrôle administratif sur la région, la commune et le département	245
Section 3. — Le régime spécial des collectivités parisiennes	247
§ 1. Le régime antérieur à 1964	247
§ 2. Le régime de la loi du 10 juillet 1964	248
A — Suppression du département de la Seine	248
B — L'organisation de la région parisienne.....	248
§ 3. Le statut issu des lois de 1975-1976.....	249
A — La ville de Paris	249
B — La région Île-de-France	249
§ 4. Les réformes de 1982	250
A — Les lois des 2 mars et 22 juillet 1982	250
B — Les lois du 31 décembre 1982 relatives à Paris, Marseille et Lyon	251
Section 4. — Les groupements de collectivités locales	253
§ 1. Historique.....	253
§ 2. Sources actuelles.....	255
§ 3. Principes de l'intercommunalité et structures nouvelles	257
A — Aspects institutionnels	257
B — Compétences.....	258
C — Principes généraux de la coopération locale	259
§ 4. Chiffres.....	260

TROISIÈME PARTIE

L'ACTION DE L'ADMINISTRATION

<i>TITRE 1. — LES MOYENS D'ACTION DE L'ADMINISTRATION</i>	263
<i>SOUS-TITRE 1. — LES ACTES UNILATÉRAUX DE L'ADMINISTRATION.</i>	265
CHAPITRE 1. — LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE.....	267
Section 1. — Le pouvoir réglementaire du gouvernement .	267
§ 1. Délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement.....	269
A — Domaine de la loi.....	269
B — Domaine du règlement	270
C — Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution	270

§ 2. Sanctions de la délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement	272
A — Sanction de la délimitation du domaine législatif	272
B — Sanction de la délimitation du domaine réglementaire.....	272
§ 3. Régime juridique des règlements	273
A — Titulaires du pouvoir réglementaire	273
B — Modalités des règlements	274
C — Régime contentieux	274
Section 2. — Le pouvoir réglementaire des autres autorités administratives	275
CHAPITRE 2. — THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE ADMINISTRATIF UNILATÉRAL	277
Section 1. — Caractères de l'acte administratif unilatéral.	277
§ 1. Aspect organique : l'auteur de l'acte administratif unilatéral.....	277
§ 2. La forme de l'acte administratif	278
§ 3. L'autorité juridique de l'acte administratif unilatéral ...	279
Section 2. — L'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux	282
§ 1. Règles générales	282
A — Entrée en vigueur	282
B — Opposabilité.....	282
§ 2. La non rétroactivité des actes administratifs.....	283
A — Le principe.....	283
B — Exceptions	283
Section 3. — L'exécution des actes administratifs unilatéraux.....	284
§ 1. Sanctions pénales.....	284
§ 2. Sanctions administratives	285
§ 3. L'exécution par la voie administrative	285
A — Conditions de l'exécution forcée.....	285
B — Modalités de l'exécution forcée.....	286
§ 4. L'exécution par voie de justice.....	287
Section 4. — La disparition des actes administratifs unilatéraux.....	287
§ 1. Le retrait	287

A — La jurisprudence <i>Dame Cachet</i>	288
B — La jurisprudence <i>Ève</i> et les décisions implicites ...	289
C — Le droit du retrait aujourd'hui.....	289
§ 2. L'abrogation.....	290
A — Abrogation des actes réglementaires.....	290
B — Abrogation des actes non réglementaires.....	291
<i>SOUS-TITRE 2. — LE PROCÉDÉ CONTRACTUEL : THÉORIE DES</i>	
<i>CONTRATS ADMINISTRATIFS</i>	293
CHAPITRE 1. — LA DISTINCTION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS	
ET DES CONTRATS DE DROIT COMMUN DE L'ADMINISTRATION	295
Section 1. — Identification des contrats administratifs	296
§ 1. Contrats administratifs par détermination de la loi	296
§ 2. Critères jurisprudentiels.....	296
A — Remarques liminaires	297
B — Exposé des critères jurisprudentiels.....	298
Section 2. — Les principaux contrats administratifs	299
§ 1. Les marchés publics.....	299
§ 2. Les contrats globaux de type partenariat.....	300
§ 3. Les conventions de délégation de service public	302
§ 4. Les contrats d'occupation du domaine public.....	303
CHAPITRE 2. — LE RÉGIME JURIDIQUE DES CONTRATS ADMINIS-	
TRATIFS.....	305
Section 1. — Les sources du droit des contrats administratifs	305
§ 1. Les projets de codification	306
§ 2. Loi et règlement comme sources du droit des contrats	
administratifs.....	308
Section 2. — La conclusion des contrats administratifs	309
§ 1. Le régime en vigueur avant le code de 2001.....	310
A — Le choix du cocontractant	310
B — Le choix des procédures	311
C — La forme écrite	311
D — Comités de règlement amiable	312
§ 2. Les codes des marchés publics de 2001 à 2006	313
A — Champ d'application et principes.....	313
B — Formes des marchés	314
C — Durée et prix du marché.....	314

D — Modes de passation	315
E — Contrôle des marchés.....	317
Section 3. — L'exécution des contrats administratifs.....	317
§ 1. Les obligations du cocontractant.....	317
A — Existence des sanctions pour inexécution.....	318
B — Régime des sanctions coercitives	319
§ 2. Les droits du cocontractant.....	320
§ 3. Les pouvoirs exorbitants de l'administration	321
A — Contrôle.....	321
B — Pouvoir de modification	321
C — Pouvoir de résiliation unilatérale	323
§ 4. Remarque finale.....	323
TITRE 2. — LES FINS DE L'ACTION DE L'ADMINISTRATION	325
SOUS-TITRE 1. — LA POLICE ADMINISTRATIVE	327
CHAPITRE 1. — DÉFINITION DU POUVOIR DE POLICE	329
Section 1. — Critère du pouvoir de police	329
Section 2. — Distinctions	330
§ 1. Police administrative et police judiciaire.....	330
§ 2. Police administrative générale et polices spéciales.....	331
§ 3. Pouvoir de police et personnel de police.....	331
CHAPITRE 2. — LES TITULAIRES DU POUVOIR DE POLICE.....	333
Section 1. — Le premier ministre	333
Section 2. — Le président du conseil général.....	334
Section 3. — Le préfet.....	334
Section 4. — Le maire	335
§ 1. Compétences du maire.....	335
§ 2. Communes à police étatisée	335
§ 3. Personnel de police municipal.....	336
Section 5. — La répartition des compétences de police.....	336
CHAPITRE 3. — LES LIMITES DU POUVOIR DE POLICE.....	339
Section 1. — Le contrôle du but de police	340
Section 2. — Le contrôle des motifs de police	341
Section 3. — Le contrôle des moyens de police	341

CHAPITRE 4. — LES AGGRAVATIONS EXCEPTIONNELLES DES RÉGIMES DE POLICE.....	343
Section 1. — Les régimes généraux législatifs	343
Section 2. — Le régime de l'état de siège (L. 9 août 1849 et 3 avril 1878)	344
§ 1. Compétences	344
§ 2. Pouvoirs exceptionnels	344
§ 3. Compétence des tribunaux militaires	345
Section 3. — Le régime de l'état d'urgence (L. 3 avril 1955)	345
Section 4. — La théorie jurisprudentielle des pouvoirs de guerre et des circonstances exceptionnelles	346
<i>SOUS-TITRE 2. — LES SERVICES PUBLICS</i>	347
CHAPITRE 1. — LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS	349
Section 1. — Les services publics à gestion publique	350
§ 1. Le service public en régie	350
A — La régie simple.....	351
B — Régie autonome et régie personnalisée des collectivités locales.....	351
§ 2. L'établissement public.....	352
A — Théorie juridique de l'établissement public.....	353
B — Emploi du procédé et crise actuelle de l'établissement public	358
§ 3. Les personnes publiques spéciales autres que les établissements publics.....	361
A — Les groupements d'intérêt publics (GIP).....	361
B — La Banque de France	362
C — Une « catégorie » ouverte.....	363
Section 2. — La gestion des services publics par des personnes privées	364
§ 1. La délégation de service public	364
A — Nature juridique de la concession de service public	366
B — Les obligations du concessionnaire	367
C — Les pouvoirs du concédant	369
D — Les moyens du concessionnaire	370
E — Le contentieux de la concession de service public	372
F — Distinction de la concession de service public et de la concession d'entreprise d'intérêt général.....	372

G — La concession de service public en dehors des services publics industriels et commerciaux	373
§ 2. La gestion des services publics par les organismes privés en dehors de la concession.....	374
§ 3. Les innovations propres aux entreprises publiques.....	375
A — La société d'économie mixte.....	375
B. — La société à capital public.....	380
CHAPITRE 2. — LE FONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC.....	383
Section 1. — L'utilisateur des services publics administratifs .	384
§ 1. Situation juridique	384
§ 2. Contentieux	384
A — Recours pour excès de pouvoir.....	384
B — Recours de pleine juridiction.....	385
§ 3. Droit de l'administration de modifier la situation de l'utilisateur.....	385
Section 2. — L'utilisateur des services publics industriels ou commerciaux.....	385
§ 1. Situation juridique	385
§ 2. Contentieux	386
§ 3. Droit de l'administration de modifier la situation de l'utilisateur.....	387
<i>SOUS-TITRE 3. — LA RÉGULATION COMME NOUVEAU MODE</i>	
<i>D'ADMINISTRATION.....</i>	389
§ 1. La régulation des marchés.....	390
§ 2. La régulation au sens formel.....	391

QUATRIÈME PARTIE

LA FONCTION PUBLIQUE

CHAPITRE 1. — FONCTIONNAIRES ET AGENTS PUBLICS.....	399
Section 1. — Définition de l'agent public.....	400
§ 1. L'agent public, employé d'une personne publique.....	400
§ 2. Les agents publics des services publics administratifs.	402
§ 3. La situation des agents des services publics industriels et commerciaux.....	403
A — Les principes.....	403
B — Cas particuliers.....	404

Section 2. — Définition et critère du fonctionnaire. Autres catégories d'agents publics.....	405
§ 1. Définition du fonctionnaire.....	405
A — Permanence de l'emploi.....	406
B — Intégration dans une hiérarchie administrative.....	406
§ 2. Les agents non titulaires.....	407
A — La situation des agents non titulaires.....	407
B — Les catégories d'agents non titulaires.....	408
Section 3. — Fonction publique et droit communautaire...	411
CHAPITRE 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA SITUATION DU FONCTIONNAIRE.....	415
Section 1. — Une situation légale et réglementaire.....	415
§ 1. Historique.....	415
§ 2. Situation légale et réglementaire du fonctionnaire.....	416
§ 3. Cas des agents publics non-fonctionnaires.....	416
Section 2. — Principales conséquences de la situation juridique du fonctionnaire.....	417
§ 1. La nature juridique de l'acte de nomination.....	417
§ 2. Les caractéristiques juridiques de la rémunération du fonctionnaire.....	418
A — Le traitement.....	418
B — La pension de retraite.....	419
CHAPITRE 3. — LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA FONCTION PUBLIQUE.....	421
Section 1. — L'organisation générale de la fonction publique.....	424
§ 1. Organes centraux.....	424
A — Premier ministre.....	424
B — Conseils supérieurs.....	425
§ 2. Organes internes.....	425
A — Les commissions administratives paritaires.....	425
B — Les comités techniques paritaires.....	425
Section 2. — La carrière du fonctionnaire.....	426
§ 1. Recrutement.....	426
A — Conditions générales d'accès aux fonctions publiques.....	426
B — Procédés techniques de recrutement.....	427
§ 2. Avancement.....	428

§ 3. Cessation définitive des fonctions.....	428
Section 3. — Les obligations générales des fonctionnaires.	429
Section 4. — Le fonctionnaire et les libertés publiques.....	431
§ 1. La liberté d'opinion.....	431
§ 2. La liberté de groupement.....	432
§ 3. Le droit de grève.....	433
Section 5. — La répression disciplinaire	434
§ 1. Nature de la répression disciplinaire.....	434
A — Sanction disciplinaire et sanction pénale.....	434
B — Sanction disciplinaire et mesure d'organisation du service.....	435
§ 2. Les fautes disciplinaires	435
§ 3. Les sanctions disciplinaires.....	436
§ 4. La procédure disciplinaire.....	436
 CINQUIÈME PARTIE 	
LE DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS	
<i>TITRE 1. — LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE</i>	441
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — LA NOTION DE PROPRIÉTÉ PUBLIQUE	443
Section 1. — L'affirmation d'un droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens	444
§ 1. Arguments dans le sens de la propriété	444
A — Arguments logiques et doctrinaux.....	444
B — La jurisprudence et la législation	445
§ 2. Consécration de la propriété publique par le code du 21 avril 2006.....	446
A — Affirmation textuelle	446
B — Reprise de la doctrine moderne.....	446
C — Propriété publique et domanialité publique	447
D — Les mutations domaniales.....	448
Section 1. — Le régime de la propriété publique.....	449
§ 1. L'incessibilité à vil prix de la propriété publique.....	450
§ 2. L'insaisissabilité des biens publics.....	452
<i>SOUS-TITRE 1. — LES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES : DOMAINE PUBLIC</i>	
— DOMAINE PRIVÉ	453

CHAPITRE 1. — LA DISTINCTION DU DOMAINE PUBLIC ET DU DOMAINE PRIVÉ.....	455
Section 1. — Origine de la distinction	456
§ 1. L'héritage de l'Ancien Régime	456
§ 2. La systématisation doctrinale depuis le XIX ^e siècle	457
A — Critère tiré de la nature des biens	457
B — Critère tiré de l'affectation des biens.....	457
Section 2. — Critère de la distinction aujourd'hui	459
§ 1. Critère général	459
A — La redéfinition du critère de distinction par le code de 2006	459
B — Éléments de ce critère.....	460
§ 2. Qualifications légales spéciales	461
§ 3. Mise en œuvre de la distinction	462
CHAPITRE 2. — LES BIENS DU DOMAINE PUBLIC.....	463
Section 1. — La propriété des collectivités publiques sur les biens de leur domaine public	463
§ 1. La propriété d'une personne publique : condition de la domanialité publique	463
A — Une propriété publique.....	463
B — Une pleine propriété.....	464
§ 2. Les personnes publiques propriétaires de dépendances du domaine public.....	465
A — Le domaine public des établissements publics.....	465
B — Le domaine public des autres personnes publiques spéciales	467
Section 2. — L'affectation des biens du domaine public à une utilité publique	468
§ 1. La domanialité publique résultant de l'affectation à l'usage direct du public	469
A — Incertitudes sur la notion d'affectation à l'usage du public	469
B — Caractère suffisant ou non du critère de l'affectation à l'usage du public.....	470
§ 2. La domanialité publique résultant de l'affectation aux services publics.....	471
A — Le critère de l'aménagement spécial ou indispensable	472

B — La domanialité publique globale	473
CHAPITRE 3. — LES BIENS DU DOMAINE PRIVÉ	477
Section 1. — Le domaine privé en général	477
§ 1. Domaine privé par absence des critères de la domanialité publique	477
§ 2. Domaine privé par détermination de la loi	478
Section 2. — Le cas des forêts	480
<i>SOUS-TITRE 2. — LE RÉGIME JURIDIQUE DU DOMAINE PUBLIC</i>	483
CHAPITRE 1. — L'INALIÉNABILITÉ ET L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DU DOMAINE PUBLIC	485
Section 1. — L'inaliénabilité du domaine public	485
§ 1. Origine	485
§ 2. La règle actuelle d'inaliénabilité : expression et autorité	486
A — Interdiction des aliénations	487
B — Interdiction de la copropriété	487
C — Interdiction du bail commercial	488
D — La constitution de droits réels sur le domaine public	489
Section 2. — L'imprescriptibilité du domaine public	490
CHAPITRE 2. — LES UTILISATIONS DU DOMAINE PUBLIC	493
Section 1. — Classifications	493
§ 1. Usage commun et utilisations privatives	493
§ 2. Usage normal et utilisations compatibles	493
§ 3. Combinaisons	494
Section 2. — Pouvoirs de l'administration et droit des administrés	494
§ 1. Droits déterminés par l'affectation	494
§ 2. Élargissement des pouvoirs de l'administration	495
Section 3. — Situation juridique des usagers du domaine public	496
§ 1. Situation légale et réglementaire ou situation contractuelle ?	496
§ 2. Situation de droit public ou de droit privé ?	497
<i>TITRE 2. — L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE</i>	499
CHAPITRE 1. — LES CONDITIONS D'EMPLOI DE L'EXPROPRIATION	501

Section 1. — Les titulaires du pouvoir d'exproprier.....	501
Section 2. — Les biens susceptibles d'expropriation	502
Section 3. — Les buts légitimes de l'expropriation : la notion d'utilité publique.....	502
§ 1. L'expropriation limitée à la constitution du domaine public.....	503
§ 2. L'expropriation étendue à la notion d'intérêt général ..	503
Section 4. — Les bénéficiaires de l'expropriation.....	504
CHAPITRE 2. — LA PROCÉDURE DE L'EXPROPRIATION	505
Section 1. — La phase administrative.....	506
§ 1. L'enquête préalable	506
§ 2. Déclaration d'utilité publique	507
A — Autorité compétente.....	507
B — Contentieux de la DUP.....	508
§ 3. La déclaration de projet.....	508
§ 4. L'arrêt de cessibilité.....	509
Section 2. — La phase judiciaire	509
§ 1. L'ordonnance d'expropriation.....	509
§ 2. La fixation de l'indemnité	510
A — Procédure.....	510
B — Compétence du juge pour évaluer l'indemnité.....	510
§ 3. Issue de l'expropriation.....	511
TITRE 3. — LES TRAVAUX PUBLICS	513
CHAPITRE 1. — LA NOTION DU TRAVAIL PUBLIC	515
Section 1. — Un travail immobilier.....	515
Section 2. — Un travail dans l'intérêt général.....	515
Section 3. — Un travail pour le compte d'une personne publique.....	517
Section 4. — Le caractère extensif de la notion de travail public	518
CHAPITRE 2. — LE RÉGIME DES TRAVAUX PUBLICS	519
Section 1. — Les modes d'exécution des travaux publics ..	519
§ 1. La régie.....	519
§ 2. La concession	519
§ 3. Le marché ou entreprise	520

§ 4. Marchés globaux et contrats de partenariat.....	520
Section 2. — Les prérogatives de l'administration dans l'exécution des travaux publics	521
§ 1. L'intangibilité de l'ouvrage public.....	521
§ 2. L'occupation temporaire (L. 29 décembre 1892)	522
Section 3. — Les responsabilités de l'administration à l'oc- casion des travaux publics (Renvoi).....	523
Section 4. — Le contentieux des travaux publics	523
Index alphabétique des matières.....	525

MANUELS

*Collection dirigée par Bernard AUDIT
et Yves GAUDEMET*

- D. AMSON : *Histoire constitutionnelle française*, 2^e éd., 2010.
Ph. ARDANT : *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 21^e éd., 2009.
B. BASDEVANT-GAUDEMET et J. GAUDEMET : *Introduction historique au droit, XIII^e-XX^e siècles*, 2^e éd., 2003.
A. BATTEUR : *Droit des personnes et de la famille et des incapacités*, 4^e éd., 2009.
J.-B. BLAISE : *Droit des affaires*, 5^e éd., 2009.
D. BOURMAUD et P. PORTIER : *Histoire de la vie politique française*, 2009.
M. BOUVIER, M.-Ch. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE : *Finances publiques*, 9^e éd., 2008.
M. BOUVIER : *Droit fiscal*, 2009.
B. BRACHET : *Le système fiscal français*, 7^e éd., 1997.
Ph. BRAUD : *Sociologie politique*, 9^e éd., 2008.
D. CARREAU et P. JUILLARD : *Droit international économique*, 4^e éd., 1998.
M. CHAGNY et L. PERDRIX, *Droit des assurances*, 2009.
J.-P. CHAUCHARD : *Droit de la Sécurité sociale*, 4^e éd., 2005.
O. CACHARD : *Droit du commerce international*, 2008.
J.-Ph. COLSON et P. IDOUX : *Droit public économique*, 4^e éd., 2008.
G. CUNIBERTI : *Grands systèmes du droit contemporain*, 2007.
I. DAURIAC : *Les régimes matrimoniaux*, 2004.
G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE et M.-L. NIBOYET : *Droit international privé*, 2^e éd., 2009.
A. DECOCQ et G. DECOCQ : *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 3^e éd., 2008.
A. DECOCQ et G. DECOCQ : *Droit européen des affaires*, 2003.
E. DERIEUX : *Droit de la communication*, 4^e éd., 2003.
E. DERIEUX : *Droit des médias (Droit français, européen et international)*, 5^e éd., 2008.
J.-Y. FABERON et J. ZILLER : *Droit de collectivités d'Outre-Mer*, 3^e éd., 2007.
B. FAGES : *Droit des obligations*, 2^e éd., 2009.
F. FAVENNEC-HÈRY et P.-Y. VERKINDT : *Droit du travail*, 2^e éd., 2008.
M. FROMONT et H. MAURER : *Droit administratif allemand*, 1995.
Y. GAUDEMET : *Droit administratif*, 19^e éd., 2010.
O. GOHIN : *Institutions administratives*, 5^e éd., 2006.
G. GOUBEUX et P. VOIRIN : *Droit civil*, 2 vol., t. I, 32^e éd., 2009, t. 2 : 25^e éd., 2008.
F. HAMON et M. TROPER : *Droit constitutionnel*, 31^e éd., 2009.
J.-J. ISRAËL : *Droit des libertés fondamentales*, 1998.
J.-C. JAVILLIER, M. MOREAU et J.-M. OLIVIER : *Droit du travail*, 7^e éd., 1999.
E. JEULAND : *Droit processuel*, 2007.
P. JULIEN et N. FRICERO : *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., 2009.
P. JULIEN et G. TAORMINA : *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2000.
P. KINDER-GEST : *Droit anglais*, vol. 1 : *Institutions politiques et judiciaires*, 3^e éd., 1997.
J. LAROCHE : *Politique internationale*, 2^e éd., 2000.

- F. LECLERC : *Droit des contrats spéciaux*, 2007.
- D. LEGEAIS : *Droit civil : sûretés et garanties du crédit*, 7^e éd., 2009.
- J. LEROY : *Droit pénal général*, 2^e éd., 2007.
- J. LEROY : *Procédure pénale*, 2009.
- G. LYON-CAEN et J. TILLHET-PRETNAR : *Droit social*, 5^e éd., 1995.
- B. MATHIEU et M. VERPEAUX : *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, 2002.
- J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI et L. MERLAND : *Droit commercial*, 28^e éd., 2009.
- M.-L. MOQUER-ANGER : *Droit hospitalier*, 2010.
- M. NICOD : *Les successions, libéralités*, 2009.
- H. OBERDORFF : *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2^e éd., 2010.
- F. PÉROCHON et R. BONHOMME : *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., 2009.
- D. PORACCHIA, F. RIZZO, J.-M. MARMAYOU et F. BUY, *Droit du sport*, 2^e éd., 2009.
- J.-F. RENUCCI : *Droit européen des droits de l'homme*, 3^e éd., 2002.
- L. RICHER : *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd., 2008.
- J. RIDEAU : *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 5^e éd., 2006.
- J.-J. ROCHE : *Relations internationales*, 4^e éd., 2009.
- P. RODIÈRE : *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., 2002.
- J.-C. SOYER : *Droit pénal et procédure pénale*, 20^e éd., 2008.
- F. STASIAK : *Droit pénal des affaires*, 2^e éd., 2009.
- L. TROTABAS et P. ISOART : *Droit public (droit constitutionnel, droit administratif, finances publiques, droit administratif spécial)*, 24^e éd., 1998.
- D. VIDAL : *Droit des sociétés*, 6^e éd., 2008.

Traitement informatique, impression, façonnage par

CPI

FRANCE-QUERCY

ZA Les Grands Camps — 46090 Mercuès

Dépôt légal : février 2010

Numéro d'impression : 91893

L.G.D.J. — Lextenso éditions



Cet ouvrage présente, ramenés à l'essentiel, les différents chapitres du droit administratif général les plus souvent enseignés, dans les Facultés de droit, en deuxième et troisième années de licence. Il correspond également aux programmes de droit administratif des principaux concours de la fonction publique et du secteur parapublic. Sont ainsi successivement abordés, après une présentation des bases générales du droit administratif, les questions de l'organisation administrative, la juridiction et le droit du contentieux administratif, le régime des actes, le service public, la police, le droit de la responsabilité administrative, le droit de la fonction publique et le droit des biens de l'administration.

À jour des réformes au 1^{er} janvier 2010, l'ouvrage s'attache à faire comprendre les grandes lignes de la matière, les principes de base et les évolutions du droit administratif français.

Yves Gaudemet est professeur de droit public à la Faculté de droit de Paris II (Université Panthéon-Assas), directeur de la *Revue du droit public*, vice-président de l'Association Henri Capitant pour la promotion de la culture juridique française.

