

Introduction:

Le droit administratif et l'invention du juge

La spécificité du droit administratif français, par rapport à la plupart des systèmes juridiques en vigueur dans le monde, est de devoir ses caractéristiques et ses principes fondateurs à l'esprit révolutionnaire, et d'avoir trouvé ses premiers développements dans la volonté d'organisation et de toute-puissance de l'État du Premier Empire. Nées dans ces circonstances historiques particulières au début du XIX^{ème} siècle, les structures et les principes du droit administratif ont été progressivement modifiés, parallèlement à l'évolution des régimes politiques français vers la République, par une institution possédant la particularité d'être à la fois le conseiller du Gouvernement et le juge administratif suprême : le Conseil d'État.

Depuis la naissance du droit administratif, il a toujours été de principe que certaines activités des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'un service public, plus ou moins étendues selon la qualité des personnes, les modes et les domaines d'intervention devaient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Cette tâche de contrôle de l'activité administrative directe ou indirecte et de la qualité des personnes qui l'accomplissent devait être confiée à l'origine à une organisation juridictionnelle spécialisée : une juridiction administrative. Néanmoins, en raison de l'ambiguïté initiale de la législation, il s'est vite avéré que certains litiges s'élevant entre les particuliers et les prestataires d'activités administratives pouvaient parfois entrer dans la compétence du juge judiciaire.

Si le contrôle juridictionnel de l'activité administrative est en principe confié à un juge spécifique, le juge administratif, il relève ainsi du juge judiciaire soit dans ses fonctions répressives, où il peut se trouver amené à apprécier la régularité d'un acte administratif, soit dans ses fonctions civiles, où il aura par exemple à prononcer la responsabilité des personnes publiques et des personnes privées chargées de la gestion d'un service public. En revanche, ce contrôle n'appartient jamais au Conseil constitutionnel sauf en matière de délimitation des compétences (art. 37 de la Constitution de 1958), et en matière d'organisation des opérations électorales (où il peut être amené à apprécier la régularité d'un décret).

La question de savoir si un contentieux appartient au juge administratif ou au juge judiciaire est donc d'une importance cruciale. D'une part, elle définit, en première approximation, l'ensemble des litiges soumis au droit administratif et les domaines d'application matérielle de ce droit. D'autre part, elle permet à la fois de poser les principes de répartition et d'étudier les déplacements constants et progressifs de la compétence du juge administratif, en général à son détriment. Les développements qui suivent ont pour but d'exposer les principes fondamentaux de la justice administrative, c'est-à-dire l'existence des juridictions administratives; leur fondement historique dans la séparation des autorités administratives et judiciaires; les problèmes posés par la répartition des compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire et leur solution par le Tribunal des conflits; l'architecture générale des recours contentieux dont disposent les particuliers.

Chapitre 1 : La délimitation d'un contentieux administratif

La perfection n'est pas de ce monde et l'activité administrative ne peut pas régler toutes les situations en satisfaisant à la fois l'intérêt déclaré général et les intérêts des particuliers. Il arrive donc qu'apparaissent des litiges entre les particuliers et les personnes publiques ou les personnes privées chargées de la gestion d'un service public. Pour régler ces litiges, les intéressés peuvent tout d'abord s'adresser à la personne concernée en la saisissant d'un recours administratif. Sont ainsi des recours administratifs, les recours gracieux par lesquels les intéressés demandent à l'autorité qui a pris l'acte de régler elle-même une contestation qui s'élève à son propos; les recours hiérarchiques par lesquels les intéressés demandent à l'autorité hiérarchique supérieure de régler une contestation née d'un acte pris par un de ses subordonnés; les recours prévus par la loi du 2 mars 1982 par lesquels des particuliers demandent au préfet de déférer un acte d'une autorité locale au contrôle du tribunal administratif (« déféré provoqué »); les recours de tutelle, par lesquels un intéressé demande à l'autorité de tutelle d'annuler un acte pris par une autorité administrative placé sous sa tutelle. Enfin, il existe des possibilités de conciliation, de transaction ou d'arbitrage, qui demeurent facultatives, mais que le Conseil d'Etat souhaite encourager (Cf. *Régler autrement les conflits*, Etude du CE, Doc. fr. 1993). Il est ainsi possible d'obtenir du président du tribunal administratif, en l'absence de tout litige né, l'homologation d'une transaction (CE avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercom. de l'Hajj-les-Roses*, Rec.xxx, *AJDA*.xxx) destinée à remédier aux conséquences d'une annulation, d'une illégalité non régularisable, ou de difficultés particulières d'exécution.

Depuis 1973, il faut ajouter la possibilité pour les particuliers d'adresser des réclamations au médiateur. Il s'agit d'une personnalité nommée en Conseil des ministres pour six années non renouvelables, et dotée de pouvoirs d'investigation et de divulgation pour intervenir auprès des autorités administratives. Les arguments que l'on fait valoir devant le médiateur peuvent être fondés sur le droit mais aussi sur l'opportunité, l'équité. Ces réclamations ne sont pas soumises à une procédure particulière, hormis le fait qu'elles doivent être initialement transmises au médiateur par un parlementaire. Depuis 1977, il faut également mentionner les recours spéciaux que tout intéressé peut adresser, dans les matières qui les concernent respectivement, aux autres autorités administratives indépendantes.

Lorsque ces recours ne sont pas exercés, ou ont été épuisés, les intéressés peuvent aussi introduire des recours juridictionnels. C'est l'évolution de ces recours, jointe aux données de l'organisation des juridictions administratives, qui explique historiquement la formation du droit administratif.

Section I : L'absence de choix par les constituants

La naissance du contentieux administratif résulte de la fondation initiale d'organes qui ont ensuite, progressivement, constitué un ordre juridictionnel et produit à la fois les arguments de leur légitimation et un droit administratif matériel. Elle peut être décrite en trois temps.

1°) En 1790, l'Assemblée constituante est saisie de deux propositions d'organisation qu'elle rejette toutes les deux.

La première était de confier aux tribunaux judiciaires l'intégralité du contentieux administratif. Elle fut refusée en raison de la crainte très présente à l'époque, de voir se renouveler les abus des Parlements de l'Ancien Régime, qui avaient parfois réussi à paralyser l'action du pouvoir exécutif (d'où la nécessité de l'Edit de Saint-Germain en 1641). Les constituants affirment donc la séparation des autorités administratives et judiciaires dans la loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire : « Les fonctions judiciaires sont distinctes 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 leur fonction ». Parce qu'elle fut difficile à faire respecter, cette loi dut être confirmée par celle du 16 fructidor an III : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

La deuxième proposition était de confier le contentieux administratif à des tribunaux administratifs. Cette solution fut rejetée car elle entraînait la fondation de juridictions d'exception dont on avait eu expressément la volonté de supprimer le principe.

Conséquence de ce double rejet : c'est aux autorités administratives qu'est attribué le soin de se juger. Les directoires de département et de districts, autorités exécutives locales, sont juges des affaires locales (loi des 7-11 septembre 1790). Le Conseil des ministres, présidé par le Roi (loi des 27 avril-25 mai 1791), puis les ministres eux-mêmes (Constitution du 5 fructidor an III) pour ce qui concerne les affaires de leur compétence sont appelés à régler les litiges auxquels leurs services sont parties prenantes. C'est le système de l'administrateur-juge.

Tout le travail de la théorie juridique de droit public dans la première moitié du XIX^{ème} siècle consiste à justifier ce système en affirmant que juger l'administration, c'est aussi administrer : il n'est donc pas nécessaire d'avoir recours à une fonction juridictionnelle entre les autorités administratives et le ministre, c'est-à-dire au cœur d'une personne publique, et une fonction juridictionnelle judiciaire ne saurait s'exercer au-dessus des ministres puisqu'il est interdit aux tribunaux de connaître des actes d'administration.

2°) Dix ans plus tard, en l'an VIII, la conséquence de cette situation est concrétisée au plan organique.

C'est la constitution de juridictions administratives, le Conseil d'État (Constitution du 22 frimaire an VIII) et les conseils de préfecture (la loi du 28 pluviôse an VIII en fonde un par département). Les juridictions administratives ainsi fondées sont distinctes des services administratifs actifs des personnes publiques. Cependant, elles sont aussi leurs conseils (comme leur nom l'indique). De plus, les ministres conservent leur fonction juridictionnelle pour les affaires de leurs services. C'est le système du ministre-juge.

Ce sont là les institutions de base de la juridiction administrative pendant presque un siècle. Il faut alors décrire l'évolution que leur a imprimée le Conseil d'État de 1800 à 2000.

Section II : L'unification par le Conseil d'Etat

a) Les ministres

sont les juges de droit commun en premier ressort du contentieux administratif. Ils relèvent en appel du Conseil d'État. Les ministres conservent cette qualité jusqu'à l'arrêt Cadot (CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec.1148, concl. Jagerschmidt, S 1892.3.17, note Hauriou ; on excepte CE, 10 mars 1843, *Brienon*, resté sans lendemain). Il s'agit d'un arrêt implicite, auquel d'ailleurs, la théorie juridique n'accorda pas immédiatement la valeur qui est la sienne aujourd'hui. Les ministres cessent alors d'être juges de droit commun en premier ressort, cette qualité est transférée, par cet arrêt du Conseil d'Etat, au Conseil d'Etat lui-même.

b) Les conseils de préfecture

établis par la loi du 28 pluviôse an VIII auprès de chaque préfet, sont des juges d'exception en premier ressort. Ils ne sont compétents que dans les domaines où un texte leur attribue la connaissance d'un type d'affaires (ainsi en est-il dès le départ du contentieux des travaux publics et des contributions directes). Par les décrets-lois des 6 et 26 septembre 1926, leur nombre est réduit à 22. Par le décret-loi du 5 mai 1934, il leur est attribué l'essentiel du contentieux des affaires locales. Par le décret-loi du 17 juin 1938, le contentieux des contrats portant occupation du domaine public leur est transféré. Enfin, la réforme du contentieux administratif réalisée par le décret-loi du 30 septembre 1953, motivée par l'encombrement du Conseil d'État, leur attribue logiquement la compétence de juge de droit commun en premier ressort, et modifie leur nom en conséquence : les conseils de préfecture deviennent les tribunaux administratifs.

c) Le Conseil d'État

dès l'époque de sa fondation comme juridiction administrative, est juge de premier et dernier ressort des recours pour excès de pouvoir. Il fut naturellement considéré comme juge d'appel de droit commun des décisions des ministres et des conseils de préfecture. Enfin, il est juge de cassation des jugements des juridictions statuant en premier et dernier ressort comme la Cour des comptes, ou seulement en dernier ressort comme le Conseil supérieur de l'Instruction publique (lui-même juridiction d'appel).

Le rôle de juridiction administrative du Conseil d'État fut affecté par trois évolutions fondamentales. Jusqu'en 1872, le Conseil d'État rendait des projets d'arrêt formellement soumis à l'approbation du chef de l'Etat. C'était le système dit de la justice retenue. La loi du 24 mai 1872 met fin à ce système en instituant la justice déléguée. Le Conseil d'État rend souverainement ses décisions juridictionnelles au nom du peuple français. Le principe ainsi consacré est un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui fonde l'indépendance du Conseil d'État (CC, 22 juillet 1980, *Loi de validation*, Rec.46, *AJDA* 1980.602, note Carcassonne, *RD publ.* 1980.1658, *D* 1981.IR.356, obs. Hamon).

En 1889, le Conseil d'État lui-même, par l'arrêt Cadot, se déclare juge de droit commun en premier et dernier ressort de l'ensemble du contentieux administratif. Cette qualité lui est ôtée par la réforme de 1953.

En 1987, la première loi à intervenir pour la réforme d'un contentieux administratif (loi du 31 décembre 1987) décharge, toujours pour des raisons d'encombrement, le Conseil d'Etat d'une partie de sa compétence d'appel au profit de nouvelles juridictions : les cours

administratives d'appel. Les derniers textes intervenus en application de cette loi (décret du 17 mars 1992, loi du 8 février 1995) achèvent ce transfert au point que l'on peut dire aujourd'hui que les cours administratives d'appel sont majoritairement les juges administratifs d'appel, même si le Conseil d'État conserve la qualité, résiduelle pour les recours non expressément attribués aux cours, de juge d'appel de droit commun. En conséquence de cette réforme, le Conseil d'État étend aussi son domaine de juge de cassation en tant que juridiction suprême de l'ordre administratif; les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel reçoivent plénitude de juridiction pour régler les contestations liées à l'exécution de leurs décisions.

Chapitre 2 : La construction d'une juridiction administrative

L'attribution par les réformes de l'an VIII, du contentieux administratif à des juridictions appelées conseils a une signification profonde et toujours actuelle. Le juge administratif français n'est pas seulement un juge spécialisé en matière administrative. Il se doit d'être proche des services et des principes d'action administratifs, avoir une connaissance intime de la pratique administrative. Juger l'administration, c'est aussi administrer. Cela ne signifie pas que le juge administratif soit systématiquement favorable aux points de vue des personnes publiques et des personnes privées chargées de la gestion d'un service public. Simplement, le juge administratif doit avoir le sens de l'équilibre, de la conciliation, de l'équité. La conciliation équilibrée entre l'exercice de la puissance publique et les intérêts des personnes privées est indéniablement une réussite du Conseil d'État qui ne tient que d'elle sa survie dans certaines périodes troublées (1815, 1830, 1848, 1870, 1962).

On peut en trouver l'illustration dans l'examen des différentes juridictions administratives, mais aussi dans le fait que les principes fondateurs de l'organisation de la juridiction administrative sont aujourd'hui insérés dans les normes constitutionnelles de référence.

Statut constitutionnel de la juridiction administrative. L'ensemble de la juridiction administrative a récemment reçu un statut constitutionnel qui met le principe de sa séparation de l'ordre judiciaire hors d'atteinte de la loi ordinaire. Ce statut constitutionnel a été ébauché par la décision précitée du Conseil constitutionnel fondant l'indépendance de la juridiction administrative sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il a été confirmé par la reconnaissance que, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs », le principe selon lequel « l'annulation et la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique », par les autorités administratives, appartient à la juridiction administrative, est lui-même un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, Rec.8, *AJDA* 1987.345, note Chevallier, *RD publ.* 1987.1341, note Gaudemet, *RFD adm.* 1987.287, note B. Genevois, *D* 1988.117, note Luchaire).

Est ainsi conféré à la juridiction administrative un domaine de compétence de principe, qui lui est constitutionnellement réservé. La décision Conseil de la concurrence précise les exceptions à cette compétence : il s'agit des matières qui appartiennent "par nature" à l'autorité judiciaire (justice judiciaire, état-civil, libertés individuelles, et en l'espèce les litiges provoqués par les décisions du Conseil de la concurrence). Cependant, ces exceptions précises et limitées à la répartition classique des compétences sont strictement interprétées (CC, 28 juillet 1989, *Police des étrangers*, Rec.81, *AJDA* 1989.619, note Chevallier, *RFD adm.* 1989.619, note Genevois, *D* 1990.161, note Prétot, non conformité à la Constitution d'une disposition législative donnant compétence aux tribunaux judiciaires pour connaître des recours formés contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière).

Selon la jurisprudence administrative et constitutionnelle, l'étendue de la compétence de la juridiction administrative est une matière législative en application de l'article 34 de la Constitution de 1958 qui dispose « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (CE ass., 30 mai 1962, *Assoc. nat. de la meunerie*, Rec.233, *D* 1962.630, concl. Bernard, *AJDA* 1962.285, chr.; CC, 20 février 1987, *Code rural*, Rec.22).

Il est en conséquence impossible au pouvoir réglementaire de déterminer la compétence de la juridiction administrative, notamment en soumettant le personnel de services publics à caractère industriel et commercial à un statut de droit public ou en qualifiant d'administratif un service public à caractère industriel et commercial (TC, 24 juin 1968, *Soc. Distilleries bretonnes* et *Soc. d'approvisionnements alimentaires* (2 arrêts), Rec.801, concl. Gégout, *AJDA* 1969.311, note de Laubadère, *D* 1969.117, note Chevallier, *JCP* 1969.15764, note Dufau; TC, 20 octobre 1997, *Albert*, *JCP* 1995.10012, concl. Arrighi de Casanova; *RFD adm.* 1998.451).

Section I : Les différentes juridictions

§ 1. - Le Conseil d'État

Le Conseil d'État, fondé en 1799 (art. 52 Constitution du 22 frimaire an VIII) à l'image de l'ancien conseil du Roi est à la fois le conseil du gouvernement et la juridiction suprême de l'ordre administratif (204 membres en service ordinaire). Il est aujourd'hui présidé par le Premier ministre en vertu de l'ordonnance du 31 juillet 1945, qui peut être suppléé par le ministre de la Justice. En temps ordinaires et en pratique, le Vice-Président dirige l'institution à l'aide d'un bureau qui comprend les présidents des sections.

A. Organisation des formations de jugement

Le Conseil d'État comprend six sections, dont cinq sections administratives (intérieur, finances, travaux publics, sociale, rapports et études) et une section dite du contentieux. La section du contentieux est divisée en dix sous-sections spécialisées par matière pour les besoins de l'instruction et du jugement des affaires. Les décisions rendues par le Conseil d'État statuant au contentieux sont couramment appelées arrêts.

Les arrêts sont rendus soit par une sous-section (3 membres), dans les affaires très simples; soit par deux ou trois sous-sections réunies, dans le cas le plus normal; soit par la section du contentieux, en cas de difficultés juridiques réelles (dans ce cas, la décision est citée sous la forme CE sect.); soit par l'assemblée du contentieux, lorsqu'il s'agit d'une décision de principe, d'un revirement de jurisprudence particulièrement important, d'une décision délicate en raison de ses conséquences politiques et pour laquelle il est utile de faire connaître la solidarité du Conseil entier (dans ce cas, la décision est citée sous la forme CE ass.). La formation de jugement de la section du contentieux ne comprend pas l'intégralité des membres, mais seulement le président, les trois présidents-adjoints, les dix présidents des sous-sections, deux conseillers des sections administratives et le rapporteur de l'affaire (17 membres, quorum de 9). La formation de jugement de l'assemblée du Conseil d'Etat ne comprend pas non plus tous les membres du Conseil. Elle se compose du vice-président du Conseil d'État, des six présidents de section, des trois présidents adjoints de la section du contentieux, du président de la sous-section qui a instruit l'affaire et du rapporteur (12 membres, elle comprend donc moins de membres que la formation de jugement de la section du contentieux, mais quorum identique de 9).

Les formations courantes (sous-sections seules ou réunies) rendent par an à peu près 13 000 décisions dont 500 de série et 9250 en formation collégiale (la section et l'assemblée du contentieux en formation de jugement rendent entre 50 et 100 arrêts). Il faut y ajouter environ 1400 avis. Le stock d'affaires en instance au 31 décembre 2001 est de 10 124, soit 110% de la capacité annuelle de jugement, ce qui explique que 60 % des dossiers aient cette durée moyenne de règlement.

B. Compétence juridictionnelle

a) en premier ressort

Le Conseil d'État est compétent en premier ressort pour connaître 1. des recours pour excès de pouvoir a) contre les décrets et ordonnances, b) contre les décisions ministérielles réglementaires ou nominatives si elles ont été prises après avis du Conseil d'État, c) contre les décisions administratives des organismes collégiaux nationaux, 2. de tous types de recours a) concernant les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du Président de la République, b) les élections aux conseils régionaux, et au parlement européen, c) des litiges nés hors des ressorts territoriaux des tribunaux administratifs et conseils du contentieux administratif, ou des actes administratifs dont le champ d'application s'étend au delà du ressort d'un seul tribunal administratif, d) les décisions des autorités administratives indépendantes, e) les décisions du ministre de l'économie en matière de concentrations économiques, 3. De tous les recours en interprétation ou en appréciation de légalité des actes dont l'annulation peut par ailleurs lui être demandée. Les arrêts du Conseil rendus au titre de cette compétence directe en premier ressort sont insusceptibles d'appel ou de cassation.

b) en appel

Le Conseil d'État est compétent en appel au titre d'une compétence de droit commun pour les juridictions administratives spéciales (Art. L. 321-2. CJA - Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives) mais à titre d'exception pour les Cours administratives d'appel. Ce contentieux d'appel est résiduel. Il lui revient de re-juger l'ensemble d'une affaire, en tant que deuxième degré de juridiction dans les cas suivants : 1. appel des jugements de tribunal administratif portant a) sur les recours incidents en appréciation de légalité ou en interprétation, b) sur tous types de litiges relatifs aux élections municipales et cantonales; 2. appel des décisions de toutes les juridictions administratives spéciales qui ne seraient pas elles-mêmes dotées d'un second degré de juridiction (commissions d'arrondissement des dommages de guerre, juridictions arbitrales). Les arrêts du Conseil rendus en appel sont insusceptibles de pourvoi en cassation. Mais en revanche, il est très fréquent que, après avoir prononcé la cassation (cf. ci-dessous) le Conseil d'État règle lui-même l'affaire au fond et exerce donc pleinement une fonction de juge d'appel.

c) en cassation

Le Conseil d'État est aussi la juridiction de cassation (nécessairement unique) de l'ordre administratif. Il statue donc sur les pourvois en cassation formés contre les décisions des juridictions administratives spéciales de premier et dernier ressort ou de dernier ressort, ainsi que contre les arrêts rendus par les cours administratives d'appel. A ce titre, le Conseil d'État peut juger le jugement ou l'arrêt et renvoyer en cas d'annulation (comme la Cour de cassation). Mais il peut aussi, en application de l'art. L. 821-2 CJA (initialement, loi du 31 décembre 1987), si « l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie », juger lui-même l'affaire au fond. Une telle compétence, outre qu'elle évite l'allongement des délais déjà peu acceptables du contentieux administratif, permet au Conseil d'État d'assurer sans état d'âme l'unité de la jurisprudence au fond.

d) sur renvoi

Symétriquement, les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ont la faculté de renvoyer au Conseil d'État les questions de droit nouvelles qui posent des difficultés sérieuses et pourraient intéresser de nombreux litiges (art. L. 113-1 CJA; CE sect. avis, 6 octobre 1995, *Chevillon*, *AJDA* 1996.944, chr. premier refus, risque de substitution aux voies de recours). Le Conseil d'État est donc aussi une juridiction de renvoi.

§ 2. - Les tribunaux administratifs

Les tribunaux administratifs ainsi dénommés depuis la réforme de 1953, sont les juridictions administratives de droit commun en premier ressort du contentieux administratif (L. 211-1 CJA). Leur organisation, leur fonctionnement, et l'essentiel de règles de recevabilité et de compétence les concernant sont contenus dans le Code de justice administrative (JO du 4 mai 2000). Les tribunaux administratifs rendent des décisions appelées jugements.

Il existe 37 tribunaux administratifs (29 en métropole, le prochain en septembre 2008 à Toulon), leur ressort correspond en général en métropole à une région. La plupart comportent plusieurs chambres (de trois magistrats en principe). La compétence territoriale des tribunaux administratifs s'énonce ainsi : le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel réside l'auteur de l'acte attaqué. Les dérogations, nombreuses, ont pour but de décharger le tribunal administratif de Paris : quant aux litiges immobiliers, le tribunal territorialement compétent est celui du lieu de l'immeuble; quant aux litiges en responsabilité, c'est celui du lieu du fait générateur du dommage). Ces règles de compétence territoriale sont d'ordre public sauf en matière contractuelle, à la double condition d'avoir fait l'objet d'une option antérieure à la naissance du litige, et de ne pas être contraire à un intérêt public.

La formation de jugement normale est la chambre composée de trois magistrats. Cependant, il existe des procédures d'urgence qui permettent parfois au président du tribunal administratif de statuer sans audience et par ordonnance (art. R.222-1 CJA : désistements, non-lieux à statuer, irrecevabilité manifeste non régularisable, incompétence manifeste, jugements se limitant à l'attribution de frais irrépétibles, séries). Par ailleurs, la loi du 8 février 1995 (art. L.222-13, L.774-1 CJA) a institué un juge statuant seul après audition du commissaire du gouvernement et audience publique (à la différence du juge unique des constats d'urgence, référés et reconduites à la frontière). Ce juge, qui est le président ou un conseiller de 1^{ère} classe, a reçu un champ de compétence dont la variété rappelle celui du juge d'instance (déclarations de travaux, redevance audiovisuelle, édifices menaçant ruine, contraventions de grande voirie, pensions, APL, communication de documents administratifs, service national, responsabilité de l'Etat pour refus de prêter la force publique à l'exécution de jugements, demandes de remise gracieuse fiscale, litiges relatifs à la situation individuelle courante des agents publics, responsabilité d'une personne publique lorsque le montant du litige est inférieur à 8.000 €). Le volume d'affaires concerné varie entre un quart et un huitième du contentieux actuel des tribunaux administratifs.

Les tribunaux administratifs sont composés de 600 magistrats dont le statut résulte d'un décret du 28 septembre 1988, et l'indépendance est posée par la loi du 6 janvier 1986, modifiée par celle du 25 juin 1990 (art. L.231-1, R.231-1 CJA). Ils rendent à peu près 170 000 décisions par an, et le stock d'affaires est estimé à 200 000. Le délai moyen de jugement est donc de l'ordre de deux ans.

§ 3. - Les cours administratives d'appel

Ces juridictions ont été fondées par la loi du 31 décembre 1987 pour entrer en fonctionnement le 1er janvier 1989. Il s'agit d'une innovation en contentieux administratif, mais d'une copie peu originale des structures de la procédure civile.

Il existe huit cours administratives d'appel : Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Paris, Nancy, Nantes, Versailles, composées de plusieurs chambres. Les magistrats font partie du même corps que les conseillers des tribunaux administratifs : le corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

La compétence des cours administratives d'appel a été définie dans la loi du 31 décembre 1987. Sa mise en œuvre a été progressivement assurée par des décrets pris après avis du Conseil d'État. Elle figure aujourd'hui aux art. L.211-2 et 3 CJA.

Les cours administratives d'appel connaissent en appel 1. des décisions des tribunaux administratifs rendues sur les recours pour excès de pouvoir, 2. des décisions des tribunaux administratifs en matière de plein contentieux à l'exception des litiges relatifs aux élections municipales et cantonales qui restent de la compétence d'appel du Conseil d'État, (ce qui unifie la compétence en matière électorale puisqu'il connaît déjà en premier et dernier ressort des litiges relatifs aux élections régionales et européennes), 3. des décisions des tribunaux administratifs en matière de contravention de voirie, 4. des jugements rendus par les commissions du contentieux de l'indemnisation des rapatriés.

La formation normale de jugement des cours administratives d'appel est la chambre, composée de cinq conseillers. Cependant les principes résultant de l'article R. 222-1 CJA (juridiction du président de formation de jugement des TA) sont applicables aux présidents de chambres des cours administratives d'appel.

Au moment de la réforme, le Conseil d'État comptait, au titre de sa compétence d'appel, 26 000 affaires en instance, soit cinq années de sa production annuelle. Ce retard a été récupéré à l'occasion du transfert aux cours en 1989. Mais depuis le volume du contentieux augmente. Les cours administratives d'appel, avec 150 magistrats rendent 13 000 décisions par an, et le délai moyen de jugement tend à dépasser 3 ans, car le stock atteint aujourd'hui 40 000 affaires.

Pour conclure sur ces différentes juridictions administratives, il faut rappeler que les règles de compétence d'attribution entre elles sont **d'ordre public**, et qu'il existe un mécanisme interne de correction des erreurs. Lorsque l'instruction fait apparaître que la juridiction saisie n'est pas la juridiction administrative compétente, l'affaire est renvoyée au président de la section du contentieux ou à un conseiller d'Etat par lui désigné qui désignera par ordonnance la juridiction compétente.

Section II : Les divisions du contentieux administratif

Les juridictions administratives statuent sur quatre types de recours qui constituent autant de branches du contentieux administratif. La distinction entre ces branches du contentieux est importante pour des raisons pratiques. Les délais auxquels ils sont soumis, les pouvoirs du juge, l'obligation du ministère d'avocat sont susceptibles de variations. La classification des branches du contentieux administratif a été présentée par Aucoc et reprise par Laferrière. Pour l'état du droit positif sur deux branches, S. Doumbé-Billé, "Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière", *AJDA* 1993.3; J. Tercinet, "Le retour de l'exception de recours parallèle", *RFD adm.* 1993.705.

§ 1. - Le contentieux de pleine juridiction ou plein contentieux

En vertu de sa dénomination ce type de contentieux est celui où le juge administratif possède les pouvoirs les plus étendus. Non seulement il peut annuler des actes, mais il peut également prononcer des condamnations pécuniaires, et substituer sa propre décision à celle qui lui est soumise. Cette branche du contentieux comprend en général les contestations relatives aux contrats administratifs; celles qui tendent à mettre en œuvre la responsabilité d'une personne publique et à la condamner à une indemnisation; celles qui sont relatives au contentieux fiscal ou au contentieux électoral, dans lesquels le juge administratif doit pouvoir modifier le montant des impositions et les résultats électoraux.

Ce contentieux est très hétérogène, puisqu'il porte à juger des questions tant de droit objectif (contentieux électoral, fiscal, des installations classées, des édifices menaçant ruine) que de droit subjectif (reconnaissance d'un droit contractuel, d'un droit à des dommages et intérêts). Malgré cela le principe reste que ces recours sont soumis à l'obligation du ministère d'avocat, même s'il existe des dérogations spécifiques (et nombreuses).

§ 2. - Le contentieux de la légalité

Plus précisément que ce que laisse à penser son intitulé, ce contentieux est celui dans lequel il est demandé au juge administratif de se prononcer sur la *régularité* d'un acte. Si le recours est direct, exercé par voie d'action, il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir, le juge administratif a la faculté d'annuler l'acte. Si, à l'occasion de l'examen d'une autre décision, une partie invoque l'illégalité d'une disposition contre laquelle l'action directe n'est plus recevable, le juge peut déclarer la nullité de cette disposition, ce qui écartera son application et entraînera la nullité des décisions prises sur son fondement. C'est l'exception d'illégalité (*Cf. infra*).

Au contentieux de la légalité appartient aussi le recours en appréciation de légalité. Il s'agit d'un recours incident. Il provient d'une question de légalité découverte en cours d'instance par le juge judiciaire et posée au juge administratif parce que la solution de la question commande la solution du litige et parce que le juge judiciaire est incompétent pour la donner lui-même (question préjudicielle). Il peut être exercé contre tout type d'actes (décisions, contrats, circulaires : CE, 19 juin 1981, Lesage, *Dr. adm.* 1981 n° 237). Ce

recours n'aboutit pas à une annulation mais à la déclaration par le juge administratif de la légalité ou de l'illégalité de l'acte en cause.

Peut également être rattaché au contentieux de la légalité, le rarissime recours en déclaration d'inexistence, qui vise à faire déclarer par le juge administratif qu'une décision est juridiquement inexistante (le plus souvent en raison de la gravité des atteintes à la légalité qu'elle contient). Si le requérant exerce en son lieu et place, un recours pour excès de pouvoir, le juge procédera de lui-même à sa requalification en recours en déclaration d'inexistence.

Le contentieux de la légalité étant un contentieux objectif, c'est-à-dire portant à juger des questions de droit objectif, les recours précités sont dispensés du ministère d'avocat depuis 1864.

§ 3. - Le contentieux de l'interprétation

Lorsqu'un acte administratif est obscur, le juge qui doit l'appliquer n'est pas forcément compétent pour l'interpréter, c'est-à-dire pour dire sa signification et son contenu précis. Il doit alors renvoyer au juge administratif. C'est le domaine du recours en interprétation qui peut être direct ou incident.

Ce contentieux est inclassable dans la séparation entre contentieux objectif et contentieux subjectif. Il est toujours soumis à l'obligation du ministère d'avocat.

§ 4. - Le contentieux de la répression

Quantitativement peu représenté, ce contentieux traduit non pas un recours relatif à un acte, mais à des poursuites exercées contre des personnes juridiques afin d'obtenir une sanction. Il s'agit en pratique de condamner les auteurs de contraventions de grande voirie, c'est-à-dire de faits de nature à porter préjudice au domaine public ou à son usage : détériorations de passages à niveau ou implantation de clôtures empêchant le passage public sur le domaine public. Et aussi de réprimer les infractions à une réglementation disciplinaire (Cour de discipline budgétaire et financière -amendes-, Conseil supérieur de la magistrature -révocation-, Section disciplinaire de conseils ordinaires -radiation-, juridictions universitaires).

Section III : Les principes fondamentaux des recours et du jugement

Sous-section I : L'exercice des recours

Les recours contentieux sont caractérisés par des éléments fondamentaux que l'on peut rappeler en guise d'introduction. Les recours contentieux proviennent de litiges qui n'ayant pas trouvé de solution amiable par la voie des recours administratifs ou des recours para-juridictionnels, sont portés devant un juge qui a pour mission de trancher la contestation. Ces litiges deviennent contentieux dès qu'ils sont ouverts par une requête non suspensive de l'exécution des décisions contestées. Ils obéissent à des règles particulières de forme, de procédure et délais et doivent être jugés conformément aux règles de droit. Ils aboutissent enfin à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

§ 1. - Principe de l'absence d'effet suspensif du recours

L'exercice d'un recours juridictionnel devant la juridiction administrative contre un acte administratif ne suspend pas l'exécution de cet acte (art. L. 4 CJA). Ce principe n'est qu'une application au contentieux de ce que le Conseil d'État appelle « règle fondamentale du droit public », le privilège du préalable (CE ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, Rec.257, *AJDA* 1982.657, concl. Biancarelli, note Lukaszewicz, *D* 1983.327, note Dugrip, *Rev. adm.* 1982.627, note Pacteau).

Pour tempérer ce principe dans ce qu'il aurait de plus choquant, de plus grave ou de plus injuste, le requérant peut demander au juge par une requête distincte, une décision juridictionnelle spéciale. Pour le droit commun de ces procédures, le système actuel résulte de la loi du 30 juin 2000 unifiant les procédures d'urgence sous la compétence du juge des référés, c'est-à-dire le président de la juridiction ou le magistrat délégué par lui (art. L.511-1 CJA). On doit distinguer parmi les référés, ceux qui sont soumis par le Code à une condition d'urgence, des autres, appelés référés ordinaires (référé constat art. L.531-1 ; référé instruction art. L.532-1 ; référé provision art. L.541-1) qui seront étudiés en cours de contentieux. Il existe trois référés d'urgence.

A. Le référé-suspension

Art. L. 521-1 CJA : « 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. »

Le référé-suspension peut être demandé pour toute décision administrative, sauf procédure spéciale y dérogeant. Dès lors que la condition d'urgence et le moyen créant un doute sérieux sont reconnus par le juge, il est accordé (CE sect., 19 janvier 2001, Conféd. nat. des Radios libres, *AJDA* 2001.150, chron., *RFD adm.* 2001.378, concl. Touvet).

Anciennement, ce régime était qualifié de « sursis à exécution ». Cette décision n'était pas aisée à obtenir car la jurisprudence administrative exigeait pour l'accorder la réunion de deux conditions : l'invocation d'un moyen sérieux, c'est-à-dire susceptible de permettre au juge du fond de prononcer l'annulation de la décision dont le sursis est demandé (décret du 30 juillet 1963); le caractère difficilement réparable de la décision, ou irréversible des conséquences de la décision (CE ass., 12 novembre 1938, *Ch. synd. des constructeurs de moteurs d'avion*, Rec.840, § 1939.3.65, concl. Dayras). Même lorsque les deux conditions étaient réunies, le juge administratif possédait la faculté d'accorder le sursis à exécution, il n'en avait pas

l'obligation (CE, Ass., 13 février 1976, *Assoc. de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, Rec.100, *Rev. adm.* 1976.380, concl. Morisot, *AJDA* 1976.302, chr., *RD publ.* 1976.903, note Drago, *D* 1977.115, note Pellet). Le juge de cassation enfin ne contrôle pas l'existence d'un moyen sérieux lorsque les juges du fond refusent d'accorder le sursis alors qu'ils le font en cas d'octroi de celui-ci (CE sect., 5 novembre 1993, *Commune de Saint-Quay-Portrieux*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1994.43, *LPA* 1994 n° 35, p. 19).

B. Le référé-liberté

Art. L. 521-2, CJA : « 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. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

Les conditions de ce recours apparu avec la réforme de 2000 sont donc triples : l'auteur de la décision doit agir dans l'exercice normal de ses pouvoirs ; une liberté individuelle, publique ou fondamentale doit être atteinte par la décision dont on demande la suspension ; l'atteinte doit être tout à fait excessive. (CE sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001.153, chron. ; *RFD adm.* 2000.399, concl. Touvet).

C. Le référé conservatoire

Art. L. 521-3, CJA : « 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 ».

Le troisième référé d'urgence est la forme assouplie d'un ancien recours qui interdisait au juge d'ordonner, dans une procédure d'urgence, des mesures pouvant faire préjuger en tout ou partie le règlement du litige au fond (« préjudice au principal »). Dorénavant, le juge peut prendre toute mesure utile, soit contre des personnes privées impliquées dans le litige (expulsion, arrêt de travaux) soit à l'égard des personnes publiques (communication de documents), pourvu qu'il ne contrecarre pas une décision.

Il existe enfin des procédures spécialisées tendant à obtenir la suspension d'un acte administratif et qui varient selon la nature de cet acte : arrêté de reconduite à la frontière des étrangers, décision de conclure un contrat de délégation de service public ou un marché public. Elles seront étudiées ultérieurement.

Le sursis à exécution pouvait aussi faire l'objet de régimes spéciaux, qui n'exigeaient qu'une des conditions : l'existence d'un moyen sérieux. Par exemple, en vertu de la loi du 2 mars 1982, le sursis à exécution des décisions des autorités décentralisées **doit** être accordé par le tribunal administratif, dès lors que l'un des moyens invoqués paraît sérieux (art. 3, 46, 69-V). Il en est de même de la loi du 12 juillet 1983, relative à la démocratisation des enquêtes publiques (art. 6), et de la loi du 10 juillet 1976 (art. 2), relative à la protection de la nature, qui précise un seul moyen sérieux : l'absence d'étude d'impact. L'art. L. 421-9 du Code de l'urbanisme qui permet à une personne publique attaquant un permis de construire de n'invoquer à l'appui de la demande de sursis qu'un moyen sérieux.

Il existait enfin un régime "accélééré" de réponse aux requêtes à fin de sursis à exécution, que l'on peut appeler "suspension provisoire". Il a été supprimé par la loi du 30 juin 2000. L'art. L. 513-1 (ancien article L.10 du Code des TA-CAA dans la rédaction de la loi du 8 février 1995) prévoyait que, « lorsqu'une décision administrative fait l'objet d'une demande de sursis à exécution, le président de la formation de jugement peut par ordonnance et au terme d'une procédure contradictoire, prononcer la suspension de cette décision pour trois mois ». Il fallait pour cela remplir deux conditions : l'exécution aurait eu des conséquences irréversibles et la requête comportait un moyen sérieux.

§ 2. - Conditions de recevabilité des recours

En supposant que le recours soit porté devant une juridiction compétente (*Cf. infra*), il faut pour que le juge l'examine au fond, qu'il soit tout d'abord déclaré recevable. Les règles de recevabilité sont d'ordre public, et l'irrecevabilité doit donc être relevée d'office par le juge.

A. Conditions de forme

a) Présentation de la requête

Les conditions de recevabilité peuvent être des conditions de pure forme, mais elles sont peu nombreuses. La requête, fournie en plusieurs exemplaires, doit être rédigée en langue française, identifier son auteur, contenir une demande précise (conclusions) et distinguer l'exposé des faits de celui des arguments de droit (moyens).

b) Ministère d'avocat

Le plus souvent, en raison de textes particuliers, une requête doit être présentée au juge administratif par le ministère d'un avocat. Devant le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits, le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est obligatoire. Devant la Cour administrative d'appel, ou le tribunal administratif (Art. R. 431-2 CJA) un avocat, ou un avoué en exercice est obligatoire, sauf pour un certain nombre de requêtes énumérées par le Code (Art. R. 811-7 CJA). Enfin, il est possible de retenir que par nature, le contentieux de l'excès de pouvoir (et les domaines connexes de l'appréciation de légalité et de la déclaration d'inexistence) sont dispensés du ministère d'avocat (D. 2 novembre 1862, art. 1; Art. R. 811-7 CJA); il en est de même en matière d'élections.

c) Justification du mandat d'action

Le principal problème posé par l'existence du mandat est relatif à l'action en justice des personnes morales de droit privé. Longtemps confondus, sont aujourd'hui distingués deux mandats : celui, interne à la personne morale, qui confie à un de ses représentants le soin d'agir en justice — mandat *ad agendum* —, et celui, externe et semblable à celui confié par des personnes physiques, par lequel ce représentant investit lui-même un mandataire, le plus souvent choisi parmi ceux de l'art. R. 431-2 CJA. Le premier donne qualité pour agir au représentant de la personne morale. Le second donne qualité pour agir et représenter au mandataire professionnel. Le premier est la condition nécessaire du second (CE, 30 juin 1954, *synd. chrétien des inspecteurs gradés de la préfecture de police*, Rec.402). En conséquence, le simple fait que la requête d'une personne morale soit présentée par un mandataire légal, notamment par un avocat, ne suffit pas à justifier de la réalité du mandat de représentation de la personne morale (CE, sect. avis art. 12, 29 nov. 1991, *synd. des commerçants non sédentaires de la Savoie*, Rec.414, RFD adm. 1992, p. 234, concl. M.-D. Hagelsteen). Il est également nécessaire de justifier que l'organe de la personne morale, et qui a confié le recours au mandataire, est lui-même habilité à agir. Les organes d'une personne morale qui ont qualité pour agir en justice sont déterminés, pour certains types de ces personnes, par les lois et règlements. Ainsi les sociétés sont valablement engagés par leur président ou leur directeur général (L. du 24 juillet 1966, art. 113 — CE, 5 mars 1980, req. n° 14611, RJF 5/80, p. 210); les syndicats de copropriétés par leur syndic (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 16 et 18); les caisses primaires ou régionales d'assurance-maladie par leur conseil d'administration (C. séc. soc., art. L. 121-1 — CE, 21 octobre 1995, *caisse rég. d'assurance-maladie Rhône-Alpes*, req. n° 117946); les associations syndicales autorisées par leur président,

habilité par le bureau syndical (Loi du 21 juin 1865 art. 3; Décret du 18 décembre 1927, art. 36 — CAA Paris, 4ème ch., 14 juin 1994, *Sarl La Bastide*, req. n° 93-1078). Pour d'autres personnes morales, comme les associations ou les syndicats, il convient de se référer aux statuts et règlements intérieurs de chacune d'entre elles. Si les statuts ne confient pas de mandat à un organe particulier, une association ou un syndicat est régulièrement engagé par l'organe tenant de ces statuts le pouvoir de représenter la personne morale en justice (revir. de CE, 8 février 1989, *Comité de défense du chemin de ronde de Damgan*, Rec.837 et CE, 7 avr. 1993, *Groupes autonomes de l'enseignement public*, Dr. adm. 1993, n° 234, obs. D. K.). Après une parenthèse de dix ans (CE, 8 févr. 1989, préc.) la jurisprudence n'exige plus qu'il y ait une habilitation *explicite* de l'organe qui introduit la requête à agir en justice (CE, 3 avril 1998, *Fédération de la plasturgie*, Rec.xxx, AJDA 1998.xxx, chr.).

e) Documents d'urbanisme et décisions relatives à l'occupation des sols

Enfin, en matière d'urbanisme, les recours contre une décision ne sont recevables qu'à la condition d'avoir été notifiés à l'auteur et aux bénéficiaires de cette décision (R. 411-7 CJA, code urb. L. 600-1; CE sect. avis, 1er mars 1996, *assoc. Soisy Etioilles Environnement*, et CE sect. avis, 6 mai 1996, *Sarl Nicolas*, AJDA 1996.566, chr.).

B. Conditions de fond

L'essentiel des conditions de recevabilité tiennent à la qualité de l'auteur et à la procédure, c'est pourquoi seront examinés successivement la capacité de l'auteur, l'intérêt personnel, la règle de la décision préalable, l'exigence de respect d'un certain délai.

a) La capacité de l'auteur du recours

Il s'agit d'un principe général de procédure valable aussi dans les autres branches du droit. L'auteur du recours doit avoir la capacité d'ester en justice ou bien être représenté conformément aux règles de la capacité civile. Cette règle empêche les services administratifs non personnalisés d'agir en justice de leur propre initiative. Dans certains cas, par ex. en matière d'urbanisme, cette capacité n'est pas triviale, puisque l'art. L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme dénie la capacité aux associations de la loi de 1901 dont les statuts auraient été déposés après la publication de l'acte d'occupation des sols attaqué.

b) L'intérêt donnant qualité à agir

Il s'agit d'un point différent du précédent. Non seulement l'auteur du recours doit être capable d'agir mais il doit y avoir intérêt. Cet intérêt est assez facilement reconnu par la juridiction administrative en général.

Ainsi, la qualité de contribuable d'une collectivité territoriale confère un intérêt à attaquer toutes les décisions pourvues d'une incidence financière (CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec.333, S 1901.3.73, note Hauriou), celle d'usager des services publics donne intérêt à contester les mesures d'organisation et de fonctionnement de ces services publics (CE, 21 décembre 1906, *Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec.962, concl. Romieu, S 1907.3.33, note Hauriou), celle d'électeur permet de contester les décisions en rapport avec les élections (CE, 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec.533, S 1962.307, concl. Bernard). Il y a cependant des limites à cet intérêt. La qualité de contribuable national n'autorise pas à contester les décisions de toute autorité administrative au motif qu'elle aurait des conséquences financières (CE, 13 février 1930, *Dufour*, Rec.176), car cette solution aboutirait en pratique à ouvrir le recours à tout citoyen contre toute décision et à vider de son contenu la notion d'intérêt à agir. De même : un député n'est pas par nature recevable à attaquer les décisions du gouvernement (CE, 27 février 1987, *Noir*, Rec.84,

AJDA 1987.332, chr.) ; un étudiant non docteur qui s'est vu plagier par un docteur d'Etat n'a pas d'intérêt à agir contre la décision attributive de ce grade (CE, 20 janvier 1992, *Mme Melin*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.219, note Teboul).

En fait, il doit exister un lien estimé suffisamment direct par le juge administratif entre la situation du requérant et l'acte contesté. La nature de l'intérêt en jeu, matériel ou moral importe peu. Par exemple, un tiers gêné par l'édification d'un immeuble soumis à permis de construire est recevable à attaquer la décision d'octroi du permis (CE, 15 avril 1983, *Commune de Menet*, Rec.154), sauf s'il est trop éloigné, ou si l'immeuble est peu visible (CE, 25 mars 1981, *Lochet*, Rec.164). Mais une société se plaignant d'une concurrence potentielle du fait de la construction d'un immeuble commercial n'est pas recevable à agir contre le permis de construire (CE sect., 13 mars 1987, *Soc. Albigeoise de spectacles*, Rec.xxx, *AJDA* 1987.332, *D* 1988.66, note Thouroude; CE, 7 juillet 1993, *Soc. Economats du Centre*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.830, obs. Bouyssou).

Enfin, l'intérêt à agir pose la question de l'action collective ou action des groupements. Bien sûr, un groupement est recevable à agir pour toute affaire relative à son existence en tant que personne morale : décision niant sa représentativité, fait juridique lui causant préjudice. La recevabilité des recours des groupements est également admise contre les atteintes aux intérêts professionnels qu'il a pour objet de défendre (CE, 13 janvier 1975, *Da Silva*, Rec.16). Il faut cependant que l'atteinte concerne la totalité de ses membres ou une partie d'entre eux qui ne dispose pas de structure particulière de représentation susceptible d'intenter l'action (de manière à ne pas multiplier les recours ayant le même objet et les mêmes auteurs CE, 11 juillet 1984, *Union des group. de cadres sup. de la fonction pub.*, Rec.258). Lorsqu'une décision individuelle est en cause, le principe est que les décisions "positives" (nomination, promotion, reclassement) parce qu'elles ont des conséquences négatives sur les intérêts de ceux qui n'en bénéficient pas, matérialisent l'intérêt direct des groupements à agir contre elles (CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec.1065, *RD publ.* 1926.32, concl. Cahen-Salvador, *S* 1925.3.49, note Hauriou). Mais s'agissant des décisions "négatives" (refus d'avantages, sanctions), seuls leurs destinataires ont intérêt pour agir, le groupement dispose simplement de la faculté d'appuyer un recours des intéressés par la procédure de l'intervention (CE, 28 décembre 1906, *Synd. des patrons-coiffeurs de Limoges*, Rec.977, concl. Romieu, *RD publ.* 1907.25, note Jèze; pour une mise au point récente et ferme sur les tentatives d'extension de la recevabilité, CE sect., 13 décembre 1991, *Synd. CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes* et *Synd. Inter-co CFDT de la Vendée* (2 arrêts), Rec.xxx, concl. contr. Toutée, *RFD adm.* 1993.250, *AJDA* 1992.350, obs. J.-M. Breton, pour des synd. d'agents publics; et CE ass., 10 avril 1992, *Soc. Montalev*, Rec.xxx, concl. contr. Hubert, *RFD adm.* 1993.261, *AJDA* 1992.536, chr., pour les autres).

c) La décision préalable

La règle de la décision préalable provient de la loi du 17 juillet 1900, reprise par le décret n° 65-29 du 11 janvier 1965. Mais son fondement est plus ancien : il provient du fait que le Conseil d'État dans le régime procédural du début du XIX^{ème} siècle ne pouvait être saisi que de décisions. Il a maintenu cette exigence après 1889, rendant utile l'adoption de dispositions textuelles.

La règle de la décision préalable peut être ainsi énoncée : la recevabilité des recours est subordonnée au fait qu'il soient dirigés contre une décision. Cette exigence ne fait pas problème en cas de recours pour excès de pouvoir ni dans le contentieux de l'annulation en général, mais elle est d'un grand poids dans le plein contentieux. Si un préjudice résulte d'un acte administratif non décisoire ou d'un fait juridique, l'intéressé doit en principe provoquer une décision en adressant une demande expresse d'allocation de dommages et intérêts à la personne publique ou privée (CE, Sect. 13 juin 1984, *Assoc. Club athl. Mantes-la-ville*, Rec.218, *AJDA* 1984.572) auteur du préjudice. Cependant, pour que l'auteur de l'acte

ou des faits litigieux ne puisse par inertie faire obstacle à l'action de l'intéressé, une décision de rejet est réputée intervenue au bout de deux mois de silence. On l'appelle décision implicite de rejet (*Cf. infra*).

Il existe deux grands types d'exceptions à la règle de la décision préalable. La première, relative à des dispenses, intéresse certains domaines : celui des travaux publics. La victime d'un dommage de travaux publics peut saisir le tribunal administratif d'une demande d'indemnisation sans que soit intervenue une décision. Expressément mentionnée par le décret n° 65-29 du 11 janvier 1965, cette dispense résulte aussi de l'histoire, puisque la loi du 28 pluviôse an VIII en disposait ainsi quant à la manière de procéder en ce domaine devant les premiers conseils de préfecture ; celui des procédures d'urgence, déjà étudié.

L'autre exception est relative à un type particulier de recours. Il s'agit du déféré que peut engager le préfet contre les actes soumis à transmission des collectivités territoriales. Lorsque ces actes sont des contrats, il n'y a pas juridiquement de décision (CE sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, *AJDA* 1991.739, chr.). Il n'y en a pas plus lorsque ces actes sont des actes administratifs unilatéraux non décisifs (CE ass., 15 avril 1996, *Synd. CGT des hospitaliers de Bédarieux*, *Rec.xxx*, *AJDA* 1996.405, chron.). Il est vrai que la situation n'engage finalement que des personnes publiques et qu'il s'agit d'une détermination législative. Le déféré préfectoral, bien qu'il soit une espèce de recours pour excès de pouvoir, a pour finalité spéciale d'assurer le contrôle de l'Etat sur les actes d'autres personnes publiques.

d) Le délai de recours

1. Principe

Les recours dirigés contre une décision sont recevables à condition d'être exercés dans un délai de deux mois. Ce délai est de droit commun (art. R. 421-1 CJA), mais il peut en certaines matières, être allongé ou raccourci. Ce délai s'entend du dépôt de la "requête sommaire", qui ne développe pas forcément les moyens de droit.

Il s'agit d'un délai franc, c'est-à-dire excluant le jour de la décision et celui d'expiration du délai. Exemple : une décision publiée ou notifiée le 7 décembre, le délai commence à courir le 8 décembre à 0 heure, il expire le 7 février à 24 heures, le recours est recevable jusqu'au 8 février à 24 heures. Sauf s'il s'agit d'un dimanche ou d'un jour férié, auquel cas le recours est encore recevable le jour ouvrable suivant.

Le point de départ du délai est donné par la naissance de la décision en cas de décision implicite de rejet (contentieux de l'excès de pouvoir), par la publication ou l'affichage en cas d'acte réglementaire, par la notification à son destinataire pour les actes nominatifs, à la condition que le délai et les possibilités de recours (art. R. 421-5 CJA) soient mentionnés dans la notification.

Un régime particulier, consacré par la loi du 12 avril 2000 (art. 19), concerne les *demandes* de décision adressées par un particulier à un service administratif (à l'exclusion des demandes des agents). L'autorité administrative saisie doit délivrer un accusé de réception comportant des mentions obligatoires (identification des agents et services, délai d'intervention de la décision, d'une éventuelle décision implicite de rejet, délai de recours). En cas d'absence d'accusé de réception ou d'omission de mentions, le délai ne court pas. Néanmoins, le défaut de délivrance d'un accusé de réception n'emporte pas l'inopposabilité des délais de recours à l'encontre de l'auteur de la demande lorsqu'une décision expresse lui a été régulièrement notifiée avant l'expiration du délai au terme duquel est susceptible de naître une décision implicite. Par ailleurs, de façon à sauvegarder les droits des détenteurs d'une autorisation administrative, l'inopposabilité des délais n'est pas applicable lorsque des tiers exercent des recours administratifs contre ces autorisations (CE sect. Avis, 15 juill. 2004, *Damon*, *RFDA* 2004.894, concl. Stahl). Enfin, la notification n'est pas obligatoire lorsque joue la théorie de la connaissance acquise: les membres des organismes collégiaux sont

censés avoir la connaissance des décisions prises par l'organisme (CE, 4 août 1905, Martin, Rec.749); et l'exercice d'un recours contre une décision constitue la connaissance de celle-ci (CE sect., 13 mars 1998, Mauline, Rec.80).

Un autre régime particulier est celui du déféré préfectoral, où le délai ne commence à courir qu'à dater de la transmission ou de la demande d'un tiers de déférer un acte non transmis.

2. *Exceptions*

- Il existe des exceptions à la règle du délai, certains recours étant recevables sans condition de délai. Il s'agit d'une part de ceux dont, en conséquence de la dispense de décision préalable, le délai n'a pas de point de départ, par exemple les recours de plein contentieux en matière de travaux publics (R. 421-1 CJA). Il s'agit ensuite des décisions implicites de rejet soit en matière de plein contentieux, soit en matière d'exécution des jugements, soit en toute matière lorsqu'elles émanent d'autorités collégiales ou à l'issue de leur consultation (R. 421-3 CJA). Hormis ces cas, les décisions implicites de rejet en matière d'excès de pouvoir demeurent soumises à l'exigence du délai. Il s'agit enfin de cas particuliers relevant des textes ou des principes généraux de la procédure (recevabilité des recours contre les décisions inexistantes).

- Il existe des réductions du délai d'action: en matière électorale municipale ou cantonale, cinq jours; régionale ou européenne, dix jours; en matière de reconduite à la frontière par arrêté, 48 h.

- Il existe également des prorogations de délai. Certaines résultent de dispositions textuelles (décret du 19 décembre 1991 pour la demande d'aide juridictionnelle non codifié au CJA sauf R. 612-2; art. R. 921-3 CJA pour les demandes d'astreinte pour inexécution de la chose jugée ; intervention d'une décision expresse pendant une instance engagée contre une décision implicite, at. R. 421-2). D'autres prorogations viennent de la jurisprudence : aucun cas de force majeure n'est accepté pour une telle prorogation, mais paradoxalement, elle peut intervenir par la volonté même du futur requérant. En effet l'exercice d'un recours administratif, gracieux ou hiérarchique, ou demande de déféré, dans le délai de recevabilité, interrompt celui-ci jusqu'à intervention de la décision, implicite ou explicite, sollicitée par le recours administratif. Le délai repart "à zéro" (c'est-à-dire pour deux mois s'il s'agit du délai de droit commun) à dater de cette décision intervenue sur recours gracieux. Cette prorogation n'est valable qu'une fois : on ne peut pas exercer successivement un recours gracieux puis un recours hiérarchique pour conserver le délai de recevabilité du recours contentieux (CE sect., 27 janvier 1950, *Delle Ducrot*). A titre dérogatoire, en matière de déféré préfectoral à l'encontre des actes des collectivités locales, le délai peut être prorogé deux fois : par une demande de pièces complémentaires (différant la date effective de la transmission) puis par un recours gracieux (CE, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, Rec.xxx, *AJDA* 1997.185, concl. Maugué), mais il ne s'agit pas en fait d'un cumul de *recours* administratifs.

- Il faut enfin faire une place particulière à l'exception d'illégalité. Si une première décision est devenue définitive par l'expiration du délai de recevabilité, elle peut néanmoins faire l'objet d'une contestation indirecte. A l'appui d'un recours supposé recevable contre une autre décision, l'intéressé peut invoquer l'illégalité de la décision devenue définitive comme fondement de son action contre cette autre décision. Le juge sera alors tenu d'examiner le lien entre la décision définitive et celle qui fait l'objet de l'action, la légalité de la décision définitive, et de tirer les conséquences d'une éventuelle illégalité de celle-ci sur celle-là. C'est l'exception d'illégalité.

L'exception d'illégalité contre les règlements est perpétuelle (CE, 29 mai 1908, *Poulin*, Rec.580, *D* 1910.3.17), c'est-à-dire que l'illégalité d'un acte réglementaire peut toujours être invoquée comme fondement du recours contre une de ses **mesures d'application** (CE sect., 19 février 1967, *Soc. des Ets Petitjean*, Rec.63, *AJDA* 1967.285, *RTD eur.* 1967.681,

concl. Questiaux). Il y a ici deux précisions et une exception. Deux précisions : en matière pénale, il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une mesure d'application, il suffit que l'acte attaqué modifie le règlement prétendument illégal (CE sect., 24 janvier 1992, *Assoc. des centres E. Leclerc*, Rec.39, *AJDA* 1992.336, chr., *RFD adm.* 1992.499, concl. Hubert) et l'exception d'illégalité sera acceptée; en matière d'urbanisme un permis de construire ou une autorisation de lotir ne sont pas des actes d'application des plans d'occupation des sols et l'exception d'illégalité sera refusée (CE, 9 janvier 1981, *Comité pour l'environnement de Nancy*, *AJDA* 1981.377, note Hostiou). Une exception propre au contentieux de l'urbanisme : lorsque l'illégalité invoquée résulterait d'un vice forme ou de procédure d'un document d'urbanisme, elle n'est recevable que dans les six mois de son entrée en vigueur (loi du 9 février 1994, C. urb. L.600-1).

L'exception d'illégalité contre les décisions non réglementaires n'est pas recevable au-delà du délai de droit commun (CE sect., 26 juillet 1982, *Boissier*, Rec.302, concl. Dondoux, *AJDA* 1982.696, chr.) sous réserve de deux exceptions. L'exception d'illégalité contre les décisions non réglementaires dommageables est également recevable sans condition de délai (CE, 3 décembre 1952, *Dubois*, Rec.555, *JCP* 1953.7353, note Vedel, la révocation illégale d'un fonctionnaire, mesure nominative devenue définitive fonde valablement un recours en indemnisation).

L'exception d'illégalité contre les mesures non réglementaires incluses dans une opération complexe est recevable sans condition de délai (CE, 28 décembre 1917, *Perrens*, Rec.880). L'opération complexe est un ensemble de faits juridiques et de décisions dont les précédentes sont destinés à permettre l'édition des suivantes (CE, 6 juillet 1977, *Consorts Girard*, *RD publ.* 1977.1323, note Waline, l'exception d'illégalité d'une déclaration d'utilité publique est recevable sans délai à l'occasion d'un recours dirigé contre l'un des actes pris pour l'expropriation). Par ailleurs, la recevabilité du moyen tiré de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire s'apprécie en se plaçant à la date où le moyen est soulevé devant le juge et non à celle où il se prononce sur son bien-fondé (CE sect., 20 juin 1997, *Kessai*, *AJDA* 1997.894, concl. Abraham; cela peut avoir de l'importance au cas où l'acte argué d'illégalité est devenu définitif du fait d'une décision de justice, alors que le juge de l'exception n'a pas encore statué).

d) L'obligation du recours administratif préalable

Il peut arriver, que le recours juridictionnel doive être précédé d'un recours administratif. L'obligation peut résulter d'un texte (contentieux des états exécutoires, décret n° 86-520 du 14 mars 1986; contentieux des impôts directs, L. proc. fisc. art. R.190-1, L. 281). Elle peut également provenir d'un contrat (CE, 3 janvier 1958, *Soc. Provence Construction*, *AJDA* 1958.2.60). Enfin, elle peut être découverte par la jurisprudence (CE, 17 novembre 1950, *Garnoy*, Rec.103), mais le Conseil d'Etat demeure hostile à une généralisation jurisprudentielle de l'obligation de recours préalable ou de l'obligation de conciliation.

La loi du 31 décembre 1987 a prévu la généralisation de ce préalable obligatoire en matière de contentieux contractuel et de contentieux de la responsabilité extracontractuelle. Elle a renvoyé pour le détail à des décrets pris après avis du Conseil d'Etat, qui ne sont pas à ce jour intervenus. Le Conseil d'Etat se propose de fonder des procédures facultatives de règlement des litiges en développant l'usage de l'art. L. 211-4 CJA, ou en confiant au juge des référés le soin de concilier ou de désigner un conciliateur.

Dans le cas où le recours administratif obligatoire n'a pas été exercé, le recours juridictionnel est irrecevable.

§ 3. - Possibilités de régularisation

Malgré la présence de certaines imperfections pouvant entraîner l'irrecevabilité du recours si on les apprécie au moment de son introduction, il est possible de réaliser un effacement *a posteriori* de ces imperfections. Il faut d'une part qu'elles ne révèlent pas une irrecevabilité congénitale (CE, 6 mai 1977, *Garrigues*, Rec.208, obligation de recours administratif préalable; CE, 1er juin 1953, *Vasnier*, Rec.254, obligation d'indiquer les moyens dans la requête; CE, 22 mars 1989, *Delle Mudalige*, Rec.99, obligation de rédiger en français) et que d'autre part, elles soient corrigées avant la clôture de l'instruction : on parle alors de régularisation.

Sont ainsi régularisables le défaut de signature (TA Clermont, 9 janvier 1981, *Trincal*, Rec.867), de production de copies et documents (CE, 11 janvier 1911, *Roy*, Rec.10), l'absence d'avocat dans un contentieux où leur ministère est obligatoire (on lui fera signer les pièces de la procédure, CE 19 juillet 1933, *Scherer*, Rec.793), l'absence de décision préalable (qu'il faut alors provoquer en cours d'instance, CE 22 juillet 1938, *Lambert*, Rec.718), l'omission du timbre (CE avis art. 12, 18 février 1994, *Chatbi*, D 1994.309, note Prétot). La régularisation intervient le plus souvent à l'initiative du requérant, mais elle peut également résulter de l'attitude de l'auteur de l'acte attaqué, s'il répond au fond sans invoquer l'irrecevabilité (CE, 13 mars 1903, *Allicane*, Rec.237), ou de l'expiration de certains délais de recours lorsque la combinaison de recours aboutit à des impasses (CE sect., 20 novembre 1992, *M. Joseph*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.130, concl. Arrighi de Casanova, pourvoi régularisé par l'expiration du délai d'opposition contre l'arrêt). Enfin de toutes façons, la régularisation doit dans la plupart des cas être sollicitée par le juge, en vertu du Code et de la jurisprudence (art. L. 612-1 CJA : "lorsque des conclusions sont entachées d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours, la juridiction ne peut les rejeter en relevant d'office cette irrecevabilité qu'après avoir invité leur auteur à les régulariser" rédaction du décret n° 97-563 du 29 mai 1997).

Sous-section II : Le jugement et son exécution

Dans ce titre, le terme "jugement" désigne le processus mis en œuvre par une juridiction administrative pour aboutir à une décision qui recevra, selon la nature de la juridiction et de la formation de jugement, la dénomination juridique convenable (arrêt, jugement, ordonnance).

§ 1. - Le déroulement du jugement

Après enregistrement de l'acte introductif d'instance, s'engage la phase d'instruction qui aboutit logiquement au prononcé d'une décision juridictionnelle. Il est alors utile de préciser quels sont les pouvoirs du juge dans le processus de jugement et quels recours peuvent éventuellement être exercés contre ses décisions.

A. L'instruction et l'audience

L'instruction est conduite par le rapporteur désigné pour mettre l'affaire au clair. Elle consiste à réunir les mémoires et observations produits par les parties, plus rarement à prononcer des mesures spéciales destinées à améliorer la connaissance des faits (expertises, transport sur les lieux, audition de témoins). Pour mener à bien cette tâche, le juge administratif s'est reconnu le pouvoir d'adresser aux personnes publiques concernées l'injonction de produire toute information estimée nécessaire à la solution du litige (CE sect., 1er mai 1936, *Couespel du Mesnil*, Rec.485).

L'instruction est écrite, contradictoire, et inquisitoriale.

Le caractère écrit est une constante dans la pratique. Les mesures d'instruction "orales" ne sont prises en compte qu'à travers leur procès-verbal.

Le caractère contradictoire a longtemps été un principe général du droit. Il possède aujourd'hui une pleine valeur législative (art. L.5 CJA). Les parties au litige doivent avoir une connaissance complète des moyens et des documents produits par l'adversaire ou utilisés par le juge (CE, 13 décembre 1968, *Assoc. synd. des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, Rec.645), et pouvoir y répondre (CE, 31 décembre 1976, *Assoc. Les amis de l'île de Groix*, Rec.585, *JCP* 1977.2.18589, concl. Genevois). Ce principe s'applique également lorsque le juge entend relever d'office un moyen d'ordre public : il doit provoquer les observations des parties (art. R. 611-7 CJA; CE sect., 30 octobre 1992, *Assoc. de sauvegarde du site Alma-Champ de Mars*, Rec.384, *AJDA* 1992.822, concl. Lamy) même s'il n'est pas tenu de préciser les motifs de fait et de droit sur lesquels il pourrait fonder sa décision (CE, 21 décembre 1994, *SARL La Flotte jr.*, *LPA* 1995, n° 50, p. 10, concl. Arrighi de Casanova).

Le caractère inquisitorial de la procédure d'instruction se traduit par le fait que le juge dirige le procès, organise les échanges d'observations et fixe les délais. Même si les requérants doivent apporter des éléments de preuve, le juge administratif participe dans l'instruction à la production de la preuve, notamment en vertu de ses pouvoirs d'injonction, et malgré les incertitudes relatives à l'application de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs.

La clôture de l'instruction est la condition nécessaire pour permettre l'inscription au rôle d'une formation de jugement. Il y est procédé par ordonnance devant les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, sans forme pour l'instant devant le Conseil d'État.

Les débats ont lieu en audience publique (art. L.6 CJA). Mais le plus souvent l'audience publique ne permet aux parties (ou à leurs avocats devant le Conseil d'État) que de présenter des observations sur les conclusions contenues dans leurs mémoires, et au commissaire du gouvernement que de lire ses propres conclusions. Cependant, le rôle du commissaire du gouvernement est essentiel. Contrairement à sa dénomination (ord. des 2 février et 12 mars 1831), il exprime « en toute indépendance ses conclusions, son appréciation qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige » (CE ass., 10 juillet 1957, *Gervaise*, Rec.467, *AJDA* 1957.2.394, chr.; art. L.7 CJA). Il appartient à la juridiction et participe à la fonction de jugement, par suite, ses conclusions n'ont pas à faire l'objet d'un débat contradictoire (CE, 29 juillet 1998, *Esclatine*, Rec.320, *AJDA* 1999.69, note Rolin). L'institution du commissaire du gouvernement est conforme dans son principe au droit européen de la CESDH (CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*) et à celui des Traités relatifs à la Communauté et à l'Union européennes (par analogie avec les attributions de l'avocat général près la CJCE : ord. 4 février 2000, *Emesa Sugar*, *RFD adm.* 2000.415, note Delvolvé). En revanche sa présence au délibéré est exclue s'agissant d'affaires portant sur des accusations en matière civile et pénale au sens de la Cour (arrêt *Kress* précité). Le Conseil d'État ne s'est pas conformé à cette jurisprudence, un décret de procédure byzantin a même été pris, distinguant la présence au délibéré (admise) de la participation au délibéré (interdite). Logiquement, la CEDH a renouvelé sa condamnation (CEDH, 5 juillet 2005, *Loyen*, *AJDA* 2005.1593, chr. Flauss), refusé explicitement de réformer sa jurisprudence *Kress* (CEDH, 12 avril 2006, *Martinie*, *JCP A* 2006.1131, note Adrian ; *AJDA* 2006.986, note Rolin) et rejeté la distinction présence/participation (CEDH, 9 novembre 2007, *Sacilor-Lormines*, *LPA* 2007 n° 96, note Claeys et Melleray). Le décret du 1^{er} août 2006 actuellement en vigueur, interdit seulement la présence au délibéré du commissaire du gouvernement devant les juridictions « inférieures » et ouvre aux parties la possibilité de demander qu'il n'y assiste pas devant le Conseil d'État (art. R. 733-3 CJA).

B. La décision juridictionnelle et les pouvoirs du juge

Les décisions des juridictions administratives sont rendues publiquement (art. L. 10 CJA). Le juge dispose dans sa fonction juridictionnelle, de plusieurs pouvoirs qui varient avec la nature du contentieux. Dans le contentieux de l'annulation, il s'agit du pouvoir d'annuler l'acte, c'est-à-dire d'effacer son existence pour l'avenir comme pour le passé. Dans le contentieux de pleine juridiction, le juge administratif peut, on l'a vu, substituer sa propre décision à un acte juridique, par exemple inverser le résultat d'une élection, modifier le montant des sommes dues dans une affaire fiscale. Dans tout type de contentieux, le juge doit relever d'office les moyens d'ordre public, c'est-à-dire constater et tirer les conséquences d'infraction à des règles de droit considérées comme fondamentales (méconnaissance des règles de compétence juridictionnelle et de recevabilité, incompétence de l'auteur de l'acte, rétroactivité des règlements).

Les pouvoirs du juge pour prendre sa décision sont encadrés par deux principes. Le premier est le respect de la demande du requérant. Le juge administratif ne peut pas statuer *ultra petita*, c'est-à-dire au delà de la demande du requérant, mais il ne peut pas non plus statuer sur une seule partie de la demande et abandonner le reste (*infra petita*).

Le second résulte d'une autolimitation qui serait fondée sur la séparation entre la juridiction administrative et les autorités administratives actives : l'interdiction que se fait à elle-même la juridiction administrative de prendre des décisions qui relèvent de la compétence d'administrateurs "actifs" et d'adresser à une personne publique ou à une personne privée chargée de la gestion d'un service public (CE, 4 novembre 1983, *Noulard*, Rec.451), une injonction de faire ou de ne pas faire (sauf pendant l'instruction des recours). Encore ce second principe connaît-il une limitation depuis la loi du 8 février 1995.

La loi du 8 février 1995 (codifiée depuis, art. L.911-1 CJA) confère aux juridictions administratives un pouvoir d'injonction destiné à prévenir les difficultés d'exécution de leurs décisions. Le juge administratif doit se préoccuper des suites que les autorités administratives réserveront à ses jugements ou arrêts, s'il est saisi de conclusions en ce sens, en leur adressant des injonctions dans deux cas : d'une part lorsque le jugement nécessite une mesure d'exécution que l'autorité administrative doit obligatoirement prendre - cas des reconstitutions après annulation - le juge prescrit alors **la mesure** en l'assortissant le cas échéant d'un délai d'exécution (art. L. 911-1, CJA); d'autre part, si le jugement implique nécessairement la prise par l'autorité administrative d'une nouvelle décision après une nouvelle instruction - cas des annulations de refus-, le juge **fixe le délai** dans lequel cette nouvelle décision doit intervenir (art. L. 911-2, CJA). La condition de mise en œuvre est qu'il y ait une demande du requérant, soit après constatation de l'inexécution, par requête distincte, soit de manière prévisionnelle dans la requête initiale elle-même. L'appréciation du juge s'effectue à la date à laquelle il rend son jugement et non en se replaçant à la date de la décision annulée. Elle doit respecter l'autorité absolue de chose jugée attachée aux annulations pour excès de pouvoir.

Dans ces deux cas, sur demande de la partie intéressée, le juge peut assortir son injonction d'une astreinte (art. L.911-3).

Il n'en demeure pas moins que le principe selon lequel le juge administratif ne saurait adresser des injonctions à une autorité administrative demeure, en dehors des cas précis de la loi du 8 février 1995 (CE, 7 avril 1995, *Grèkos*, req. n° 95123; CE, 18 octobre 1995, *Reghis*, req. n° 156252, *AJDA* 1996.155, chr., où le Conseil rejette une demande d'injonction parce que l'annulation qu'il prononce impose à l'autorité administrative de prendre une nouvelle décision, mais pas dans un sens déterminé). En sens inverse, CE, 12 juillet 1995, *Domarchi*, req. n° 161803, injonction de communiquer des documents administratifs; CE, 29 décembre 1995, *Kavvadias*, req. n° 129659, *AJDA* 1996.155, chr. injonction de réintégrer un fonctionnaire dans le prolongement de la jurisprudence Rodière). De même, le juge administratif se refuse toujours à annuler les mesures prises par une autorité administrative en exécution d'un contrat administratif.

§ 2. - L'exécution des décisions juridictionnelles

A. Valeur des décisions juridictionnelles

La décision juridictionnelle prononcée par le juge administratif est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Elle s'impose donc tant aux auteurs des actes et faits faisant l'objet du recours qu'au requérant lui-même. En principe, l'autorité de la chose jugée est plus souvent relative, elle concerne les mêmes parties sur le même objet avec la même cause. En matière d'excès de pouvoir, un arrêt d'annulation possède l'autorité absolue de la chose jugée, *erga omnes* et rétroactivement. Cette annulation peut se suffire à elle-même et ne pas demander

de mesure d'application de la part des autorités administratives. Le juge administratif peut aussi préciser les conséquences de l'annulation qu'il prononce, notamment quant aux reconstitutions de carrière (CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec.1065, *RD publ.* 1926.32, concl. Cahen-Salvador, *S* 1925.3.49, note Hauriou; et loi du 8 février 1995). Car le principe demeure que l'annulation n'interdit pas à son auteur de prendre une nouvelle décision, identique dans son contenu à celle qui aurait été annulée par le juge pour seuls vices de forme ou de procédure. Le décret du 28 novembre 1983 (art. 2) a cependant prévu une obligation particulière de faire droit à toute demande d'annulation d'un acte non-réglementaire pris en application d'un règlement qui aurait été reconnu illégal dans une décision juridictionnelle, même par voie d'exception.

Mais l'autorité de la chose jugée n'est acquise qu'à l'égard des décisions juridictionnelles devenues définitives, c'est-à-dire notamment de celles qui n'ont pas fait l'objet de voies de recours. Or, il est souvent possible d'exercer un recours juridictionnel contre les décisions des juridictions administratives. Certaines voies de recours sont limitées : l'opposition, la tierce-opposition, le recours en révision, le recours en rectification d'erreur matérielle; d'autres sont largement ouvertes : l'appel et le pourvoi en cassation. Le principe est que les voies de recours ne sont pas suspensives (sauf exception textuelle concernant soit des juridictions spéciales -commissions centrales d'aide sociale, commissions du contentieux de l'indemnisation des rapatriés, conseils de l'éducation nationale-, soit la matière électorale -C. élect., art. L. 233, L. 250, L. 362-).

Il faut enfin remarquer qu'il est possible, pour corriger les conséquences de l'absence d'effet suspensif des recours, de demander un référé suspension des décisions juridictionnelles, en application du Code de la juridiction administrative (art. R. 811-15 et s., R. 531-7). Le régime général de l'octroi de cette suspension est qu'elle peut être ordonné à la demande du requérant si l'exécution de la décision de première instance attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent sérieux en l'état de l'instruction (R. 811-17 CJA). Il existe cependant deux régimes spéciaux concernant certains jugements rendus par les tribunaux administratifs. Le premier prévoit le cas où un appelant différent du requérant en première instance exerce un recours en appel et demande le sursis à exécution du jugement de tribunal administratif au motif qu'il risque la perte définitive d'une somme qui ne devrait pas rester à sa charge dans l'hypothèse d'un succès de l'appel (R. 811-16). Il s'agit en fait des cas d'insolvabilité présumée du requérant victorieux devant le tribunal administratif, sauf en référé ou les deux conditions du sursis subsistent (R. 531-7 CJA). Le second régime s'applique au cas d'appel des jugements d'annulation rendus sur recours pour excès de pouvoir par les tribunaux administratifs : il suffit que l'un des motifs de l'appelant soit jugé sérieux (R. 811-15).

B. Obligation d'exécution et sanction de l'inexécution

Les auteurs de décisions annulées ou de faits juridiques donnant lieu à indemnisation sont tenus d'exécuter la décision juridictionnelle qui les désigne. Cette obligation est absolue. Elle ne peut être effacée que par une validation législative conforme, dans son principe, à la Constitution de 1958, mais dont les modalités d'exercice sont encadrées par le Conseil constitutionnel (CC, 22 juillet 1980, *Lois de validation*, Rec.46, *AJDA* 1980.602, note Carcassonne, *D* 1981.IR.356, obs. Hamon; CC, 28 décembre 1995, *JO du 31*, p. 19099, insuffisance du motif exclusivement financier); conforme aussi dans son principe à la CESDH, mais dont l'application est encadrée par le Conseil d'Etat (CE, 5 décembre 1997, *Lambert*, req. n° 140.032, *LPA* n° 71, du 15 juin 1998, note Le Gars). Néanmoins, par rapport au niveau d'exigence de la CEDH, il peut y avoir un écart d'appréciation. Pour les juridictions nationales il faut un « motif suffisant d'intérêt général », alors que pour la CEDH le motif d'intérêt général doit être impérieux (CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski*,

AJDA 2000.533, note Flauss, *RD publ.* 2001.23, note Prétot : non conformité d'une validation législative française à l'art. 6, alors que le Conseil constitutionnel avait déclaré la loi conforme à la Constitution). Cependant, le comportement des autorités administratives n'est pas toujours parfait. Il existe donc plusieurs moyens de faire respecter cette obligation.

a) L'annulation du refus

Tout d'abord, le refus d'exécuter une décision d'annulation est illégal.

Il peut d'une part, être lui-même annulé par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Fabrègues*, *S* 1911.3.121, note Hauriou). Il peut d'autre part, fonder une demande en dommages et intérêts à raison du préjudice causé par l'inexécution (CE, 22 décembre 1955, *Soubiron-Poney*, *Rec.*607).

b) La saisine du Médiateur

En cas de refus durable d'exécuter, le bénéficiaire du jugement peut demander à un député de saisir le Médiateur de la République, qui possède le pouvoir d'enjoindre à l'autorité administrative de respecter l'autorité de la chose jugée (loi du 3 janvier 1973, modifiée, art. 11). Cependant, ce pouvoir semble rarement exercé. Le projet de réforme constitutionnelle de 2007 prévoit sa transformation par la création d'un véritable « défenseur du peuple » sur le modèle espagnol.

c) La demande d'astreinte

Il est aussi possible de rechercher la condamnation de la personne publique ou de la personne privée chargée de la gestion d'un service public à une astreinte, c'est-à-dire au paiement potentiel d'une somme fixée par jour de retard. Le régime des astreintes administratives provient de la loi du 16 juillet 1980, de la loi du 30 juillet 1987, art. 30 (en ce qui concerne les personnes privées chargées de la gestion d'un service public), et de la loi du 8 février 1995 (aujourd'hui intégrées au CJA).

Le champ d'application des lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995 (art. L. 911-1 à 10 CJA) est l'inexécution des décisions de toute juridiction administrative, quelle qu'elle soit. Il n'est pas nécessaire que ces décisions soient définitives, il est même tout à fait possible puisque les voies de recours ne sont pas suspensives en principe, que l'on poursuive l'exécution d'un jugement frappé d'appel ou d'un pourvoi en cassation. Le tribunal administratif est compétent pour connaître des demandes d'exécution concernant ses jugements devenus définitifs, la cour administrative d'appel est compétente pour ses arrêts et pour les jugements des tribunaux administratifs frappés d'appel devant elle. En revanche, cette procédure n'est pas applicable aux décisions des juridictions de l'ordre judiciaire même si elles sont compétentes dans certains litiges concernant les autorités administratives.

Pendant un temps, les arrêts de condamnation à une astreinte sont restés peu nombreux (CE sect. 17 mai 1985, *Menneret*, *Rec.*149, concl. Pauti, *AJDA* 1985.399, chr., *D* 1985.583, note Auby, *Rev. adm.* 1985.467, note Pacteau, est le premier), car la procédure était assez lourde et nécessitait de passer par le Conseil d'Etat. Ce passage est aujourd'hui facultatif (L. 911-4 et 5 CJA).

Mais depuis la loi du 8 février 1995 et le décret du 3 juillet 1995 une procédure simplifiée est enfin de nature à améliorer l'exécution des décisions juridictionnelles. Si l'autorité administrative compétente n'a pas répondu à une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle, les particuliers bénéficiaires de cette décision, à l'expiration d'un délai de

trois mois (ou sans délai pour les décisions ordonnant des mesures d'urgence), peuvent demander au juge administratif de prescrire les mesures nécessaires à l'exécution d'un jugement en les assortissant au besoin d'une astreinte (R. 921-1 CJA). Ces demandes sont dispensées du ministère d'avocat (R. 431-3, R. 811-7, CJA) et n'étant pas des requêtes mais des demandes susceptibles de classement administratif, elles devraient être considérées comme dispensées du timbre.

Si l'autorité administrative a expressément refusé d'exécuter, la demande doit être présentée dans le délai de recours contentieux normal (2 mois) qu'elle interrompt. La procédure suivie peut alors être d'une double nature. Dans un premier temps, le président du tribunal ou de la cour, ou le rapporteur désigné accomplissent toutes diligences qu'ils jugent utiles, c'est-à-dire qu'ils privilégient un traitement non contentieux. Si l'exécution est considérée comme obtenue à l'issue de cette phase, il est procédé à un classement "administratif" de la demande. Si les problèmes demeurent, le président de la juridiction, dans un second temps, ouvre par ordonnance insusceptible de recours une procédure juridictionnelle nouvelle instruite et jugée d'urgence. Alors pourra être prononcée une astreinte dont la formation de jugement fixe la date d'effet. Si postérieurement à la date d'effet les mesures d'exécution ne sont pas intervenues, le juridiction procède à la liquidation de l'astreinte (sous le régime des articles L. 911-6 à L. 911-8 CJA). Le montant de l'astreinte n'est donc effectivement dû par l'autorité administrative défaillante que si elle n'exécute pas la première décision dans le délai fixé (CE, 14 nov. 1997, *Communauté urbaine de Lyon*, *AJDA* 1998.60, concl. Arrighi de Casanova). Le responsable de la condamnation peut être traduit devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

La synthèse des difficultés d'exécution est présentée par chaque juridiction au président de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat. Quelques exemples pourront être publiés dans le rapport annuel du Conseil d'Etat, ce qui peut être un moyen de pression efficace. Par ailleurs, toute condamnation d'une personne publique à payer une somme d'argent peut entraîner pour l'agent public responsable, l'application de l'article L. 313-12 du code des juridictions financières prévoyant une amende (L. 911-10). Lorsque l'astreinte pour inexécution est prononcée par le Conseil d'Etat, l'arrêt est transmis automatiquement à la Cour de discipline budgétaire et financière (R. 931-8 CJA).

d) Le paiement direct

Enfin, en application du décret du 11 avril 1988 et de la loi du 12 avril 2000, art. 17, si le jugement inexécuté porte condamnation à verser une somme d'argent, c'est-à-dire en pratique dans le plein contentieux, il existe un procédé de paiement forcé. Pour des condamnations pécuniaires de l'Etat, la présentation du jugement au comptable public compétent entraîne le paiement; s'agissant des condamnations pécuniaires des collectivités territoriales ou établissements publics, l'autorité chargée du contrôle budgétaire (le préfet pour les collectivités territoriales) procède, comme en matière de dépenses obligatoires, au mandatement d'office de la somme due.

Première Partie:

***Le droit administratif, espace
d'interprétation du juge***

Chapitre 1 : Les contours de la compétence de la juridiction administrative

La compétence de la juridiction administrative est une matière législative en vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958 et de la décision du Conseil constitutionnel de 1980, *Loi de validation*. Néanmoins, les textes intervenus sont rares et ne concernent pas des questions d'ensemble. On peut distinguer les solutions de principe, c'est-à-dire celles qui sont apparemment conformes à l'interprétation du principe de séparation des pouvoirs. Puis des solutions dérogatoires à cette interprétation. Enfin, il faut exposer des solutions très spécifiques dont le lien avec le principe de séparation est tantôt de conformité, tantôt de dérogation, tantôt insusceptible de qualification.

Section I : L'incompétence de la juridiction administrative vis-à-vis des litiges étrangers au contentieux administratif

La juridiction administrative a été fondée et a consolidé son existence pour régler les rapports entre les personnes publiques (et plus récemment les personnes privées chargées de la gestion d'un service public) d'une part et les particuliers d'autre part. De ce caractère profond, il vient que la justice administrative ne connaît du contentieux des personnes publiques que dans la mesure où il est relatif à la fonction d'administrer. Aussi, les actes législatifs qui relèvent de la fonction législative de l'État, les actes politiques qui relèvent de la fonction exécutive seule ou de ses rapports avec les autres fonctions, les actes d'exercice de la fonction juridictionnelle ne sauraient relever de la compétence de la juridiction administrative. Celle-ci saisie à titre principal et exclusif sur de telles questions doit se déclarer incompétente. Si l'examen d'un litige fait apparaître que la solution dépende de l'appréciation d'une telle question, elle peut parfois être considérée comme une question préjudicielle.

§ 1. - Les lois et les conventions internationales

Le juge administratif n'est évidemment pas compétent pour connaître à titre principal de recours exercés contre les lois et les conventions internationales, car ces actes ne sont pas administratifs. Mais du fait que les lois et conventions internationales sont des sources du droit, les juridictions administratives sont amenées à se prononcer sur certaines de leurs caractéristiques fondamentales et donc indirectement à en connaître.

A. Contrôle de l'existence et de l'entrée en vigueur

Pour appliquer une loi ou une convention internationale, il est nécessaire de savoir si elle existe, c'est-à-dire si elle est promulguée ou ratifiée. Le juge administratif (comme le juge judiciaire) contrôle donc l'existence d'une promulgation ou d'une ratification (CE, 18 avril 1951, *Élections de Nolay*, Rec.189 pour des actes internationaux; CE ass., 1er juillet 1960, *FNOSS*, Rec.441, *AJDA* 1960.1.152, chr., *D* 1960.690, concl. Braibant, note L'huillier). Si les juridictions administratives ne se reconnaissent pas pour l'instant compétence pour apprécier la régularité des actes de promulgation d'une loi, elles acceptent en revanche de contrôler la ratification ou l'approbation des traités ou accords internationaux (CE ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, Rec.xxx, *AJDA* 1999.180, chron.). Le dernier état de la jurisprudence semble indiquer que les accords en forme simplifiée doivent sans exception être approuvés, soit par l'autorité exécutive compétente, soit par autorisation du Parlement conformément aux articles 53 et 55 de la Constitution, sans quoi ils ne sont pas applicables.

Pour appliquer ces textes, il faut également savoir s'ils sont entrés en vigueur. Le juge administratif vérifie donc l'existence d'une publication, et de plus, la régularité de cette publication (CE ass., 13 juillet 1965, *Soc. Navigator*, Rec.422, concl. Fournier, *Rev. crit. DIP* 1966.612, note Dehaussy, accord publié sans décret).

Enfin, il faut rappeler que les ordonnances de l'article 38 de la Constitution, une fois qu'elles ont été ratifiées, explicitement ou implicitement, par le législateur, ne peuvent pas être examinées par le juge administratif (CE, 12 févr. 1997, Synd. nat. des inspecteurs des affaires sanit. et soc., RFDA 1997.1009 concl. Maugué; TC, 10 mars 2007, Préfet de l'Essonne (aff. du CNE)). La seule nuance où le juge administratif s'autoriserait à se reconnaître compétent serait le cas où la loi de ratification aurait essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable garanti par l'art. 6-1 de la CESDH (CE, 8 nov. 2000, Hoffer, RFDA 2001.454 concl. contr. Maugué et CE, 17 mai 2002, Hoffer, RFDA 2002.917, concl. Maugué), ce qui est peu probable.

B. Interprétation

Le juge administratif (comme le juge judiciaire), est pleinement compétent pour interpréter les lois, au cas où se présente une réelle difficulté d'interprétation. Il n'en est pas de même en ce qui concerne les conventions internationales, pour lesquelles sa compétence est nuancée.

Tout d'abord, à la fin du 20ème s. seulement, le juge administratif s'est reconnu compétent pour interpréter lui-même, sans renvoi au ministre des affaires étrangères comme c'était la règle auparavant, les actes internationaux (CE ass., 29 juin 1990, *GISTI*, Rec.171, *AJDA* 1990.621, concl. Abraham, note Teboul, *RFD adm.* 1990.923, note Lachaume, et 1085, obs. Ruzié, *RD publ.* 1990.1579, note Sabiani, *D* 1990.560, note Sabourin; à propos d'un accord franco-algérien). Le contenu de la notion d'interprétation est vaste. Il est ainsi susceptible d'englober à la fois la qualification des actes, leur signification, et leur portée. En revanche, il est douteux que l'appréciation de la réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution de 1958 en fasse partie, s'agissant d'une condition d'application sur laquelle le Conseil d'État ne reconnaît pas sa propre compétence (CE ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, Rec.220, *RD publ.* 1981.1707, concl. Théry, *AJDA* 1981.459, chr., *RGDIP* 1982.410, note Blumann, *Rev. crit. DIP* 1982.65, note Lagarde ; confirmé par CE ass. 9 avril 1999, *Chevroil-Benkeddach*, *AJDA* 1999.401, chron.).

Dans le cas particulier du droit communautaire européen, les Traités de Rome (art. 234 CE, ancien art. 177 TCE) disposent que la Cour de justice des communautés européennes est compétente pour interpréter les dispositions des Traités et des actes dérivés produits par les institutions européennes. Les cours suprêmes en présence de réelles difficultés d'interprétation sont tenues de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice des communautés européennes. Les autres juridictions en ont la faculté qu'elles exercent souverainement (CE sect., avis, 4 février 2000, *Mouflin*, *AJDA* 2000.554, concl. Goulard ; CE, 1^{er} juin 1994, *Latierce*, Rec.278, *AJDA* 1994.633, concl. Arrighi de Casanova). Ces cours doivent évidemment se conformer à l'interprétation donnée par la Cour de justice des communautés européennes, qui est valable d'ailleurs pour des affaires ultérieures dans lesquelles les dispositions interprétées seraient invoquées (pour un exemple récent, CE ass., 28 février 1992, *Soc. an. Rothmans International France*, et *Soc. Arizona Tobacco Products* (deux arrêts), Rec.78, *RFD adm.* 1992.425, note Dubouis, *RD publ.* 1992.1480, note Fines, *RTD eur.* 1992.265, note Simon, *JCP* 1992.2.21859, note Teboul, *D* 1992.207, art. Kovar). Pendant une trentaine d'années, le Conseil d'État a limité le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des communautés européennes en considérant le plus fréquemment possible que les actes dérivés soumis à son contrôle ne présentaient pas de difficulté d'interprétation et n'avaient donc pas à être renvoyés (théorie de l'acte clair : CJCE, 6 octobre 1982, *Rev. marché commun* 1983.363, note Masclat, *RTD eur.* 1982.155, note Lagrange). Cette tendance semble actuellement en régression, même si la théorie subsiste (CE, 8 janvier 1997, *Tapie*, *AJDA* 1997.288, concl. Stahl).

C. Appréciation de validité

La Constitution de 1958 prévoit dans son article 55 que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont une autorité supérieure à celle des lois, (sous réserve de réciprocité). Le juge administratif français peut se trouver confronté, à l'occasion de l'examen d'actes administratifs, à une exception de non-conformité de la loi à une convention internationale.

Le juge administratif se reconnaît compétent pour apprécier la conformité de la loi aux traités et accords internationaux depuis l'arrêt Nicolo (CE ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec.190, concl. Frydman, *RFD adm.* 1989.813, concl., note Genevois, *AJDA* 1989.756, chr., note Simon, *D* 1990.135, note Sabourin, *RFD adm.* 1990.267, obs. Ruzié, *RTD eur.* 1989.771, note Isaac). Il en est de même pour le juge judiciaire depuis 1975 (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Soc. des Cafés Jacques Vabre*, *D* 1975.497, concl. Touffait, *AJDA* 1975.567, note Boulouis, *RD publ.* 1975.1335, note Favoreu et Philip, *Clunet* 1975.820, note Ruzié, *RGDIP* 1976.960, note Rousseau, *Rev.crit. DIP* 1976.347, note Foyer et Holleaux).

En revanche, ni le juge administratif ni le juge judiciaire ne se reconnaissent compétents pour apprécier la conformité d'une loi ou d'une convention internationale à la Constitution elle-même. Il faut bien remarquer ici que s'agissant de l'application par le juge de la hiérarchie des sources du droit, ce refus ne résulte que d'une auto-limitation (CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec.966, *D* 1938.1 concl. Latournerie, note Eisenmann; CE ass., 20 octobre 1989, *Roujansky*, confirmant le même jour que l'arrêt Nicolo, la volonté du Conseil d'État de maintenir cette auto-limitation). Néanmoins, celle-ci pourrait être à moyen terme assouplie (CE, 16 déc. 2005, *Min. Affaires sociales*, sur une abrogation implicite de la loi par la Constitution, et déclarations publiques de divers membres influents du Conseil d'Etat).

De même, en application de l'art. 234 CE (ancien art. 177 TCE), et de manière analogue aux problèmes d'interprétation, l'appréciation de la validité des actes dérivés en droit communautaire européen appartient à la Cour de justice des communautés européennes par le mécanisme du renvoi. Il faut que se pose une difficulté réelle et sérieuse quant à la validité pour que le juge administratif y procède. Le juge national demeure compétent pour tirer les conséquences, dans le litige pendant, de l'appréciation donnée par la Cour de justice des communautés européennes (CE sect. 26 juillet 1985, *ONIC*, Rec.233, *RTD eur.* 1985.145, concl. Genevois, *AJDA* 1985.536, chr.).

§ 2. - Les actes des pouvoirs publics constitutionnels en tant que tels

On désignera ainsi les actes pris par le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif ou le Conseil constitutionnel dans l'exercice de leurs fonctions constitutionnelles. Le principe peut s'énoncer comme suit : les litiges relatifs à ces actes sont exclus de la compétence de la juridiction administrative. A cet égard, les actes de gouvernement, plus proches de la fonction administrative, doivent être particulièrement distingués des deux autres.

A. Les actes de gouvernement

a) Définition

Les actes de gouvernement sont précisément définis comme les actes émanant d'une autorité administrative de l'exécutif que la juridiction administrative refuse de contrôler. A l'origine, le fondement de la jurisprudence était que ces actes procédaient de "mobiles politiques" (CE, 9 mai 1867, *Duc d'Anmale*, Rec.472, concl. Aucoc, S 1867.2.124). Puis, ces actes ont été considérés comme insusceptibles de relever de la compétence administrative en raison du champ dans lequel ils interviennent, champ des matières politiques que le Conseil d'État apprécie non en raison des seules déclarations de leur auteur, mais en fonction de critères objectifs (CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Rec.155, concl. David, D 1875.3.18). Comme ces actes ne peuvent pas relever de la compétence judiciaire, ils sont de fait soustraits à tout recours juridictionnel. La raison fondamentale du refus de la juridiction administrative de contrôler ces actes est qu'ils relèvent de l'action non administrative de l'exécutif ou si l'on préfère que leur fondement n'est, ni de près ni de loin, l'exercice du pouvoir réglementaire.

b) Identification

Les actes de gouvernement sont ainsi identifiés d'une part comme les actes des organes exécutifs dans leurs rapports constitutionnels avec tous les pouvoirs publics, et d'autre part, comme les actes de ces organes dans leurs rapports avec les organisations internationales et les États étrangers.

1°) De façon générale, sont exclus de la compétence de la juridiction administrative les actes traduisant les rapports constitutionnels des pouvoirs publics entre eux : décrets du Président de la République décidant de soumettre un projet de loi au référendum (CE, 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec.533, S 1962.307, concl. Bernard, *AJDA* 1962.612, chr. de Laubadère, mais le juge administratif reste compétent pour apprécier la régularité des actes pris pour l'organisation des opérations électorales du référendum, sauf si les résultats sont déjà proclamés : CE, 27 octobre 1962, *Le regroupement national*, *AJDA* 1962.695) ; actes de constitution du gouvernement, de démission, de nomination, actes de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par l'une des autorités compétentes (CE, 9 avril 1999, *Madame Ba*, *AJDA* 1999.414, chron.). La décision de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi votée par le Parlement au titre de l'article 61 est aussi un acte de gouvernement (CE ord. Réf. 7 novembre 2001, Tabaka, RDP 2001.1645, note Jan).

Il en est ainsi particulièrement des actes accomplis par un organe exécutif dans les rapports avec les assemblées: ils sont soustraits au contrôle du juge administratif (CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, Rec.993, D 1934.3.36, note Gros, *RD publ.* 1934.649, note Jèze, S 1934.3.9, note Alibert; Sauvignon, La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux, *RD publ.* 1981.989; CE, 20 février 1989, *Allain*, Rec.60, *RFD adm.* 1989.868, concl. Frydman, pour la dissolution de l'Assemblée nationale; le Conseil constitutionnel n'est pas non plus compétent : CC, 4 juin 1988, Rec.79, D 1988.445, note Luchaire). Il en est de même des actes pris par le Gouvernement dans l'exercice de la procédure législative (CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec.607, D 1969.386, note Silvera, *RD publ.* 1959.686, note Waline) ou budgétaire (décrets de répartition).

En revanche, la décision de saisir le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 37 al.2 pour délégaliser certaines dispositions prétendues réglementaires n'est pas un acte de gouvernement (CE sect., 3 décembre 1999, *Assoc. ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, Rec.379, concl. Lamy, *AJDA* 2000.120, chron.). De même la désignation par le Premier ministre d'un parlementaire en mission est un acte détachable des rapports entre pouvoir exécutif et législatif (CE sect., 25 sept. 1998, Mégret, *RFDA* 1999.345, note Baghestany-Perrey et Verpeaux), tout comme la réponse d'un ministre à une question parlementaire lorsque celle-ci donne une interprétation des lois à caractère impératif pour

les services (CE, 16 déc. 2005, Soc. Friadent, RFDA 2006.186 note Terneyre), qui peut donc être attaquée devant la juridiction administrative.

2°) Les actes accomplis par les organes exécutifs dans leurs rapports avec les organisations internationales et les États étrangers sont également hors de la compétence de la juridiction administrative.

Il en va ainsi des actes concernant la négociation des conventions internationales (CE sect., 13 juillet 1979, *Coparex*, *AJDA* 1980.371, concl. Bacquet, *D* 1979.IR.558, obs. Delvolvé) c'est-à-dire que le principe de l'action du pouvoir exécutif en ces matières n'est pas contrôlé par la juridiction administrative. Echappent de même à la compétence du juge administratif, les actes d'exécution non détachables des traités et accords internationaux (CE sect., 29 novembre 1974, *Canino*, Rec.597, *AJDA* 1975.190, *D* 1975.333, note Durupty), mais leur champ est probablement limité aujourd'hui par l'application de la CESDH.

Par extension, les actes des autorités exécutives dans la conduite des relations diplomatiques ne sont pas non plus de la compétence de la juridiction administrative. Ainsi, le brouillage des émissions d'une station de radio placée en territoire étranger mais susceptibles d'être reçues en France est un acte de gouvernement, la juridiction administrative ne peut en connaître (TC, 2 février 1950, Soc. *Radio Andorre*, Rec.652, *RD publ.* 1950.418, concl. Odent, note Waline, *JCP* 1950.5542, note Rivero). La décision du président de la République de reprendre des essais nucléaires interrompus (CE ass., 29 septembre 1995, *Assoc. Greenpeace France*, Rec.347, *AJDA* 1995.749, chr., *RD publ.* 1996.256, *JCP* 1996.II.22582, note Moreau), les décisions du gouvernement instituant une zone de sécurité et des interdictions de circulation autour de l'atoll de Mururoa en raison des essais nucléaires ont également été reconnus comme tels (CE ass., 11 juillet 1975, *Paris de Bollardière*, Rec.423, *AJDA* 1975.455, chr.), ainsi que la décision du ministre de l'éducation suspendant toute collaboration universitaire avec l'Irak pendant la guerre du golfe et demandant aux universités de refuser toute inscription d'étudiants irakiens en 1990-1991 (CE, 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, Rec.346, *AJDA* 1992.752, concl. contr. -sur le 2ème pt- Kessler, note R.S.). Il en fut de même de l'autorisation de survol de l'espace aérien français pour des missions contre l'Irak (CE, 30 déc. 2003, Comité contre la guerre en Irak et autres, RTDH, 2005.855, note Raux). Sur ces rapports délicats, V. CE ass., 18 décembre 1992, *Mahmedi*, Rec.446, concl. Lamy, *AJDA* 1993.82, chron. ; *AFDI* 1993.333, note Ruzié. On peut ajouter enfin la décision de ne pas laisser séjourner en France certains membres des missions diplomatiques (CE, 16 nov. 1998, *Lombo*, *JCP* 1999, II, 10124 note Toulemonde).

c) Limitation

Cependant, la jurisprudence administrative possède un moyen de limiter la portée de l'acte de gouvernement. Il s'agit de la reconnaissance, à certains actes, du caractère détachable de l'exécution des traités et accords internationaux et de la conduite des relations internationales. Sont ainsi jugés détachables les décisions d'expulsion et d'extradition (CE ass., 28 mai 1937, *Decerf*, Rec.534, *S* 1937.3.73, note Laroque), les refus d'extradition (CE ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni et gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, Rec.269, concl. Vigouroux), les actes d'exécution du service public de la coopération avec les États étrangers (CE sect., 1er octobre 1966, *Aubert*, Rec.512, *AJDA* 1966.611, concl. Rigaud, chr.), les interdictions d'exportation (CE, 19 février 1988, Soc. *Robatel*, Rec.74, *AJDA* 1988.354, concl. Massot, *D* 1989.SC.107, obs. Moderne et Bon), répartition du prix de cession de certaines créances (TC, 2 décembre 1991, *Préfet de Paris et COFACE*, Rec.478, *AJDA* 1992.617, note Teboul).

Les conditions d'engagement des forces aériennes stratégiques ont été jugées détachables de la conduite des relations internationales mais le recours était irrecevable faute d'intérêt à agir (CE, 8 déc. 1995, Lavaurs, Rec.433). L'appréciation du caractère détachable est néanmoins délicate et étroitement dépendante des circonstances de fait.

Enfin, le droit à un procès équitable garanti par la CESDH est inopérant contre les actes de gouvernement (CE, 30 déc. 2003 précité).

B. Les actes des assemblées parlementaires

Les actes législatifs échappent pour la plupart à tout contrôle juridictionnel, sous réserve de la saisine du Conseil constitutionnel avant promulgation. Le principe de séparation des pouvoirs a de plus été interprété comme devant interdire toute influence concrète sur le fonctionnement des assemblées. En principe, les mesures autres que législatives émanant des assemblées parlementaires ne relèvent pas non plus de la compétence d'un juge administratif ou judiciaire (Cass. crim. 13 juin 1879, Proc. Gén. c/ tribunal de Baugé, *S* 1879.I.385). Il s'agit en pratique des mesures d'organisation et de fonctionnement interne : résolutions, décisions des commissions, des fonctionnaires des services parlementaires, des délégations (Office d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Délégations parlementaires pour les Communautés européennes).

Il existe cependant trois dérogations dont deux sont expressément prévues par l'ordonnance du 17 novembre 1958, portant loi organique relative au fonctionnement des assemblées, première dérogation au principe ancien d'immunité de juridiction des Chambres (CE, 15 novembre 1872, *de Carrey de Bellemare*, Rec.591, concl. Perret ; *S* 1873.2.189, note H. D. ; CE, 24 novembre 1882, *Merley*, Rec.932). La première dérogation s'applique à la réparation des dommages que pourraient causer les services des assemblées. Le texte ne prévoyant pas la juridiction compétente, les règles à appliquer ne se différencient pas de celles prévues pour tout service public administratif. La deuxième exception concerne les litiges individuels des fonctionnaires des Assemblées. La juridiction administrative est précisément désignée pour connaître de ces litiges, ce qui n'est pas étonnant s'agissant de fonctionnaires relevant de la loi du 13 juillet 1983 (CE ass., 12 janvier 1968, *Delle Barbier*, Rec.39, pour un refus de titularisation; CE, 4 novembre 1987, *Dame Cazès*, Rec.34, *AJDA* 1988.298, obs. S.S., *RFD adm.* 1987.1003, à propos des concours de recrutement). Cependant, n'appartiennent pas à la compétence de la juridiction administrative, et sont dès lors insusceptibles de recours, les litiges individuels avec les personnels non titulaires, ainsi que les résolutions et mesures réglementaires fixant le statut de tous les personnels (ce qui n'interdit pas l'exception d'illégalité à l'occasion d'un litige individuel : TA Paris, 30 novembre 1992, *Pinchot*, *RFD adm.* 1994.528, note Lercher), et en général les mesures d'organisation des assemblées même si elles concernent les particuliers, c'est-à-dire les visiteurs (*Merley*, précité.). Enfin, la dernière exception est celle des contrats passés par les assemblées parlementaires pour les besoins du fonctionnement de leurs services. En l'absence d'immunité de juridiction fondée sur un texte, il n'y a aucune raison pour que ces contrats échappent aux règles des marchés publics (CE ass., 5 mars 1999, *Prés. de l'Assemblée nationale*, Rec.41, concl. Bergeal, *AJDA* 1999.409, chron., *D* 1999, p. 627, note Brunet, *RD publ.* 1999.1785, note Thiers, *JCP* 1999.10090, note Desclodures). Néanmoins cette dernière solution réserve aux assemblées la possibilité d'édicter leurs propres règlements de passation des marchés publics. Dans cette hypothèse, le code des marchés publics ne s'appliquerait plus... et le règlement parlementaire de passation ne serait pas accessible au recours pour excès de pouvoir.

C. Les actes du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel tient de la Constitution et des lois organiques une mission sanctionnée par l'article 62, qui l'amène à prendre des décisions qui s'imposent à tous les pouvoirs publics. Dès lors, certains règlements que le Conseil est appelé à prendre pour les besoins de son propre fonctionnement, ou même la communication qu'il livre à propos de ses propres décisions ne sont pas dissociables des conditions dans lesquelles le Conseil exerce ses missions. C'est pourquoi le règlement d'organisation des archives du Conseil (CE ass., 25 oct. 2002, Brouant, AJDA 2003.1337, chron.) et les communiqués qu'il diffuse sur son site ou dans les Cahiers (CE, 9 novembre 2005, Moitry, AJDA 2005.147, chron.), ne peuvent pas entrer dans la compétence du juge administratif.

§ 3. - Les actes d'exercice de la fonction juridictionnelle

Il n'existe pas en France de pouvoir judiciaire. La traduction, dans le droit administratif, de cette constante historique qui distingue la France des Etats-Unis, est qu'il existe un service public de la justice. C'est-à-dire que ce service public possède un caractère administratif et que l'organisation de ce service public est sous la dépendance des organes exécutifs de l'État dans l'exercice du pouvoir réglementaire. Cependant, il existe bien une autorité judiciaire qui a pour mission d'exercer une fonction judiciaire irréductible à la fonction administrative. En conséquence, seuls certains actes pris par les autorités judiciaires ne relèvent pas de la compétence de la juridiction administrative.

A. Principe

Le critère de distinction est fonctionnel. Il ne dépend pas de la nature de l'auteur de l'acte, mais du fait qu'il constitue par lui-même l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ainsi il résulte de la jurisprudence Préfet de la Guyane que les actes d'organisation du service public de la justice relèvent de la compétence de la juridiction administrative, alors que les actes d'exercice de la fonction juridictionnelle lui échappent (TC, 27 novembre 1952, *Officiers ministériels de Cayenne*, Rec.642, JCP 1953.7598, note Vedel). Quelques précisions peuvent être données.

a) Les actes d'organisation du service public de la justice qui ressortissent à la compétence du juge administratif sont de plusieurs sortes.

Il s'agit d'une part des mesures de fondation, de suppression, de mise en activité des juridictions. Il s'agit ensuite des mesures réglementaires ou individuelles concernant le recrutement et la carrière des magistrats, qui sont étrangement considérées comme se rapportant à l'organisation du service. En raison de la forme particulière de leur nomination, les litiges qui pourraient en naître sont de la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort (CE sect., 1er décembre 1972, *Delle Obrego*, Rec.771, AJDA 1973.37, concl. Grévisse, chr., D 1973.190, note Robert, JCP 1973.17324, note Blin, compétence de la juridiction administrative et recevabilité d'un recours contre une mesure disciplinaire; CE ass., 31 janvier 1975, *Voff* et *Exertier* (deux arrêts), Rec.70, AJDA 1975.124, chr., RD publ. 1975.811, note Robert, recours contre une notation - M. Exertier est devenu ultérieurement directeur de l'ENM -). Il s'agit enfin, des mesures concernant la constitution et la mise en activité du Conseil supérieur de la Magistrature, y incluses les décisions de nomination des personnalités appelées à y siéger (CE ass., 17 avril 1953, *Falco*

et Vidailiac, Rec.175, *RD publ.* 1953.448, concl. Donnedieu de Vabres, note Waline, *D* 1953.683, note Eisenmann, *JCP* 1953.7598, note Vedel, *Rev. adm.* 1953.265, note Liet-Veaux, *S* 1953.3.33, note Mathiot, traduisant bien, malgré son inscription dans la Constitution de 1958, le caractère étroitement subordonné au pouvoir exécutif de cette institution).

En revanche, ce n'est pas en vertu de la jurisprudence Préfet de la Guyane, mais parce qu'il statue en tant que juridiction administrative spécialisée que les recours contre les décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature relèvent du Conseil d'État (par la voie de la cassation : CE ass., 12 juillet 1969, *L'Etang*, Rec.388, *AJDA* 1969.558, chron., *RD publ.* 1970.387, note Waline).

b) Les actes d'exercice de la fonction juridictionnelle

On entend par actes d'exercice de la fonction juridictionnelle les jugements, arrêts et ordonnances, pour lesquels il ne fait aucun doute que la compétence de la juridiction administrative soit exclue, mais aussi une série d'actes préparatoires ou d'exécution qu'il faut préciser.

Les mesures de saisine des tribunaux, soit par le Parquet, soit par certaines autorités administratives agissant en matière civile (TC, 2 juillet 1979, *Agelasto*, Rec.573, concl. Rougevin-Baville, *D* 1979.IR.533, obs. Delvolvé) ou pénale (CE, 19 novembre 1955, *Dupoux*, Rec.552), les mesures d'instruction prises par le juge d'instruction, mais aussi les mesures diverses prises par une autorité administrative préalablement aux poursuites et qui n'en sont point détachables (TC, 3 novembre 1957, *Blanco*, Rec.796, *AJDA* 1959.2.187, pour une saisie incorporée à la procédure ultérieure; CE, 23 décembre 1981, *Bertin*, *RD publ.* 1982.1135, élaboration et notification de documents préalables à une poursuite), et les opérations de police judiciaire sont donc de la compétence de la juridiction judiciaire. En revanche, les refus de poursuivre émanant d'autorités administratives et non de magistrats, ne relèvent ni de l'exercice de la fonction juridictionnelle, ni de l'intégration à des poursuites judiciaires. Le juge administratif retrouve donc sa compétence (CE, 1^{er} décembre 1976, *Assoc. des concubins et concubines de Fr.*, Rec.520).

Les mesures d'exécution des jugements judiciaires relèvent également de la compétence judiciaire. Ainsi en est-il de la vente par une personne publique de biens confisqués en exécution d'un jugement (CE, 2 juin 1954, *d'Alençon*, Rec.327).

Enfin, les mesures concernant le fonctionnement des services judiciaires, qui touchent à la fois à l'organisation du service public de la justice et à l'exercice de la fonction juridictionnelle, sont souvent rattachées à la compétence de la juridiction judiciaire. Ainsi en est-il des décisions fixant la composition des chambres d'accusation (CE ass., 7 juillet 1978, *Croissant*, Rec.292, *AJDA* 1978.559, chr., *JDI* 1979.90, note Ruzié, *RGDIP*, 1979.848, note Prévost), l'établissement des listes d'experts ou d'administrateurs judiciaires (CE sect., 13 juillet 1961, *Jobard*, Rec.489, concl. contr. Kahn, *AJDA* 1961.471, chr., *D* 1962.275, note Debbasch), le refus du ministre d'adresser aux greffiers des instructions relatives à la communication des décisions de justice (CE sect., 27 juillet 1984, *Assoc. SOS-Défense*, Rec.284, *AJDA* 1984.560). Cette jurisprudence n'est guère cohérente avec la jurisprudence Préfet de la Guyane : on ne voit pas en effet la spécificité de ces mesures par rapport à celles qualifiées d'organisation du service. On ne voit pas non plus pourquoi le contentieux des litiges relatifs à la désignation des magistrats composant le CSM appartiendrait à la juridiction administrative alors que ceux qui concernent la désignation des magistrats présidant les cours d'assises ou siégeant dans les chambres d'accusation relèveraient des juridictions judiciaires.

B. Exceptions

Tout d'abord, comme en d'autres matières, le Conseil d'État considère que certains actes sont détachables des fonctions juridictionnelles, et relèvent donc de la compétence de la juridiction administrative. D'une part, les décisions par lesquelles une personne publique refuse de prêter la force publique à l'exécution d'un jugement ressortissent à la compétence du juge administratif (CE sect., 3 juillet 1959, *Veuve Sableyrolles*, Rec.425, concl. Jouvin). D'autre part, les décrets individuels portant amnistie, ou le refus de les édicter, constituent des actes détachables et susceptibles de recours devant la juridiction administrative (CE ass., 24 novembre 1961, *Electricité de Strasbourg*, Rec.660, *RD publ.* 1962.339, concl. Heumann, *AJDA* 1962.18, chr.; il en va différemment des décrets de grâce présidentielle).

Ensuite, il arrive que certains magistrats de l'ordre judiciaire soient considérés comme exerçant des fonctions administratives. C'est le cas des juges de l'application des peines. Les mesures affectant la nature et les limites de la peine relèvent du contentieux judiciaire (CE sect., 5 février 1971, *Veuve Picard*, Rec.101, *AJDA* 1971.147, chr., *D* 1971.503, note Moderne, *JCP* 1973.1517, note Fransès-Magre; et revirement CE sect., 9 novembre 1990, *Théron*; *AJDA* 1991.546, note Belloubet-Frier, *Rev. Sc. Crim.* 1991.622, art. Guglielmi; CE sect., 4 novembre 1994, *Korber*, Rec.489, *JCP* 1995.II.22422, note Lemaire; *LPA* 1995, n° 10, p. 4, concl. Bonichot; n° 44, p. 18, note Pacteau). Mais les autres, concernant le fonctionnement administratif du service pénitentiaire et les modalités de la peine (placement extérieur, semi-liberté, autorisation de sortie sous escorte, permission de sortir, ressortissent à la compétence du juge administratif (CE, *Korber*, préc. et CAA Nantes, 10 avril 1997, *Consorts P.*, *AJDA* 1997.837, chr. Devillers). C'est encore le cas des chambres de l'instruction (juridictions d'appel du juge d'instruction) lorsqu'elles se prononcent pour avis sur les demandes d'extradition en application de la loi du 10 mars 1927, mais les modalités du contrôle sont complexes. Le Conseil d'État saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret d'extradition, contrôle la légalité de l'avis donné à cette occasion par la chambre de l'instruction considérée comme une autorité administrative (CE ass. 7 juillet 1978, *Croissant*, préc.). Mais en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. crim. 17 mai 1984, *Dore*, *GP* 1984.2.779, rapp. Cruvellé, *D* 1984.536, note Jeandidier, *D* 1984.chr.223, art. Rodriguez), qui accepte les recours en cassation fondés sur les vices de forme et de procédure, le Conseil d'État se borne à statuer sur la légalité interne (CE ass., 26 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*, Rec.307, *JCP* 1985.20346, concl. Genevois, note Jeandidier, *AJDA* 1984.669, chr., *RFD adm.* 1985.183 note Labayle, *Rev. Sc. crim.* 1984.804, note Lombois; caractère politique de l'infraction ou de la demande d'extradition). Il faut ajouter que la Commission de discipline du parquet est considérée comme une autorité administrative (CE, 21 janvier 1968, *Aubertin*, Rec.122, *AJDA* 1968.477).

Enfin, le Conseil d'État se reconnaît compétent dans le contentieux disciplinaire de la magistrature judiciaire en tant qu'il se rapporte à l'organisation du service public considéré. Après avoir longuement hésité, il exerce pleinement son contrôle en appréciant le bien-fondé des motifs disciplinaires, même lorsque ceux-ci sont relatifs au comportement professionnel du magistrat, c'est-à-dire même lorsqu'ils touchent en fait à l'exercice de la fonction juridictionnelle (CE sect., 14 mars 1975, *Rousseau*, Rec.194, *RD publ.* 1975.823, concl. Dondoux, *AJDA* 1975.350, chr.).

Section II : Le partage du contentieux administratif entre juridiction administrative et juridiction judiciaire

On peut en trouver l'illustration dans l'examen des différentes juridictions administratives, mais aussi dans le fait que les principes fondateurs de l'organisation de la juridiction administrative sont aujourd'hui insérés dans les normes constitutionnelles de référence.

Le principe de séparation aurait pu être interprété de manière stricte, et même absolue. Sa rédaction dans la loi du 16 fructidor an III était d'ailleurs sans nuance. Le législateur du début du XIX^{ème} siècle n'entrevoit certainement aucun partage du contentieux administratif entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. Pourtant dès le premier tiers du XIX^{ème} siècle, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires a été interprété d'une telle façon qu'il devait y avoir partage. Le système obtenu est donc plus complexe quant à la compétence et à la procédure.

Il l'est également en raison des conséquences tirées par ailleurs de la séparation, par lesquelles les règles de fond du droit varient selon que la compétence est administrative et judiciaire. L'arrêt Blanco (TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec.1er suppl.61, concl. David), non dans les termes, mais dans la situation concernée, accident causé par le wagonnet d'une manufacture de tabac gérée en régie par l'État, manifeste clairement le critère de distinction. Il s'agit de la gestion publique. L'acte administratif au sens de la loi du 16 fructidor an III est l'acte de gestion publique, et le droit administratif est dominé par la distinction entre actes de gestion publique et actes de gestion privée.

C'est donc en considération des actes contestés que sera exposé d'abord le régime actuel de la compétence de la juridiction administrative. Les solutions aboutissant à une attribution de compétence différente résultant des textes ou de leur interprétation jurisprudentielles seront ensuite précisées.

Sous-Section I : Le contentieux administratif par nature: partage déterminé par l'acte

§ 1. - Contentieux contractuel

Le partage du contentieux contractuel obéit à une règle simple. Les contrats administratifs relèvent de la juridiction administrative, les contrats qui ne possèdent pas cette qualification relèvent de la juridiction judiciaire.

Il faut alors renvoyer à l'examen de la nature publique ou privée des actes, en rappelant que si la règle de partage de la compétence juridictionnelle est simple, celle de la qualification des actes est multiple et complexe.

Cependant, il faut signaler d'une part que le contentieux des services publics à caractère industriel et commercial avec leurs usagers est un bloc de compétence judiciaire (*Cf. infra*) qui passe avant toute recherche de la nature du contrat. Dans tous les cas de litiges répondant à cette situation, la compétence pour en connaître appartient à la juridiction judiciaire (CE, 13 octobre 1961, *Ets Campanon-Rey*, Rec.567, *AJDA* 1962.98, concl.

Heumann, note de Laubadère, *D* 1962.506, note Vergnaud; TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, Rec.831, concl. Chardeau, *AJDA* 1963.88, chr.).

Il faut noter d'autre part, et en sens inverse, que le contentieux des services publics à caractère administratif avec leurs agents est un bloc de compétence administrative (*cf. infra*). Dans tous ces litiges, les agents sont considérés comme des agents publics, leur contrat est toujours administratif et le contentieux appartient à la juridiction administrative (TC, 25 mars 1996, Préfet de la Région Rhône-Alpes c/ Berkani, *Rec. CE*, p. 535 ; *RFD adm.* 1996, p. 819, concl. Martin ; *AJDA* 1996, p. 355, chron. ; *Petites Affiches* 1997, n° 7, note Alberelli-Francfort ; *Dr. soc.* 1996, p. 735, note Prétot ; *Dr. adm.* 1996, n° 319, obs. J.-B. Auby ; conséquences statutaires dans la loi du 12 avril 2000, art. 34 et 35).

§ 2. - Contentieux non contractuel des services publics en gestion publique

Une distinction doit être faite entre services publics à caractère industriel et commercial et services publics à caractère administratif, mais elle ne suffit pas à rendre compte de la totalité du partage de la compétence entre juridiction administrative et juridiction judiciaire.

A. Le contentieux des services publics à caractère administratif

Réserve faite des cas de détermination spéciale de la compétence par une loi, le contentieux non contractuel des services publics à caractère administratif assurés par des personnes publiques appartient à la juridiction administrative. Ce principe peut être tiré d'une interprétation de l'arrêt Blanco (TC, 8 févr. 1873, *Blanco*, Rec.1er sup.61, concl. David).

Cependant, même si cette compétence n'est pas modifiée, il faut préciser les particularités qui se présentent en matière de travaux publics. La loi du 28 pluviôse an VIII qui régit en effet le contentieux des travaux publics l'attribue à la juridiction administrative. Mais elle a d'autres conséquences qui peuvent concerner les services publics dans la mesure où beaucoup d'entre eux ne peuvent être assurés que s'il existe des travaux publics à leur base. Or, la notion de travaux publics est attractive, ou si l'on préfère c'est le régime des travaux publics qui l'est, puisqu'il tend à s'appliquer en priorité. C'est le cas des services publics exploitant un ouvrage public : les dommages occasionnés par l'ouvrage (faits de l'ouvrage) entraînent l'application du régime de la loi du 28 pluviôse an VIII; mais de plus, les dommages provoqués par l'exploitation même du service public (faits d'exploitation) sont assimilés à des dommages de travaux publics (CE, 27 novembre 1931, *Lemaire*, Rec.1409, *Dh* 1932.188, S 1932.3.41, note Bonnard). Les conséquences ne sont pas négligeables : il y a dispense de décision préalable et donc de délai de recours; les règles de fond applicables sont propres à la responsabilité pour dommages de travaux publics.

B. Le contentieux des services publics à caractère industriel et commercial

Ce contentieux relève en principe de la juridiction judiciaire. Cependant, il existe des exceptions qui résultent de la nature des actes contestés : ainsi en est-il des actes réglementaires édictés par une personne publique pour l'organisation, le fonctionnement, la fondation ou la suppression du service (CE, 28 juin 1989, *Assoc. Etudes et Consommation*, Rec.544, *CJEG* 1990.180, note Lachaume; TC, 27 juin 1992, *Abella*, Rec.488); des actes

non-réglementaires manifestant l'usage de prérogatives de puissance publique (TC, 26 juin 1988, *Soc. de distribution d'eau intercommunale*, *AJDA* 1989.269, note J.-B. Auby; TC, 19 janvier 1998, *Union française de l'Express*, *AJDA* 1998.530, *D* 1998.329, concl. Arrighi; TC, 22 novembre 1993, *Matisse*, Rec.410, *CJEG* 1994.599, concl. Abraham).

a) Contentieux des rapports avec les usagers

La notion d'usager du service public est assez extensive. Elle n'est pas liée à l'existence de rapports contractuels, mais à l'utilisation effective du service : un fraudeur est ainsi un usager (irrégulier) du service public (TC, 5 décembre 1983, *Niddam*, Rec.541). De même, un candidat à l'utilisation du service public est un usager (TC, 10 octobre 1966, *Veuve Canasse*, Rec.834, *D* 1967.252, note Durupty, *JCP* 1966.14899, concl. Dutheillet de Lamothé). Les limites peuvent en être trouvées dans l'insuffisance du lien avec la fourniture des prestations, avec le cas particulier de la seule qualité d'usager d'un ouvrage public pour certaines personnes présentes dans l'enceinte d'exploitation d'un service public sans faire usage de ce dernier (CE sect., 24 novembre 1967, *Delle Labat*, Rec.444, *AJDA* 1968.100, chr., *RD publ.* 1968.648, note Waline).

Tous les rapports des services publics à caractère industriel et commercial avec leurs usagers sont appréciés par les tribunaux judiciaires. C'est l'application de la jurisprudence Société commerciale de l'Ouest africain - Société générale d'armement (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *D* 1921.3.1. concl. Matter; CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'Armement*, *RD publ.* 1922.75, concl. Rivet). Les liens entre ces services et les usagers sont présumés de droit privé.

Ce bloc de compétence est quasiment absolu. En effet, il s'applique d'une part à l'hypothèse où l'usager est lié au service par contrat, sans considération de l'existence de clauses exorbitantes du droit privé (CE, 13 octobre 1961, *Ets Campanon-Rey*, préc.; TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, préc.). Il s'applique d'autre part même dans le cas de dommages de travaux publics, et le fait de l'ouvrage est assimilé cette fois au fait d'exploitation pour entraîner la compétence judiciaire (TC, 24 juin 1954, *Dame Galland*, Rec.717, *D* 1955.544, note Auby, *JCP* 1954.8355, note Dufau; CE, 14 mars 1937, *Soc. des forces motrices de la Tarde*, Rec.503).

b) Contentieux des rapports avec les tiers

La compétence judiciaire est de principe pour les rapports des services publics à caractère industriel et commercial avec les tiers (TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, Rec.1237, concl. Rouchon-Mazerat, *RD publ.* 1933.426, note Jèze, *S* 1933.3.97, note Alibert, *D* 1933.3.65, note Blaevoet).

L'exception la plus notable est celle qui résulte de la loi du 28 pluviôse an VIII. La compétence est alors administrative, d'une part lorsqu'il y a dommage de travaux publics, d'autre part lorsqu'il y a dommage issu d'un fait d'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial, car ce fait d'exploitation est assimilé au dommage de travaux publics (CE sect. 25 avril 1958, *Veuve Barbazza*, Rec.228, *AJDA* 1958.2.222, chr., *D* 1960.62, note Blaevoet; TC 16 mai 1983, *Préfet de la Loire*, Rec.538, *CJEG* 1983.285, note Delpirou).

c) Contentieux des rapports avec les agents

La compétence de principe est judiciaire. Les agents des services publics à caractère industriel et commercial sont en effet normalement dans une situation de droit privé. Il est fait exception à la compétence judiciaire, quelle que soit la forme de gestion du service public, pour les seuls litiges concernant l'agent public qui assure la haute direction du service public concerné, et le comptable de ce service public s'il a la qualité de comptable

public (CE sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Rec.158, *D* 1957.378, concl. Mosset, note de Laubadère; *AJDA* 1957.2.184, chr.; *JCP* 1957.2.9987, note Dufau, à propos de l'AFP, établissement public; CE 15 septembre 1967, *Level*, Rec.501, *AJDA* 1968.228, concl. Braibant, chr., *D* 1968.387, note Leclercq). Dans ces deux cas particuliers, la compétence appartient à la juridiction administrative. Il serait intellectuellement plus satisfaisant de poser que l'ensemble du personnel de direction doit bénéficier de la compétence du juge administratif. Cependant, le critère de distinction entre les emplois de direction et ceux qui relèvent d'une qualification supérieure mais non dotés d'un pouvoir de direction, ne serait pas aisé à trouver.

§ 3. - Autres contentieux non contractuels

Cette catégorie résiduelle est très hétérogène. Deux grands types de contentieux dont la compétence appartient aux juridictions judiciaires peuvent être dégagés : la gestion du domaine privé et la gestion du service public par des personnes privées. Les autres attributions de compétence spéciales, légales ou jurisprudentielles, qui aboutissent à soumettre un litige privé à la juridiction administrative ne seront pas traitées ici.

A. La gestion du domaine privé

Le contentieux né des actes non contractuels ou des faits juridiques relatifs à la gestion privée du domaine privé est de la compétence des tribunaux judiciaires. Il s'agit pour la plupart de recours en indemnisation (CE sect., 28 novembre 1975, *Off. nat. des forêts*, Rec.601, *AJDA* 1976.148, note Julien-Laferrière, *D* 1976.355, note Auby, *Rev. adm.* 1976.36, note Moderne, *RD publ.* 1976.1051, note Waline, pour les dommages causés par la chute d'une personne dans une carrière) ou en expulsion d'occupants sans titre du domaine privé (CE, 29 janvier 1986, *Commune de Hartmannswiller*, Rec.444).

Cette compétence peut s'effacer devant celle de la juridiction administrative en vertu des principes précédemment exposés : par exemple, dans le cas où les litiges sont relatifs au fonctionnement d'un service public à caractère administratif exercé sur le domaine privé, ou de dommages causés par l'exécution de travaux publics sur le domaine privé (TC, 8 février 1965, *Martin*, Rec.811).

B. Le contentieux des services publics confiés à des personnes privées

Quelle que soit la nature, administrative ou industrielle et commerciale, du service public, en principe, ce contentieux relève de la compétence de la juridiction judiciaire. Les litiges concernant les rapports entre la personne privée et les usagers du service ou les tiers appartiennent aux tribunaux judiciaires. Mais il existe deux types d'exceptions. Quant aux litiges relatifs à l'organisation interne de la personne privée chargée de la gestion d'un service public, ils sont aussi attribués à la juridiction judiciaire, à une exception près.

a) Litiges avec les usagers et les tiers

La compétence relativement à ces litiges appartient exceptionnellement à la juridiction administrative dans le cas où ils ont été déclenchés soit par une décision mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique dans le fonctionnement même du service public

confié à une personne privée (CE sect., 13 octobre 1978, *ADASEA du Rhône*, Rec.368, *RD publ.* 1979 899, concl. Galabert, note Robert, *AJDA* 1979.1.22, chr., *D* 1979.249, note Amselek et J. Waline; TC, 6 novembre 1978, *Bernardi*, Rec.652, *AJDA* 1979.1.22, *RTD S.S.* 1979.91, note Moderne; CE, 23 mars 1983, *Soc. Bureau Véritas*, Rec.133, *CJEG* 1983.313, note Dupiellet, *D* 1984.IR.345, obs. Moderne et Bon, réclamant l'exercice effectif d'une prérogative de puissance publique); soit par une décision réglementaire d'organisation du service (TC, 7 octobre 1996, *Préfet de l'Essonne*, *RFD adm.* 1997.189, règlement tarifaire).

Elle appartient, également par exception au principe de la compétence judiciaire, au juge administratif dans le cas où le recours mène à juger la réparation d'un dommage de travaux publics, qu'il soit dû à un fait de l'ouvrage ou à un fait d'exploitation. Porteront ainsi leur recours devant la juridiction administrative, les tiers aux services publics confiés à une personne privée, qu'il soient administratifs ou industriels et commerciaux (TC, 10 octobre 1966, *Veuve Canasse*, Rec.834, *D* 1967.252, note Durupty, *JCP* 1966.14899, concl. Dutheillet de Lamothe), et les usagers des services publics administratifs confiés à une personne privée (TC, 7 juin 1982, *Soc. des autoroutes du Sud de la Fr., Dr. adm.* 1982.249). Si le requérant est l'usager d'un service public à caractère industriel et commercial confié à la gestion d'une personne privée, le bloc de compétence retrouve à s'appliquer et le contentieux relève des juridictions judiciaires.

b) Les litiges relatifs à l'organisation interne

Les litiges relatifs à l'organisation interne des personnes privées chargées de la gestion d'un service public, sont logiquement de la compétence de la juridiction judiciaire, à condition qu'ils concernent ce qui se passe en amont du service public, c'est-à-dire qu'ils ne se rapportent pas à l'exécution du service public.

On n'en connaît qu'une exception, étant posé que ces ordres professionnels sont des personnes privées : le contentieux de l'élection des membres des conseils des ordres professionnels appartient à la juridiction administrative (TC, 13 février 1984, *Cordier*, Rec.447, *RD publ.* 1984.1139, note Drago, *Rev. adm.* 1984.588, note Pacteau). Cette solution étonnante ne peut s'expliquer que par la confusion inexplicable qui règne dans la doctrine et la jurisprudence sur la nature publique ou privée des ordres professionnels.

C. Les actions dirigées contre des personnes privées

Bien qu'elles soient en principe de la compétence des tribunaux judiciaires, certaines exceptions notables attribuent aux juridictions administratives la connaissance d'actions dirigées contre des personnes privées.

C'est le cas des demandes des personnes publiques tendant à obtenir l'expulsion d'occupants sans titre du domaine public (CE sect., 13 juillet 1961, *Cie fermière du casino de Constantine*, Rec.487, *AJDA* 1961.469 chr., *RD publ.* 1961.1087 concl. A. Bernard), de locaux affectés à un service public administratif (CE ass., 3 mars 1978, *Lecoq*, Rec.116, *AJDA* 1978.581, concl. Labetoulle), du domaine privé si le contrat qui prévoit l'occupation est administratif (CE ass., 26 février 1965, *soc. du vélodrome du Parc-des-Princes*, Rec.133, *RD publ.* 1965.506, concl. L. Bertrand).

Il en est de même lorsqu'une personne publique poursuit une personne privée à raison d'une créance de nature administrative (TC, 12 janvier 1987, *Launay*, *RTDSS* 1987.417, concl. Massot; CE 26 octobre 1987, *Mallard*, *LPA* 16 mars 1988, p. 15, note Morand-Deville); lorsqu'une personne publique ou privée recherche réparation d'un dommage de travaux publics contre l'entrepreneur privé ayant réalisé les travaux publics (loi du 28 pluviôse an VIII et extensions de la jurisprudence aux sous-traitants et architectes CE sect., 27 janvier 1971, *Assoc. Jeunesse et Reconstruction*, Rec.81, *AJDA* 1971.279 chron. *Rev. adm.*

1971.535, note Moderne, *RD publ.* 1971.1473, note Waline); lorsqu'une personne publique se retourne contre un de ses agents en indemnisation de la faute personnelle de ce dernier (TC, 26 mai 1954, *Moritz*, Rec.708, *JCP* 1954.8334, note Vedel, *D* 1955.385, note Chapus).

Sous-Section II : Contentieux judiciaire par dérogation: partage déterminé par les textes

Les solutions dérogatoires au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires sont nombreuses. Les unes ont été consacrées par la loi, les autres par la jurisprudence. On doit de prime abord remarquer que ces solutions dérogatoires se produisent rarement au bénéfice de la compétence de la juridiction administrative (contentieux des ventes du domaine privé de l'État : loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4, et CE sect., 8 novembre 1974, *Époux Figueras*, Rec.545).

Certaines solutions dérogatoires procèdent de considérations de principe, qui peuvent être résumées par la formule suivante : l'autorité judiciaire serait la gardienne de la liberté individuelle et de la propriété privée. D'autres, les plus nombreuses, reposent sur des considérations d'opportunité. Les considérations de principe sont critiquables parce que le principe est susceptible de multiples interprétations et relève plus d'un choix volontariste qu'il ne rend compte de l'état du droit. Les considérations d'opportunité sont critiquables parce qu'elles ne sont justifiées par aucun principe.

§ 1. - Les considérations de principe

A. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle

En l'état actuel du droit, la compétence de la juridiction judiciaire à l'égard de certains actes administratifs touchant à la liberté individuelle trouve à s'exercer dans un cas général à valeur constitutionnelle, la protection devant la menace ou la réalisation de la détention, et dans plusieurs cas particuliers, à valeur législative, d'atteintes à d'autres aspects de cette liberté individuelle, en vertu de textes spéciaux.

a) Aspect constitutionnel

Le principe apparaît aujourd'hui dans la Constitution de 1958, art. 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. ». Cette formulation demeure imprécise.

En réalité, ce principe est bien antérieur à la Constitution de 1958. Et il ne résulte pas initialement des textes mais plutôt de la jurisprudence (TC, 18 décembre 1947, *Hilaire et Dame Cortesi* (deux arrêts), *D* 1948.62, note Fréjaville, *JCP* 1948.4087) à travers, par exemple, la théorie de la voie de fait.

L'imprécision résulte de la définition que l'on doit retenir de la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel semble privilégier depuis peu la découverte de "composantes de la liberté individuelle". La liberté d'aller et venir est la composante la plus visible : sera certainement réservé à l'autorité judiciaire tout cas d'atteinte qui emporte détention d'un

individu (CC, 28 juillet 1989, *Police des étrangers*, Rec.81, *AJDA* 1989.619, note Chevallier, *RFD adm.* 1989.619, note Genevois, *D* 1990.161, note Prétot : compétence du juge judiciaire pour prolonger au-delà de 24 heures la rétention d'étrangers décidée par l'autorité administrative qui n'a pu immédiatement procéder à l'expulsion ou à la reconduite à la frontière; CC, 25 février 1992, *Zones de transit*, Rec.48, *RFD adm.* 1992.185, note Genevois). Une autre composante de la liberté individuelle est l'inviolabilité du domicile (CC, 29 décembre 1983, *Recherche des infractions fiscales*, Rec.67, *AJDA* 1984.97, note Philip, *JCP* 1984.20160, note Drago et Decocq; CE, 9 juillet 1986, *Ville de Paris*, Rec.196, *RD publ.* 1987.1980, *RFD adm.* 1987.280, concl. Fornacciarì); une particulière, la liberté du mariage (CC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *RFD adm.* 1993.871, note Genevois).

b) Aspect législatif

1. L'ancien article 136 du Code de procédure pénale

Le cas de l'article 136 du Code de procédure pénale (aujourd'hui art. 432-4 à 6 et 8 du Code pénal) est exemplaire. Selon ce texte, les tribunaux judiciaires sont toujours exclusivement compétents pour connaître des recours en responsabilité contre les fonctionnaires ou les personnes publiques qui les emploient lorsqu'ils sont fondés sur les atteintes à la liberté individuelle. De plus, il interdit que soit mise en œuvre la procédure de conflit positif, qui permet de suspendre l'instance devant les tribunaux judiciaires en demandant au Tribunal des conflits d'attribuer l'affaire à l'un ou l'autre des ordres de juridiction (*Cf. infra*).

Pourtant le Tribunal des conflits, saisi malgré l'interdiction formelle des textes, avait accepté de se prononcer et de limiter la compétence judiciaire (TC, 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, Rec.629, *RD publ.* 1952.757, note Waline, *S* 1952.381, note Grawitz). Il avait interprété de manière stricte l'article 136, en raison du fait qu'il déroge précisément à la séparation des autorités administratives et judiciaires. Il en concluait dès lors que les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur les seules actions en réparation, mais qu'ils ne sauraient disposer des pouvoirs plus étendus que ceux que leur reconnaît la jurisprudence habituelle, et donc qu'ils ne peuvent pas apprécier la légalité de l'acte administratif causant le préjudice ni l'interpréter. Ainsi, avant de se prononcer sur la réparation, la juridiction judiciaire doit faire régler la question d'appréciation ou d'interprétation par la juridiction administrative selon une procédure appelée question préjudicielle (*Cf. infra*), et la procédure de conflit positif est jugée applicable (TC, 16 novembre 1964, *Clément*, Rec.769, *AJDA* 1965.221, chr., *D* 1965.668, note Demichel, *Rev. adm.* 1965.265, note Bretton; CE, 9 juillet 1965, *Voskresensky*, Rec.419, *AJDA* 1965.603, concl. Fournier). Il n'est fait exception à ces principes qu'en cas de voie de fait (*cf. infra*). Le problème vient de ce que l'article 136 se fonde aujourd'hui sur les atteintes à la liberté individuelle telles qu'elles sont définies aux articles 432-4 à 8 du nouveau Code pénal, c'est-à-dire arrestation, détention ou rétention arbitraire par des fonctionnaires publics (le Tribunal des conflits fait de ces trois cas une interprétation stricte : TC, 20 juin 1994, *Madaci et Youbi*, Rec.602; *Gaz. Pal.* 24 août 1994, p. 19, concl. Abraham, note S. Petit; *D* 1995.J.194, note Didier; *AJDA* 1994.556, chron. l'exécution d'un arrêté d'expulsion n'entre pas dans un de ces trois cas). La juridiction administrative est donc, chronologiquement, la première à juger des atteintes à la liberté individuelle, ce que la Cour de cassation conteste évidemment (Cass. crim., 25 avril 1985, *Bogdan*, *D* 1985.329, concl. Dontenwille, *RFD adm.* 1986.444, note Morange). Les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'affaire TC, 12 mai 1997, Préfet de Police, *RFDA* 1997.514 concl. Arrighi de Casanova, *AJDA* 1997.635 chr.) annoncent l'abandon de la jurisprudence Clément, même si la formation de jugement ne s'est pas expressément prononcée sur ce point dans l'arrêt. L'indemnisation d'une décision illégale portant atteinte à une liberté individuelle, mais ne constituant pas une voie de fait, devrait donc appartenir pleinement au juge judiciaire sans question préjudicielle.

2. L'hospitalisation d'office

En application de la loi du 30 juin 1838, modifiée par la loi du 27 juin 1990, relative à la protection et aux droits des personnes hospitalisées, le Préfet peut, au vu d'un certificat médical et en motivant son arrêté, décider l'hospitalisation d'office des individus dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes. L'interné ou ses parents, alliés et amis peuvent alors saisir le président du Tribunal de grande instance pour demander après vérifications, la sortie immédiate. La compétence est donc judiciaire, mais ce n'est pas en vertu du principe précisé à l'article 66 de la Constitution de 1958, mais en application d'un texte à valeur législative. Le Tribunal des conflits est d'ailleurs nuancé quant à cette répartition de compétence. Il juge en effet que la contestation du bien-fondé de la mesure prise par le Préfet, relève bien des tribunaux judiciaires (TC, 6 avril 1946, *Maschinot*, Rec.326, CE, 10 février 1984, *Dame Dufour*, Rec.59, *AJDA* 1984.403, obs. Moreau, *Rev. adm.* 1984.268, note Pacteau, *RTD S.S.* 1984.214, note Moderne). Mais en revanche, la contestation de la régularité de l'arrêté appartient aux juridictions administratives. Les recours pour excès de pouvoir portant sur la compétence administrative de l'auteur de l'acte et la procédure suivie fondés sur l'irrégularité ou les conditions d'exécution des décisions d'hospitalisation d'office ressortissent à l'ordre juridictionnel administratif (CE, 22 octobre 1986, *Dame Doursoux*, Rec.242, *RD publ.* 1987.493; CE 18 mars 1970, *Bila*, Rec.195, *AJDA* 1971.57 ; CE, 1^{er} avril 2005, Mme Laporte). En revanche, l'appréciation de la responsabilité de l'État, qu'elle soit causée par le défaut de nécessité de la mesure ou par une irrégularité de l'acte, relève des tribunaux judiciaires (TC, 17 février 1997, *Mennielle*, *JCP* 1997.22885, concl. Ste-Rose).

B. L'autorité judiciaire, gardienne de la propriété privée

Le Conseil constitutionnel a assigné au droit de propriété une valeur comparable à celle de la liberté individuelle puisque la compétence de la juridiction judiciaire en matière de dépossession est reconnue comme un principe de valeur constitutionnelle (CC, 13 décembre 1985, *Servitudes en matière de télévision*, Rec.78, *AJDA* 1986.171, note Boulouis, *D* 1986.345, note Luchaire, *JCP* 1986.1.3237, art. Dufau).

Là encore, le principe est ancien. La loi du 8 mars 1810 avait en effet fixé la compétence des juridictions judiciaires pour connaître des litiges relatifs aux expropriations, tant pour le transfert de propriété que pour l'indemnisation. La majeure partie de la théorie juridique du XIX^{ème} siècle en a tiré la conclusion que le juge judiciaire est compétent pour tous les cas de dépossession des particuliers. Tel n'est pourtant pas l'état du droit.

a) Les juridictions judiciaires sont tout d'abord compétentes, en application de textes à valeur législative, dans des matières spéciales touchant à la propriété privée.

La loi du 8 mars 1810, puis les décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935, enfin, l'ordonnance du 23 octobre 1958, confèrent au juge judiciaire, appelé en la circonstance juge de l'expropriation, le pouvoir de prononcer par ordonnance en premier et dernier ressort le transfert de propriété, et de fixer par jugement en premier ressort les indemnités consécutives. Cependant, la compétence judiciaire ne s'étend pas à la phase antérieure de l'expropriation, comportant la déclaration d'utilité publique et la désignation par arrêtés des parcelles cessibles. Les contestations de ces étapes ne peuvent être portées que devant les juridictions administratives. De même, le juge judiciaire n'est pas compétent pour l'ensemble de l'indemnisation liée à l'expropriation, car, en application de l'effet attractif des travaux publics, les préjudices qui résultent de tels travaux au cours de l'expropriation

demeurent de la compétence administrative (TC, 15 janvier 1979, *Outters*, Rec.560). Mais il n'en demeure pas moins que, en matière de servitudes, la compétence appartient à la juridiction administrative sauf texte législatif contraire (CE sect. 14 mars 1986, *Commune de Gap-Romettes*, Rec.73, *AJDA* 1986.317 concl. Jeanneney, *JCP* 1987.20759, note Davignon). Toujours sur le fondement de textes à valeur législative (loi du 3 juillet 1877, sur les réquisitions militaires, loi du 11 juillet 1938, pour les périodes de guerre, ordonnance du 6 janvier 1959, en temps de paix et pour les réquisitions civiles, ordonnance du 11 octobre 1945) les juridictions judiciaires sont ensuite compétentes pour fixer l'indemnisation de la réquisition, quel que soit son objet : propriété immobilière ou mobilière, services, logement (loi du 29 juillet 1998 sur les exclusions), ou de toute autre nature décidées pas le préfet pour rétablir l'ordre public (loi du 18 mars 2003, dite LOPSI, CC, n° 2003-467 DC). La responsabilité prolongeant l'indemnisation normale est également une compétence du juge judiciaire (TC, 26 juin 2006, Rosset, Rapport TC 2006, concl. Stahl).

On peut ajouter l'attribution aux juridictions judiciaires des demandes de mesures conservatoires prévues par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique malgré la mise en cause de l'activité d'un service public à caractère administratif (TC 6 janvier 1975, *Ofrateme*, Rec.791, *D* 1975.702, note Plouvin, *JCP* 1976.18283, note Moderne). Il faut signaler également l'ensemble du contentieux résultant de la loi du 2 janvier 1968, sur les brevets d'invention, à l'exception des recours contre les décisions du ministre (loi du 13 juillet 1978 et TC, 6 juin 1989, *Veuve Losfeld*, *D* 1990.SC.151, obs. Mousseron et Schmidt); l'ensemble du contentieux né de l'application de la loi du 31 décembre 1964, sur les marques, les recours contre les décisions du directeur de l'INPI relevant par exemple de la Cour d'appel de Paris (loi du 30 juin 1975 et TC, 27 juin 1988, *Soc. Design Programmes*, Rec.490, *RD publ.* 1989.253, *D* 1989.SC.385, obs. Llorens et Soler-Couteaux); autant de matières spéciales réservées par la loi à la compétence des juridictions judiciaires.

b) Les juridictions judiciaires sont ensuite compétentes, par interprétation jurisprudentielle, dans les domaines de l'emprise irrégulière.

L'emprise concerne exclusivement les droits réels immobiliers (propriété, servitudes, concessions funéraires). Il y a emprise lorsqu'une personne publique, une personne privée chargée de la gestion d'un service public ou un entrepreneur de travaux publics s'installe sur tout ou partie de la propriété privée d'un particulier. Peu importe que la dépossession soit temporaire ou définitive. En revanche, il faut que cette dépossession porte directement sur la propriété privée en cause (TC, 26 novembre 1973, *Commune de Rueil-Malmaison*, Rec.849, *AJDA* 1974.315, note Moulin, *D* 1974, note Cristini, à propos de la quasi-impossibilité d'accès à une propriété privée).

L'emprise peut être régulière, c'est-à-dire qu'elle s'exerce conformément aux textes en vigueur. Dans ce cas, la juridiction administrative reste naturellement compétente pour assurer l'indemnisation, par exemple en matière d'occupation temporaire des propriétés privées pour les besoins de l'exécution de travaux publics (loi du 29 décembre 1892), sous réserve toutefois de l'attribution spéciale de cette compétence aux tribunaux judiciaires par la loi (*Cf.* l'exemple des réquisitions).

Au contraire, la juridiction judiciaire est compétente dans tous les cas d'emprise irrégulière. Cette distinction entre emprise régulière et emprise irrégulière ne se fonde sur aucun texte et résulte d'une jurisprudence du Conseil d'État (CE sect., 15 février 1961, *Werquin*, Rec.118, *RD publ.* 1961.321, concl. Braibant, *AJDA* 1961.197, chr., *D* 1961.611, note Weil, *JCP* 1961.12259, note Auby). En conséquence, les tribunaux judiciaires ont à se prononcer sur la réparation de l'ensemble des préjudices causés par une emprise irrégulière (CE sect., 30 juillet 1949, *Dame Depalle*, Rec.411). Mais cette compétence est limitée à l'indemnisation. En application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, les juridictions judiciaires ne sauraient procéder à l'appréciation de la régularité des mesures qui fondent l'emprise. Le juge judiciaire devra donc renvoyer à une juridiction administrative et surseoir à statuer jusqu'à ce que cette dernière ait constaté l'irrégularité de l'emprise (TC, 17 mars 1949, *Soc. Rivoli-Sébastopol*, Rec.594, *D* 1949.209, concl. J. Delvolvé, note P.-L. J., *S* 1950,3.1, concl., note Mathiot).

S'agissant d'une création jurisprudentielle, on peut s'étonner d'une distinction reposant sur la régularité de l'emprise, alors que le Conseil constitutionnel a posé en 1985 (Cf. déc. précitée) un lien général entre dépossession et compétence judiciaire.

C. Le cas particulier de la voie de fait

La voie de fait est définie habituellement comme *une atteinte grave à une liberté fondamentale ou à la propriété privée* résultant d'une mesure *manifestement insusceptible de se rattacher* à l'exercice d'un pouvoir quelconque appartenant à l'autorité administrative (CE ass., 18 novembre 1949, *Carlier*, Rec.490, *RD publ.* 1950.172, concl. Gazier, note Waline, *S* 1949.3.49, note Drago). Il s'agit d'une violation tellement grave de la légalité que la mesure en cause, comportement matériel ou acte juridique, perd tout caractère administratif. Pour qu'il y ait voie de fait, il est nécessaire d'une part que la voie de fait ait porté atteinte à la propriété privée ou à une liberté fondamentale (CE sect., 8 avril 1961, *Dame Klein*, Rec.216, *AJDA* 1961.332, chr., *D* 1961.587, concl. Henry, *S* 1961.249, note Lassale; Cass. civ. 1ère, 4 décembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 281, *JCP* 1991.2.21692, note Brard). Et d'autre part que l'illégalité qu'elle constitue ait un caractère de gravité absolue (TC, 25 janvier 1988, *Fondation Cousteau*, Rec.484, *RFD adm.* 1990.190, concl. Laroque, *D* 1988.205, note Didier). Ont ainsi été reconnus comme constitutifs de voie de fait la confiscation de négatifs photographiques (CE ass., *Carlier*, préc.), des perquisitions domiciliaires (CE sect., 10 octobre 1969, *Consorts Muselier*, Rec.432, *Rev. adm.* 1970.29, concl. Braibant, *AJDA* 1969.686, chr., *D* 1969.669, note Bertrand, *RD publ.* 1970.774, note Waline), mais pas la suspension d'un abonnement téléphonique (TC, 15 avril 1991, *Préfet de la Région Lorraine*, Rec.463, *AJDA* 1991.736, obs. M. Hecquart Théron).

Le champ d'application le plus classique de cette notion est l'exécution forcée d'une décision régulière, dans le cas où l'autorité administrative n'a pas le droit d'y procéder. Par exemple, des voies de droit peuvent être exercées, et il n'y a pas urgence (TC, 27 novembre 1952, *Flavigny*, Rec.643, *JCP* 1953.7438, concl. Letourneur, note Blaevoet ; 22 juin 1998, *Préfet de la Guadeloupe*, Rec.542, *JCP* 1998.10169, concl. Sainte-Rose).

En cas de voie de fait, les tribunaux judiciaires ont plénitude de juridiction pour apprécier son existence, c'est-à-dire sa qualification, statuer sur son indemnisation, et prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire. Il n'y a jamais question préjudicielle pour le juge judiciaire en cas de voie de fait (TC, 30 octobre 1947, *Barinstein*, Rec.511, *RD publ.* 1948.86, note Waline; *S* 1948.3.1, note Mathiot; *D* 1947.476, note P.-L. J.; *JCP* 1947.3966, note Fréjaville). L'avantage est que le particulier lésé par une telle mesure peut agir par voie de référé civil, à caractère préventif ou dans le but de la faire cesser, et d'obtenir une astreinte.

Par ailleurs, il est de principe que le juge judiciaire ne puisse « prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public ». Il n'y est fait exception en cas de voie de fait (TC, 6 mai 2002, *Binet c/ EDF*, *JCP* 2002, II, 10170 concl. Duplat, *CJEG* 2002.646, note Genevois). pas plus que le juge administratif, ne peut aisément porter atteinte à l'intangibilité des ouvrages publics (Civ. 3ème, 6 décembre 1995, *Commune de Villiers-sur-Seine*, *RF décentr.* 1996.4.228, obs. Lavalleye; malgré CE sect. 19 avril 1991, *Denard*, Rec.148, *AJDA* 1991.563, note Teboul, *RFD adm.* 1992.59, concl. Toutée, note Maublanc, annulation du refus de démolir ; et malgré l'absence d'exception prévue aux pouvoirs d'injonction du juge administratif par la loi du 8 février 1995), à la condition qu'aucune mesure de régularisation n'ait été engagée (Civ. 3ème, 30 avril 2003, *Commune de Verdun-sur-Ariège*, *Dr. Adm.* 2003, n° 134). Le juge administratif conserve une compétence de principe pour ordonner des mesures écartant l'intangibilité de l'ouvrage public, hors cas de voie de fait, mais il semble ajouter à la condition de non régularisation celle que, au vu d'un bilan, l'atteinte à l'intérêt général ne

soit pas excessive : CE sect., 29 janvier 2003, *Synd. départ. de l'électricité et du gaz des Alpes-maritimes*, req. n° 245239).

Il est possible qu'en raison de la gravité de la voie de fait, l'acte qui la fonde soit d'emblée considéré comme inexistant et fasse l'objet devant la juridiction administrative d'un recours en déclaration d'inexistence (TC, 27 juin 1966, *Guignon*, Rec.830, *JCP* 1967.15135, concl. Lindon, *AJDA* 1966.547, note de Laubadère; CE 13 juillet 1966, *Guignon*, Rec.476, *D* 1969.669, note Bertrand). L'acte est alors non pas annulé, mais nul et non avenu.

L'évolution récente de la jurisprudence de la voie de fait comportait cependant quelques aspects susceptibles de menacer le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Depuis 1986, le Tribunal des conflits avait tendance à juger qu'un agissement d'une autorité administrative, même rattaché à un pouvoir légal détenu par cette autorité, constitue une voie de fait lorsqu'elle n'a pas été exercée conformément au but fixé par les textes. Ainsi, le Tribunal des conflits avait identifié une voie de fait dans le retrait d'un passeport à un débiteur d'impositions directes parce que ce pouvoir est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir confié par la loi pour assurer le recouvrement d'impositions directes (TC, 9 juin 1986, *Eucat*, Rec.301, *RD publ.* 1987.1082, concl. Latournerie, *RD publ.* 1987.1073, note Robert, *AJDA* 1986.428, chr., *JCP* 1987.20746, note Pacteau, *D* 1986.493, note Gavaldà). Mais il s'agit là de simples illégalités, qui relèvent de l'appréciation des motifs, c'est-à-dire éventuellement du détournement de pouvoir ou de procédure, mais qui ne sauraient normalement justifier une soustraction à la compétence administrative. Après une parenthèse de dix ans, l'abandon de la jurisprudence Eucat et de la prise en considération de l'objet des pouvoirs conférés aux autorités administratives pour apprécier la voie de fait résulte de l'interprétation généralement donnée (TC, 12 mai 1997, *Préfet de Police*, *RFDA* 1997.514 concl. Arrighi de Casanova, *AJDA* 1997.635 chr.: conclusions et formulation d'une impossibilité de rattachement à un pouvoir administratif, sans autre périphrase). Il a ensuite été précisé que l'utilisation d'un pouvoir rattachable à la compétence d'une autorité administrative peut perdre cette qualification et tomber dans la voie de fait si la durée de son exercice est excessive (TC, 19 nov. 2001, *Mohamed*, *AJDA* 2002.234, note S. Petit).

Bien que la loi du 30 juin 2000, et notamment la procédure de référé-liberté, ait contribué à régler par d'autres moyens les violations caractérisées des droits de l'Homme et libertés fondamentales et qu'elle rende par là même l'intervention du juge judiciaire moins « rentable », la voie de fait n'a pas disparu, notamment parce que la Cour de cassation est appelée à s'en servir (Civ. 1ère, 25 janvier 2005, *Picard*, *Dr. Adm.* 2005, comm. 52 Lombard; 28 nov. 2006, *Commune de Saint-Maur des Fossés*, *JCP A* 2007, 2118, note Renard-Payen).

§ 2. - Les considérations d'opportunité

Elles sont de loin les plus nombreuses et ont conduit à transférer des matières spéciales aux juridictions judiciaires. Il n'est pas possible d'entrer dans tous les détails de ces dérogations, mais il faut citer les plus classiques.

A. ...relatives à la responsabilité

a. La responsabilité du fait des véhicules

Il s'agit de la loi 31 décembre 1957, qui prévoit par dérogation à la séparation des autorités administratives et judiciaires, que le contentieux des dommages causés par les véhicules dont les personnes publiques ont la garde appartient à la juridiction judiciaire.

Cette dérogation, due à une initiative parlementaire, résulte de considérations de pure opportunité. Les dommages causés par les véhicules publics sont les mêmes que ceux occasionnés par les véhicules privés, les tribunaux judiciaires sont plus proches du justiciable, les normes d'indemnisation des tribunaux administratifs sont inférieures à celles des tribunaux judiciaires, etc.

La loi 31 décembre 1957 déroge également aux règles classiques de droit civil en matière de responsabilité car elle prive les victimes de toute action en indemnisation contre les agents qui avaient la garde du véhicule : elle ne peuvent agir que contre la personne publique qui exercera elle-même, si elle le juge opportun, une action récursoire contre ses agents.

1. Définition du véhicule

Bien que les travaux préparatoires de la loi 31 décembre 1957 fassent apparaître qu'elle était prévue pour s'appliquer aux véhicules terrestres à moteur, le Tribunal des conflits a retenu la lettre du texte qui désigne tout véhicule quelconque.

Est ainsi un véhicule, au sens de cette loi, tout objet pourvu d'un dispositif propre à assurer le déplacement. Peu importe la fonction du véhicule : utilisés pour réaliser des travaux précis plutôt que pour le transport, les moissonneuses batteuses, scrapeurs, grues automotrices, bennes, tracto-pelles, foreuses de tunnels, n'en sont pas moins des véhicules. Peu importe également qu'il ne s'agisse pas de véhicules terrestres, les bacs et les télécabines sont des véhicules (TC, 15 octobre 1973, *Barbou*, Rec.848, *AJDA* 1974.94, concl. Braibant, *D* 1975.185, note Moderne, *JCP* 1975.18045, note Lachaume).

Au contraire la jurisprudence administrative n'a pas reconnu comme véhicule un ponton normalement fixe qui avait été emporté par une crue (CE, 16 juin 1976, *Soc. des entr. Zublin-Perrrière*, Rec.802), ni une tondeuse à gazon, qui n'était pas autoporteuse (CE, 14 mars 1969, *Ville de Perpignan*, Rec.156, *AJDA* 1969.711), ni un conteneur d'ordures à roulettes (CE, 9 juin 1999, *OPHLM d'Arcueil*, Rec.169). Il est en revanche étonnant que le juge administratif ait qualifié de véhicule une charrette à bras (CE, 25 juin 1986, *Dame Curtol*, Rec.177, *AJDA* 1986.653, obs. Moreau).

2. Définition du dommage

Le dommage causé par un véhicule est entendu largement. Il n'est pas nécessaire que le véhicule ait eu un contact matériel avec ce à quoi il cause préjudice. Il n'est pas non plus exigé que le véhicule ait été en mouvement. Enfin, le dommage dû à un objet distinct du véhicule, mais associé à ce dernier au moment de la survenance (câbles, objets non automoteurs remorqués), est un dommage causé par un véhicule.

3. Limites à l'application de la loi 31 décembre 1957

La première limite est relative aux cas où le dommage se rattache à une opération d'ensemble consistant en l'exécution de travaux publics, et non à la seule intervention d'un véhicule. Le juge administratif est alors compétent en application de la loi du 28 pluviôse an VIII (TC, 12 février 2001, *Commune de Courdimanche*).

La deuxième limite est liée au fondement de l'action engagée sur un autre fondement que la loi du 31 décembre 1957, même si un véhicule est en cause. Ainsi en est-il lorsque la responsabilité d'une personne publique est recherchée pour défaut d'entretien normal de l'ouvrage public (état des routes ayant causé un accident : CE sect., 12 novembre 1971, *Département de la Loire*, Rec.679, *AJDA* 1971.653, chron.), ou pour défaut d'organisation d'un service public (procédures de sécurité défailtantes dans les transports publics : CE, 24 mars 1978, *Laporta*, Rec.159, *AJDA* 1979.10.36, note Tercinet).

La troisième limite est relative aux actions en responsabilité engagées par un agent public (ou ses ayants droit) à propos des dommages à lui causés par un véhicule appartenant à une personne publique. En effet, lorsqu'un agent public subit un dommage du fait de la personne publique dont il relève, l'attribution d'une pension, même réparant incomplètement le dommage, lui interdit de rechercher devant la juridiction administrative une indemnisation complémentaire. Le Tribunal des conflits accepte cependant en cas de dommage causés par un véhicule que les parties aient le choix entre s'adresser à la juridiction administrative en demandant l'application de la législation des pensions, et s'adresser aux tribunaux judiciaires en demandant l'application des règles du droit commun de la responsabilité à l'encontre de la personne publique. Le juge judiciaire statue alors au vu des règles du droit civil (sans forfait) et n'est pas obligé de recourir à la procédure de la question préjudicielle (TC, 13 juin 1960, *Cianelli*, Rec.865, *AJDA* 1960.1.185, chr., *JCP* 1960.11744, note Auby, et TC, 4 juillet 1991, *Consorts Oger et Bissières*, Rec.470, *AJDA* 1991.917, obs. Moreau).

Un problème analogue provient de la situation de l'agent qui avait la garde du véhicule. Les tribunaux judiciaires ne peuvent en effet imputer la responsabilité à la personne publique que dans les cas où cet agent était dans l'exercice de ses fonctions ou n'agissait pas en l'absence de tout lien avec ses fonctions. Or, lorsque ce point donne lieu à une difficulté d'appréciation, il ne peut y être répondu que par la juridiction administrative et le juge judiciaire doit surseoir à statuer jusqu'à obtention de la réponse (TC, 20 novembre 1961, *Dame Grima*, Rec.880, *D* 1962.265, note Leclercq).

Enfin, la loi 31 décembre 1957 écarte elle-même son application lorsque le dommage est causé par le véhicule au domaine public ou à l'une de ses dépendances. La jurisprudence exclut aussi son application en cas de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle (CE sect., 11 février 1978, *Compagnie L'Union et le Phénix espagnol*, Rec.6, concl. Genevois, *D* 1978.IR.219, obs. Delvolvé, *CJEG* 1978.647, note Sablière).

b. La responsabilité du service public de l'enseignement

Il s'agit de la loi du 5 avril 1937 qui concerne les élèves des établissements d'enseignement publics (ou privés sous contrat d'association). Soit, lorsque survient le dommage, ces élèves sont sous la surveillance d'un membre du personnel enseignant de ces établissements, pendant les cours ou dans les activités qualifiées d'extra-scolaires (sports, visites, séjours), soit l'origine du dommage causé à un élève provient d'une faute du personnel enseignant.

Dans ces hypothèses, la compétence appartient à la juridiction judiciaire. La victime ou ses représentants ne disposent que d'une action : celle qu'ils exercent contre l'État qui substitue pour l'occasion, sa responsabilité à celle de son agent. La loi du 5 avril 1937 n'innove pas quant à la compétence juridictionnelle, puisque la loi du 20 juillet 1899 en disposait déjà ainsi. Elle remplace seulement une présomption de faute qui pesait sur les instituteurs par la responsabilité indifférenciée de l'État.

La loi du 5 avril 1937 a posé quelques problèmes d'interprétation, mais le principe de droit positif est posé par l'arrêt Gavillet (TC, 31 mars 1950, *Delle Gavillet*, Rec.658, *D* 1950.331, concl. Dupuich, *JCP* 1950.5579, note Vedel). Les tribunaux judiciaires sont compétents quelle que soit la faute (personnelle ou de service), pour tous les dommages qu'ils soient causés par un élève ou à un élève.

La compétence judiciaire n'est limitée que par les cas où le dommage trouve sa source non pas dans une faute mais dans un défaut d'organisation du service public ou dans un défaut d'entretien d'un ouvrage public (TC, 26 mars 1990, *Jaffre, Dr. adm.* 1990.330), ou par les critères de son champ d'application (appréciations strictes de la qualité de membre du personnel enseignant, de la nature d'établissement d'enseignement).

c. La responsabilité des entrepreneurs de travaux publics pénalement poursuivis

En application de la loi du 28 pluviôse an VIII, le litige qui peut naître entre un particulier et un entrepreneur de travaux publics ressortit à la compétence de la juridiction administrative. Cependant, il existe un cas de compétence concurrente des juridictions judiciaires. Il s'agit de la réunion de deux conditions posées par la jurisprudence. Première condition : le fait dommageable présente le caractère de délit pénal; deuxième condition : des poursuites ont été engagées contre l'entrepreneur devant les tribunaux répressifs. Dans cette hypothèse, rien n'empêche la victime, conformément aux règles de la procédure pénale et civile, de se porter partie civile devant la juridiction répressive. Bien qu'on en ignore le fondement théorique, cette jurisprudence fut établie par le Tribunal des conflits pour des raisons d'opportunité (TC, 13 juin 1960, *Donieb c/ Stokos*, (Partage) Rec.864, *AJDA* 1960.291, *D* 1960.576, concl. Chardeau, note Josse, *Rev. adm.* 1960.276, note Liet-Veaux, *JCP* 1960.11727, note Pépy). Elle a l'avantage de laisser à la victime une option.

d. Les responsabilités inspirées par l'idée d'assurance

Depuis une vingtaine d'années se sont développés divers régimes législatifs de responsabilité, dont le point commun est de fonder l'indemnisation d'un risque "social" sur un mécanisme de solidarité et sur des financements publics. Le plus souvent, ces régimes comportent aussi attribution de compétence à la juridiction judiciaire.

Responsabilité des institutions publiques de recherche biomédicale (loi du 23 janvier 1990, art. 46 : C. sant. pub. art. L.209-22).

Responsabilité en matière d'accidents nucléaires (loi du 30 octobre 1968, loi du 16 juin 1990). Attribution de compétence exclusive au TGI de Paris.

Responsabilité de l'Etat du fait des dommages causés par les personnes condamnées à un TIG (loi du 10 juin 1983, puis art. 131-24 nouveau C. pén.) et action récursoire de l'Etat contre le condamné.

Responsabilités régies par un fonds d'indemnisation.

- Victimes de certaines infractions pénales (loi du 3 janvier 1977, C. proc. pén. art. 706-3 ss. puis loi du 6 juillet 1990) : indemnisation intégrale des dommages aux personnes en cas de décès, incapacité de travail supérieure à un mois ou agression sexuelle; indemnisation plafonnée si atteinte aux biens et ressources permettant l'aide juridictionnelle partielle. Commissions juridictionnelles instituées près les TGI et versement par le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme.

- Victimes d'actes de terrorisme (loi du 9 septembre 1986, art. 9). Actes définis par C. pén. art. 421-1 et ss. Ces actes ne peuvent pas engager la responsabilité sans faute de l'Etat (CE sect., 29 avril 1987, *Yener et Erez*, Rec.151, *AJDA* 1987.450, chr.) et ne relèvent pas de la responsabilité pour rassemblements et attroupements. Versement par le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme

- Victimes du sida en conséquence d'une transfusion (loi du 31 décembre 1991 art. 47). Décision de la commission d'indemnisation du fonds. Compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris statuant en premier et dernier ressort. Le Conseil d'Etat n'exclut pas que les victimes recherchent aussi réparation selon le droit commun de la responsabilité. Si l'indemnité offerte est définitive (acceptation ou recours CA), le juge administratif la déduit des dommages-intérêts qu'il détermine (CE sect. avis, 15 octobre 1993, *Cts Jezequel et Vallée*, Rec.280, *RFD adm.* 1994.553, concl. Frydman). Mais à l'inverse, la Cour de cassation estime que l'acceptation de chefs d'indemnisation par le fonds exclut toute action en responsabilité complémentaire sur ceux-ci. D'autres chefs pourront être indemnisés (Ass. plén., 6 juin 1997, *Fondation Saint-Marc*, *D* 1998.J.255, concl. Tatu).

- Victimes de l'amiante (loi de financement de la sécurité sociale du 23 décembre 2000 (art. 53). Fonds d'indemnisation, établissement public. Compétence de la Cour d'appel du domicile du demandeur. (CC, 19 décembre 2000, Rec.190, 42^{ème} cons.).

- Victimes d'un accident médical (loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (art. 98) introduisant un titre IV du livre 1^{er} du Code de la Santé publique, destiné à réparer les conséquences du risque sanitaire; Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé; chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale). Les litiges sont d'abord adressés à des Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. La commission régionale peut être saisie par toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, par son représentant légal. Elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée (art. L. 1142-7). Lorsqu'elle estime qu'un dommage engage la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne considérée comme responsable par la commission adresse à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis. Sinon, solidarité nationale (sans faute pour les infections nosocomiales, ou les accidents sans professionnel ou établissement responsable).

B. ... résultant de la volonté politique ou de la tradition

a. Les attributions de compétence "économiques"

Il faut citer ici ensemble les attributions de compétence dérogatoires réalisées au profit de la juridiction judiciaire par les lois récentes marquant une volonté politique de libéralisation et de déréglementation des activités économiques. Le mécanisme est toujours le même : la surveillance d'un secteur est confié à une autorité administrative indépendante ou à un organisme ayant vocation à le devenir. La connaissance des recours dirigés contre certaines de leurs décisions est attribuée par la loi à la Cour d'appel de Paris statuant en premier et dernier ressort.

L'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence dispose ainsi que les recours dirigés contre les décisions du Conseil de la concurrence ressortissent à la compétence de la Cour d'appel de Paris statuant en premier et dernier ressort (TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, Rec.xxx, concl. Stirn, *RFD adm.* 1989.457, *AJDA* 1989.457, note Bazex et chr.; *RD publ.* 1989.1780, note Y. Gaudemet; *CJEG* 1989.295, note Richer; *D* 1990.418, note Israel; *JCP* 1990.2.21395, note Terneyre; et le point de départ C.A. Paris 30 juin 1988, *SAEDE c/ Conseil de la concurrence*, *AJDA* 1988.744, note Bazex, *RFD adm.* 1989.80, note Chapus; *D* 1989.chr.67, note Llorens et Soler-Couteaux). On notera que dans cette hypothèse, la Cour d'appel est matériellement un juge administratif de premier et dernier ressort.

Par la suite, ce schéma de base a été repris par de nombreuses lois. Ainsi, les décisions, lorsqu'elles ne sont pas réglementaires, mais se rattachent à des sanctions, prises par la l'Autorité des marchés financiers (AMF) (loi du 2 août 1989 ; la compétence de la Cour d'appel de Paris inclut les demandes en indemnisation fondées sur l'illégalité desdites décisions : TC, 22 juin 1992, *Mizon*, Rec.486, *JCP* 1993.22035, concl. Flipo, note Frison-Roche, *D* 1993.439, note Decoopman; CE sect., 6 juillet 1990, *Comp. diamantaire d'Amers*, Rec.206, *CJEG* 1990.380, concl. de la Verpillière, *RFD adm.* 1991.293, note Llorens, *AJDA* 1990.907, note Richer). Les décisions nominatives non disciplinaires, à l'exception de celles approuvant le programme des établissements contrôlés, prises par l'ex-Conseil des marchés financiers (Loi du 2 juillet 1996 : Paris, 11 juin 1997, *Géniteau*, *D* 1997.IR.168). Des

décisions de portée comparable prises par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) (loi du 27 juin 1996, Code P&T art. L.36-8), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) (loi du 10 février 2000, art. 38), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) (loi du 1^{er} août 2000).

b. Les attributions de compétence "historiques"

1. L'état des personnes, la nationalité et l'électorat sont attribués à la juridiction judiciaire.

Ainsi en est-il du contentieux de l'état-civil, du service de la tutelle légale exercée sous le contrôle des préfets, des obligations alimentaires dues au titre des frais d'hospitalisation (TC, 12 janvier 1987, *Launay*, préc.), du service de l'assistance éducative placé sous le contrôle du juge des enfants. Pourtant par exception, le contentieux des changements et des francisations des noms, celui de la reconnaissance des titres nobiliaires appartiennent à la juridiction administrative.

Est de même attribuée à la juridiction judiciaire la compétence exclusive des contestations sur la nationalité des personnes (p. ex. CE, 25 mars 1994, *Gueye*, Rec.160, *RFD adm.* 1994.642), mais le contentieux des actes administratifs relatifs à la nationalité ressortit à la compétence du juge administratif.

Enfin, si le contentieux électoral appartient au juge d'instance en ce qui concerne la qualité d'électeur, et au juge de l'élection désigné par les textes, en ce qui concerne le "contentieux électoral" (régularité des opérations, déroulement du scrutin, proclamation des résultats), le juge administratif est tout de même compétent en matière d'organisation du scrutin (actes détachables du déroulement, contestations sur la régularité des procédures globalement et non individuellement, suivies pour l'établissement des listes : CE ass., 3 février 1989, *Maire de Paris*, Rec.47, *AJDA* 1989.312, chr., *RFD adm.* 1989.311, concl. Störn). Surtout, depuis peu, il s'est reconnu compétent pour apprécier la légalité des actes préliminaires aux opérations électorales (CE ass., 12 mars 1993, *Union nationale écologiste, et Parti pour la défense des animaux*, Rec.67, *AJDA* 1993.375, chr., *RD publ.* 1993.1442, note J.-M. Auby, *RFDC* 1993.410, concl. Kessler). On remarque donc qu'il existe une possibilité de compétences concurrentes entre le Conseil constitutionnel et le juge administratif pour le contentieux des élections législatives. Le Conseil constitutionnel a maintenu sa propre compétence (CC, 8 juin 1995, *Bayeurte*, Rec.213, *AJDA* 1995.517, chr. Schrameck, conf. CC, 11 juin 1981, *Delmas*, Rec.97) qu'il fonde directement sur l'art. 59 de la Constitution et non sur la loi organique. Néanmoins, cette compétence est limitée : le Conseil constitutionnel se réserve la possibilité de statuer exceptionnellement lorsqu'une irrecevabilité compromettrait l'efficacité du contrôle, vicierait le déroulement général des opérations électorales ou porterait atteinte au fonctionnement des pouvoirs publics. Néanmoins, en-dehors de ces conditions, puisque le Conseil constitutionnel ne jugerait pas le recours recevable, le Conseil d'État exercera sa compétence comme pour tout contentieux administratif (CE ass., 1^{er} septembre 2000, *Larrouturou*, *AJDA* 2000.803, chron., *RFD adm.* 200.989, concl. Savoie, note Ghevontian ; CC, 14 mars 2001, *Hauchemaille*, *LPA* 2001, n° 58, note Schoettl).

2. Le contentieux fiscal

Conservant des principes qui remontent à la Révolution, et s'agissant de l'application de prérogatives de puissance publique non négligeables, le contentieux des impôts directs et, plus récemment, des taxes sur le chiffre d'affaires, appartient à la juridiction administrative (LPF art. L.199 al. 1er) (sauf contestation de la seule forme des actes de poursuite).

Mais tout le contentieux individuel des impôts indirects (à l'exception des taxes sur le chiffre d'affaires), enregistrement, timbre, douanes, lorsqu'il s'agit de litiges individuels relatifs à l'établissement, au recouvrement, à la réparation, est attribué par dérogation aux tribunaux judiciaires (loi des 6-11 septembre 1790, LPF art. L.199 al. 2). Lorsque des taxes

parafiscales ne peuvent être qualifiées ni d'impôt direct ni d'impôt indirect, le droit commun s'applique et la compétence est celle du juge administratif (CE, 10 juillet 1956, *soc. Bourgogne-Bois*, Rec.586, *AJDA* 1956.2.458, note Drago). Renvoi au cours de droit fiscal.

3. *Le contentieux de la Sécurité sociale*

En application du code de la Sécurité sociale, tous les litiges individuels intéressant la législation de la Sécurité sociale sont de la compétence du Tribunal des affaires de Sécurité sociale (TASS), juridiction judiciaire, même quand ils sont provoqués par des décisions administratives. Ces litiges individuels peuvent concerner des assurés (TC, 6 juillet 1957, *Lasry*, Rec.817, *D* 1958.296, note J. Garagnon; CE, 26 juillet 1991, *Mme Gandhour*, *RD publ.* 1992.255), même s'il s'agit de fonctionnaires dans leur propre régime (TC, 11 octobre 1993, *Mme Allard*, *RFD adm.* 1994.184) ou des médecins (TC, 9 juin 1986, *Mazuoli*, Rec.300, *AJDA* 1986.596, obs. Moreau, *RTD SS* 1986.431, note Dubouis).

Cette compétence cesse pour la contestation d'actes réglementaires pris par les organismes de gestion de la Sécurité sociale (TC, 22 avril 1974, *Blanchet*, Rec.791, *D* 1975.107, note Lachaume, *Dr. soc.* 1974.495, concl. Blondeau), d'une répression disciplinaire (C. Séc. soc., art. L.162-34), d'actes de tutelle des caisses (CE sect., 15 décembre 1967, *Caisse chirurgicale mutuelle de la Gironde*, Rec.496, concl. Braibant, *AJDA* 1968.104, chr.).

4. *Le contentieux de la voirie routière*

En application de l'art. L. 116-1 du code de la voirie routière, le juge judiciaire est compétent pour réprimer les atteintes à l'intégrité et à la conservation du domaine public routier. Mais il faut que la contravention soit constituée, au sens du droit pénal (TC, 20 févr. 2006, *Commune d'Ormesson*; 24 avr. 2006, *Soc. Bouygues*, *AJDA* 2006.1632).

Chapitre 2 : Le règlement des difficultés de compétence

Dès la formation du droit administratif, se sont posés de nombreux problèmes de compétence. Après les premières fluctuations révolutionnaires, la formation d'une juridiction administrative, par l'adjonction au Conseil d'État des Conseils de préfecture, a permis de revendiquer les affaires ressortissant en vertu des textes à la compétence du juge administratif. Néanmoins, de nombreux empiètements pouvaient être constatés. C'est pourquoi fut conçu dès 1828 un mécanisme de règlement de difficultés de compétence (ordonnance du 1^{er} juin 1828) qui fut placé entre les mains du Conseil d'État, statuant spécialement en juge des « conflits de juridiction ». Lors de la Révolution de 1848, à l'occasion d'une nouvelle contestation de l'institution, le jugement des conflits fut attribué à un tribunal spécial de 1849 à 1851. Supprimé par le second Empire, le Tribunal des conflits réapparut définitivement en 1872, là encore à la faveur d'une loi réorganisant le Conseil d'État, mais qui est surtout la loi fondant le principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance de la juridiction administrative.

Néanmoins, les difficultés de compétence ne se limitent pas aux conflits positifs. Lorsqu'elles peuvent aboutir à des dénis de justice (conflit négatif, contrariété au fond de solutions prononcées par l'une et l'autre juridiction) le tribunal des conflits a ultérieurement reçu la charge de se prononcer (loi du 20 avril 1932 ; décret du 25 juillet 1960). Et surtout, lorsqu'il est possible de prévenir le conflit ou le déni de justice, toutes les juridictions sont concernées, par la procédure des questions préjudicielles et des renvois.

Enfin et surtout, il ne faudrait pas oublier que le juge saisi dispose de larges facultés pour tenter de régler lui-même les difficultés de compétence.

Section I : Par le juge saisi : les moyens d'ordre public et règlements de juge

§ 1. - Moyens d'ordre public

A. La classification des moyens

Il existe une classification traditionnelle des moyens d'illégalité. Elle a été introduite par Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. On peut ainsi différencier quatre types d'illégalités : l'incompétence, le vice de forme, la violation de la loi et le détournement de pouvoir. Cette classification est imparfaite pour deux raisons : la première est que Laferrière assimilait vice de forme et vice de procédure, confusion qui ne peut être maintenue aujourd'hui; la seconde est que la violation de la loi est un terme vague parce qu'il recouvre potentiellement toutes les contrariétés de fond, et que le terme de loi est lui-même ambigu.

Il est souhaitable de préférer une classification plus proche de la réalité jurisprudentielle et de la théorie juridique. Il existe en effet deux fondements principaux à l'illégalité d'un acte administratif : l'illégalité externe et l'illégalité interne. L'illégalité externe est celle qui affecte non pas le contenu de l'acte, mais la façon dont l'auteur de l'acte a décidé d'arriver à ce contenu. L'illégalité interne est celle qui, au contraire, contamine le contenu même de l'acte (CE sect., 20 février 1953, *Soc. Intercopie*, Rec.88, S 1953.3.77, note M.L.).

Ces fondements sont des causes juridiques distinctes, ce qui emporte des conséquences importantes en pratique. D'une part, une fois expiré le délai de recours contentieux, un requérant ne peut présenter dans son mémoire ampliatif que des moyens relevant de la même cause juridique que ceux qui sont présentés dans sa requête introductive d'instance. C'est pourquoi, il faut toujours invoquer des moyens d'illégalité interne et externe, au cas où l'on découvrirait ultérieurement des vices invisibles au départ, sous peine de ne pas pouvoir les invoquer en cours d'instance (un inflexissement de la jurisprudence est possible : TA Lyon, 9 décembre 1998, *Masson*, *AJDA* 1999.448, concl. Kolbert). D'autre part, une décision annulée pour cause d'illégalité externe, peut être prise à nouveau par son auteur, à condition de le faire cette fois de la manière convenable. Mais il est très rare que l'auteur d'un acte puisse renouveler celui-ci lorsqu'il a été annulé pour illégalité interne.

B. La valeur des moyens

Bien que tous les moyens d'illégalité puissent relever de la précédente classification, certains de ces moyens bénéficient d'une valeur spéciale : les moyens d'ordre public et les moyens inopérants.

Au sommet de l'échelle des valeurs, se trouvent les moyens d'ordre public. Pour être pris en considération par le juge, les moyens affectant la légalité des actes administratifs doivent normalement être invoqués par le requérant, dans un délai limité. Mais il existe certains moyens d'illégalité qui sont considérés comme fondamentaux et dont le respect doit être

assuré pour des raisons d'intérêt général. On les appelle moyens d'ordre public. Il s'agit de moyens que le demandeur peut *soulever* même après l'expiration des délais de recours, même pour la première fois en appel (CE, 20 mai 1955, *Chabert*, Rec.270), ou en cassation. Le juge, en ce qui le concerne, a l'obligation de *relever d'office* les moyens d'ordre public, et lorsqu'il le fait, il prononce l'annulation « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête ». Cependant, ce dernier cas posait un problème au regard du principe du contradictoire, car la partie désavantagée par l'annulation n'avait pas la possibilité de présenter sa défense sur ce moyen. Aussi, le décret n° 92-77 du 22 janvier 1992 (intégré ensuite au Code) prévoit que dans le cas où le juge administratif entend fonder sa décision sur un moyen relevé d'office, sans distinguer selon que le moyen d'ordre public est apparu avant ou après la clôture de l'instruction, le président de la formation de jugement en informe les parties et leur donne un délai pour formuler leurs observations (CE, 30 octobre 1992, *Assoc. de sauvegarde du site Alma-Champ de Mars*, Req. 140220, *RFD adm.* 1992.1007, première application jurisprudentielle).

Les moyens d'ordre public sont très nombreux, à tel point que la liste exhaustive n'en est pas à jour. Il est possible de citer les plus importants : l'incompétence de l'auteur de l'acte (CE, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, Rec.114), la méconnaissance du champ d'application d'une norme supérieure (champ d'application temporel ou territorial : CE sect., 15 juillet 1964, *Soc. Papeteries Metenett*, Rec.437, *RD publ.* 1965.9, concl. Bernard; champ d'application matériel : CE sect., 11 mai 1956, *Soc. fr. de transp. Gondrand*, Rec.202, *AJDA* 1956.2.247, concl. Long, *D* 1956.433, note de Laubadère, *RD publ.* 1957.101, note Waline), la rétroactivité d'une disposition réglementaire (CE sect., 8 novembre 1968, *Menez*, Rec.557, *AJDA* 1969.306), la méconnaissance de l'autorité absolue de la chose jugée (CE, 6 juin 1958, *Ch. de commerce d'Orléans*, Rec.315, *AJDA* 1958.2.261, concl. Long). Mais il en est bien d'autres, qui proviennent de règles contentieuses spéciales.

A l'autre extrémité de l'échelle des moyens, se trouvent les moyens inopérants. Il s'agit de moyens qui sont recevables, ou même fondés, mais qui ne peuvent avoir de conséquence sur la solution du litige par le juge. Il y a deux cas principaux dans lesquels la jurisprudence administrative qualifie des moyens d'inopérants. Le premier cas est celui où l'auteur de l'acte met en œuvre une compétence liée, c'est-à-dire qu'il est obligé de prendre cet acte (*Cf. infra*). Le second cas est celui des moyens qui ne sont pas pertinents, ils ne se rapportent pas au problème traité, ou bien ils sont superflus, même relatifs à ce problème, ils ne servent pas à lui trouver une solution (CE sect., 10 juin 1996, *Elect. Municipales de Boulainvilliers*, *JCP* 1997.22756, concl. Arrighi).

§ 2. - Répartition de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative

De façon à régler les cas où la complexité des règles de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative provoque une difficulté sérieuse d'interprétation de la part du juge saisi, il est nécessaire d'attribuer rapidement la requête à un juge.

Pour cela, il existe une procédure spéciale (D. du 22 février 1972) dont l'économie générale est considérée par le juge administratif lui-même comme lui interdisant de rendre un jugement formel d'incompétence sous prétexte qu'une autre juridiction administrative serait compétente (CE sect., 21 juin 1974, *Ben Ziane Ould Boualem*, Rec.358).

Le juge saisi, qu'il s'agisse d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel, doit renvoyer la difficulté de compétence au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, qui désignera par une ordonnance non motivée et insusceptible de recours la juridiction compétente.

De même, il serait inutilement compliqué de fractionner les requêtes en fonction des demandes rendues nécessaires par la progression du procès et apparues en cours d'instance. Les principes classiques de procédure sont donc applicables aux juridictions administratives: d'une part le juge du principal est aussi le juge de l'incident; d'autre part le juge de l'action est aussi celui de l'exception.

Par ailleurs, la jurisprudence a depuis longtemps tenu compte de la connexité entre plusieurs demandes, qui amène le juge administratif à joindre les requêtes dont les solutions sont directement et nécessairement liées.

Il résulte de la combinaison de ces principes qu'il n'existe pas de question préjudicielle à l'intérieur même de l'ordre administratif.

Section II : Par renvoi à un autre juge : les questions préjudicielles

Il est utile de regrouper, après avoir constaté leur diversité et leur importance pratique, les cas où un tribunal judiciaire est saisi à titre principal d'une affaire relevant de sa compétence, mais où il ne peut la régler qu'après interprétation ou appréciation de la légalité d'un acte administratif par la juridiction administrative.

Les questions préjudicielles tiennent une place particulière dans la séparation des autorités administratives et judiciaires

Il faut signaler tout d'abord que l'interprétation ou l'appréciation de la légalité d'un acte administratif doit poser une difficulté sérieuse et être nécessaire à la solution du litige pendant devant le tribunal judiciaire (TC, 25 novembre 1953, *Hardy et Chopin*, *AJDA* 1964.171, note Moreau; TC, 16 novembre 1964, *Douchet*, *AJDA* 1965.278, note J.M.; Cass. civ. 1ère, 19 juin 1985, *D* 1985.426, rapp. et note Sargos). Il faut également que la question soit soulevée à un stade de la procédure où l'incompétence peut encore être soulevée (Cass. civ. 20 juillet 1976, *JCP* 1977.2.18581, note Betant-Robet).

Le problème est en effet de savoir si le tribunal judiciaire est, à titre dérogatoire, compétent pour lever lui-même l'incertitude d'interprétation ou d'appréciation de la légalité de l'acte administratif (question préalable), ou si, conformément au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, il doit renvoyer à une juridiction administrative (question préjudicielle) et surseoir à statuer jusqu'à l'obtention de la réponse. Le premier mécanisme, celui de la question préalable, entraîne la plénitude de juridiction du juge saisi mais il fait courir aux justiciables le risque d'interprétations divergentes entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives qui se trouvent en mesure de se prononcer concurremment. Le système de la question préjudicielle, plus respectueux de la séparation des autorités administratives et judiciaires, s'il évite ce risque, est en contrepartie beaucoup plus lourd et beaucoup plus long pour les requérants.

Les principes de solution de ce problème fondamental consistent à distinguer, et à croiser, trois points de vue différents. La nature des juridictions en action, la nature des actes en cause, et la nature des contrôles en jeu.

La nature des juridictions doit être précisée. Sans que l'on s'attache à sa dénomination, il faut savoir qu'une juridiction judiciaire statuant en matière civile n'a pas besoin de pouvoirs aussi étendus qu'une juridiction judiciaire (ce peut être la même) statuant en matière pénale, car les libertés publiques seront moins souvent et moins gravement menacées. La nature des actes en cause est un élément important, car le poids de la question est plus lourd s'il s'agit de statuer sur un règlement ou sur un acte nominatif (ou simplement atypique, mais ce dernier cas reste rare). Enfin, la nature du contrôle en jeu détermine le degré d'atteinte au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, car il est généralement admis (concl. Matter sur TC, 16 juin 1923, *Septfonds*) que l'appréciation de la légalité d'un acte administratif constitue un contrôle approfondi de l'exercice d'une fraction du pouvoir réglementaire dans l'exercice d'une fonction administrative, alors que la simple interprétation, qui cherche à donner une signification à l'acte obscur, est moins approfondie et n'a pas de conséquences aussi générales.

§ 1. - Les questions préjudicielles de droit administratif devant les tribunaux judiciaires statuant en matière civile

Les pouvoirs des juridictions judiciaires statuant en matière civile ont été fixés par le Tribunal des conflits dans une jurisprudence ancienne et bien établie (TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, Rec.498, *D* 1924.3.41, concl. Matter, *S* 1923.3.49, note Hauriou). Il résulte de cette jurisprudence que les juridictions judiciaires statuant en matière civile : 1. peuvent interpréter les actes réglementaires, mais ne peuvent pas interpréter les actes non-réglementaires; 2. ne peuvent en aucun cas apprécier la légalité des actes administratifs, qu'ils soient réglementaires ou non.

Cette solution est logique. Le juge judiciaire ne se livre pas à deux opérations de nature différente lorsqu'il interprète une loi applicable à un litige (ce qui est l'essentiel de sa mission), et lorsqu'il interprète un règlement dont les dispositions sont également à portée générale et impersonnelle.

Il existe cependant une exception aux deux règles de l'arrêt *Septfonds*. En matière de fiscalité indirecte, où le juge civil est par principe compétent, il dispose de la plénitude de juridiction, c'est-à-dire du pouvoir d'apprécier la légalité des actes administratifs, et aussi d'interpréter les actes administratifs même non-réglementaires (TC, 27 octobre 1931, *Soc. Pannier*, Rec.1173, *Db* 1932.9; TC, 12 novembre 1984, *Soc. Sogegis*, Rec.451, *RFD adm.* 1985.445, concl. Picca). De plus, l'acte n'étant pas administratif, le juge judiciaire dispose de la même plénitude de juridiction en cas de voie de fait.

En revanche, le droit communautaire ne peut pas être interprété comme permettant d'écarter la jurisprudence *Septfonds* (TC, 19 janvier 1998, *Union française de l'Express*, Rec.534, *D* 1998.328, concl. Arrighi de Casanova, *RFD adm.* 1999.189, note Seiller, infirmant Com. 6 mai 1996, *France Télécom*, *AJDA* 1996.1033, note Bazex, *RFD adm.* 1996.1161, note Seiller).

§ 2. - Les questions préjudicielles de droit administratif devant les tribunaux judiciaires statuant en matière pénale

La loi du 22 juillet 1992 portant réforme du Code pénal a récemment modifié l'état du droit en la matière. Aux termes de l'art. L. 111-5 nouveau du Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994, les tribunaux judiciaires statuant en matière pénale ont compétence pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou non, et en apprécier la légalité lorsque la solution du procès pénal en dépend.

Il n'y a donc plus de question préjudicielle de droit administratif devant le juge pénal, sauf lorsque est mis en cause un acte administratif détachable du procès pénal, c'est-à-dire qui ne commande pas directement la solution du procès (V. Lesclous, "L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif", *JCP* 1994, I, 3747), ou lorsque le juge pénal ne prononce pas une sanction pénale (Crim. 11 juillet 1994, *Fadaouche*, suspension du permis de conduire).

En revanche, l'art. L. 111-5 ne concerne que les actes administratifs unilatéraux. Le juge judiciaire ne pourrait pas sur son fondement entrer dans le contrat administratif. Il peut en revanche qualifier un tel contrat pour caractériser les éléments constitutifs de l'infraction (Crim. 25 septembre 1995, *Dr. adm.* 1996.8).

Auparavant, les pouvoirs des juridictions judiciaires statuant en matière pénale avaient été fixés par le Tribunal des conflits dans une jurisprudence qui avait fait l'objet de nuances (TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarests*, Rec.638, *D* 1952.271, note Blaevoet, *JCP* 1951.6623, note Homont, *S* 1952.3.1, note Auby, *Rev. adm.* 1951.492, note Liet-Veaux). La

solution du Tribunal des conflits était la suivante. Les juridictions judiciaires statuant en matière pénale pouvaient 1. quant aux actes réglementaires : les interpréter, et en apprécier la légalité s'ils servent de fondement à la poursuite ou de moyen de défense; 2. quant aux actes non-réglementaires, les juridictions judiciaires statuant en matière pénale ne pouvaient ni les interpréter, ni en apprécier la légalité.

Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation avait adopté sur cette question, une solution différente, qui trouvait à s'appliquer chaque fois que la procédure de conflit n'était pas mise en œuvre, c'est-à-dire le plus fréquemment en pratique. La solution de base résultait de l'arrêt *Dame Le Roux* (Cass. crim., 21 décembre 1961, *Dame Le Roux*, *D* 1962.102, rapp. Costa, *JCP* 1962.12680, note Lamarque; confirmé par Crim. 1er juin 1967, *Canivet*, *D* 1968.somm.15, *JCP* 1968.15505, note Lamarque). Le juge pénal pouvait apprécier la légalité de tout acte administratif, réglementaire ou non, même si n'était pas pénalement sanctionné seulement parce que de sa légalité dépendait la solution du litige (Crim. 25 avril 1985, *D* 1985.329, concl. Dontenville; Favoreu, La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution, *D* 1986.chr.169). Le juge pénal restait en revanche incompétent pour interpréter les actes non-réglementaires, même s'ils fondaient la poursuite ou la défense.

Enfin des dispositions législatives spéciales avaient accordé la plénitude de juridiction aux juridictions judiciaires de manière plus large que la jurisprudence précitée. Ainsi, la loi du 11 juillet 1938, qui sanctionne de peines correctionnelles la résistance aux réquisitions, donnait pouvoir au juge judiciaire pour apprécier la légalité de ces réquisitions (mesures non-réglementaires, dérogation à la jurisprudence Avranches et Desmarests). De même, en application de la loi du 10 juin 1983 (art. 78-1, C. pr. pén.), les tribunaux judiciaires pouvaient apprécier la légalité des contrôles d'identité.

Il faut réserver une remarque. Lorsque le juge judiciaire se prononçait en vertu de la jurisprudence Avranches et Desmarests sur la légalité d'un acte administratif, il devait le faire en considération des mêmes règles d'appréciation que celles qu'utilise le juge administratif (Crim., 21 décembre 1961, *Dame Le Roux*, préc., détournement de pouvoir, et Crim. 21 octobre 1987, *Dame Montorio*, *AJDA* 1988.405, obs. Prétot, *D* 1988.58, note Kehrig, *D* 1989.SC.116, obs. Waquet et Julien-Laferrière, *Rev. crit. DIP* 1988.291, obs. Lagarde, erreur manifeste d'appréciation). Il n'y a pas de raison de penser que le juge judiciaire se prononçant sur le fondement de l'art. L. 111-5 doive aujourd'hui procéder autrement.

§ 3. - Les questions de droit privé préjudicielles pour la juridiction administrative

Il est de règle que le juge administratif est incompétent pour statuer au principal sur des litiges de droit privé, mais il peut arriver que les juridictions administratives soient appelées à se prononcer sur des litiges mettant en cause des questions de droit privé. Le problème est donc d'identifier parmi ces questions lesquelles ne constituent pas des questions préjudicielles (TC, 23 novembre 1959, *soc. Mayol*, Rec.872, *AJDA* 1960.I.66, note R.P., *RD publ.* 1960.809, note Waline).

Il existe trois cas principaux où il y a certainement question préjudicielle. Le premier est constitué des litiges qui posent à juger l'état des personnes, la nationalité, les droits civiques. Il en est ainsi par exemple des litiges en reversement d'une aide sociale sur les débiteurs d'aliments (CE sect. 1^{er} décembre 1989, Gillet, Rec.242, *AJDA* 1990.335 obs. Prétot, *JCP* 1990.21517 concl. De Guillenschmidt, note Alfandari, la question étant de savoir qui possède cette qualité), ou des recours pour excès de pouvoir contre les arrêtés d'expulsion au motif que le requérant expulsé pourrait être de nationalité française (mais le juge administratif est compétent pour déterminer la nationalité des personnes morales, loi du 9 janvier 1973 et TC, 23 novembre 1959, *soc. Mayol*, préc.).

Le deuxième cas regroupe des litiges qui posent des problèmes de propriété privée, par exemple au cœur des questions de délimitation du domaine public (CE sect., 16 novembre 1960, *Commune du Bugue*, Rec.627, *AJDA* 1960.I.184, chr., *D* 1961.173, concl. Henry; sachant que les problèmes de délimitation du domaine public ressortissent en principe aux juridictions administratives CE, 26 juillet 1991, *Consorts Lecuyer*, Rec.xxx, *AJDA* 1992.92, note Teboul).

Le troisième cas recouvre les questions d'interprétation et de validité des actes privés qui peuvent être directement en cause dans un recours en annulation. Ainsi en est-il des questions de validité des conventions collectives, à l'occasion de leur interprétation ou des recours exercés contre l'arrêté d'extension (CE, 23 décembre 1981, *Féd. gén. des services-livre CFDT*, *RFD adm.* 1986.131, concl. Lasserre, obs. Gaudemet), de l'appréciation de la validité de créances de droit privé (CE, 16 octobre 1987, *Houlard*, Rec.315, *D* 1988.SC.378, obs. Moderne et Bon, *RD publ.* 1988.909), ou de statuts de droit privé (CE sect., 15 juillet 1959, *Féd. fr. de Tir*, Rec.441, recours contre un décret portant reconnaissance d'une association d'utilité publique). Cependant, le juge administratif, à titre exceptionnel, ne considère pas comme question préjudicielle de droit privé l'appréciation de l'existence et de la validité de contrats privés ayant permis la formation d'ententes économiques (interprétation de la loi du 19 juillet 1977 : CE sect., 29 janvier 1992, *Soc. Feodor-France*, Rec.40, *AJDA* 1982.361, chr., *D* 1984.23, note Rainaud et Cristini); de même, il se reconnaît compétent pour apprécier la conformité du règlement intérieur d'une entreprise au Code du travail (CE, 12 juin 1987, *Soc. Gantois*, Rec.208, *AJDA* 1987.462, chr.).

Section II : Les conflits

La compétence des juridictions administratives et judiciaires est régie par des règles assez complexes et des exceptions nombreuses, ainsi qu'en témoignent les chapitres précédents. Aussi le choix du tribunal compétent est-il délicat tant pour les plaideurs que pour les juridictions elles-mêmes lorsqu'elles se trouvent saisies de difficultés de ce type (indépendamment de l'impérialisme de certaines juridictions).

Un juge administratif peut ainsi se reconnaître compétent pour connaître d'un litige dont par une autre voie a été saisi un tribunal judiciaire qui lui aussi se déclare compétent. Un même litige peut être l'objet d'une déclaration d'incompétence des tribunaux des deux ordres de juridiction, laissant ainsi le requérant sans juge. Enfin, les termes de certains jugements peuvent être tels qu'ils aboutissent à une contrariété insoluble sur un point de droit. Pour éviter ces situations de désordre juridique, ces conflits et leur prévention font l'objet d'un traitement spécifique, par un ordre juridictionnel spécial.

§ liminaire. - Le Tribunal des conflits

A partir de la loi du 24 mai 1872 (Titre IV), organisant le Conseil d'État et lui attribuant la justice déléguée, le Tribunal des conflits est l'unique juridiction d'un ordre juridictionnel particulier, celui des conflits. Il ne dispose cependant d'aucun budget, d'aucun personnel (et d'aucun site Internet): il vit aux crochets du Conseil d'État. Son organisation est paritaire. Sous la présidence du ministre de la justice, le Tribunal des conflits se compose de quatre conseillers d'État et de quatre conseillers à la Cour de cassation. Trois des quatre représentants de chaque ordre juridictionnel sont élus par leur juridiction d'origine. Ces trois élus désignent un quatrième. En réalité la présidence effective du Tribunal des conflits est exercée par un vice-président choisi en son sein par ses membres. Le ministre de la Justice ne siège en général qu'en cas de partage, pour le vider, et les cas sont rares (une onzaine de cas en 133 ans : Blanco, Frères des Ecoles chrétiennes, Abbé Brunet, Feutry, Dame Mélinette, Delle Gavillet, Cianelli, Douieb, Préfet de police, Safer de Bourgogne, Madame Laplace). Il pourrait évidemment siéger hors partage, mais il s'en abstient sauf exception (1873 : Dufaure; 1966 : Foyer).

Les cas de conflits sont eux-mêmes assez rares, le Tribunal des conflits n'est saisi que d'une cinquantaine d'affaires par an, qu'il traite en cinq ou six sessions. Mais ces affaires sont d'importance car il ne s'agit ni plus ni moins que d'exercer la fonction de juge suprême de la répartition des compétences.

L'affaire donne lieu à une séance publique où sont entendus les avocats des parties (avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, car leur ministère est obligatoire) et un commissaire du gouvernement (maître des requêtes au Conseil d'État ou avocat général à la Cour de cassation). Les membres du Tribunal des conflits, non récusables, rendent une décision, habituellement qualifiée d'arrêt, absolument insusceptible de recours (ni opposition, ni tierce-opposition, ni même en rectification d'erreur matérielle). Elle est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée. En général, les décisions du Tribunal des conflits sont suivies par les juridictions des deux ordres, et constituent donc une jurisprudence, bien qu'il existe des dissidences passagères (comme sur les réquisitions, où le Tribunal des conflits s'est incliné devant le choix de la Cour de cassation) ou durables (comme en matière d'appréciation de légalité des actes administratifs réglementaires ou non

lorsque pénalement sanctionnés, ils servent de fondement à la poursuite, encore que, sur ce dernier point, le Tribunal des conflits n'ait pas de 1951 à 1994, jugé bon de réitérer sa solution face à la "réponse" de la Chambre criminelle).

Le Tribunal des conflits est ainsi doté de missions fondamentales : le règlement des conflits de compétence (procédure existant depuis l'an VIII, réorganisée par l'ordonnance de 1828, et le décret du 26 octobre 1849); la prévention de la formation des conflits négatifs (depuis 1960); la suppression au fond des dénis de justice (loi du 20 avril 1932). Il serait simpliste de croire que le Tribunal des conflits se limite à se prononcer sur le droit et la procédure suivie. Il porte évidemment une appréciation de fond sur le droit applicable, puisque le fond détermine parfois la compétence (nature du contrat, caractère du service public, qualification d'une voie de fait). Il porte parfois une appréciation de pur fait (responsabilité) qui détermine l'application d'un texte de répartition des compétences (TC, 17 février 1997, *Soc. Groupe immobilier de la vallée de l'Oise*, LPA juillet 1997, n° 15, concl. Arrighi de Casanova). Mais ce qui est sûr, c'est que ces appréciations sont toujours orientées vers un seul but : la détermination de la compétence.

§ 1. - Le règlement des conflits

A. Les conflits positifs

Il y a conflit positif 1°) lorsqu'un préfet s'oppose à un tribunal judiciaire sur le point de savoir si un litige dont ce dernier est saisi ressortit à la compétence de l'ordre judiciaire 2°) lorsqu'un ministre, estimant qu'une affaire pendante devant le Conseil d'Etat n'appartient pas à la compétence de l'ordre administratif, demande son dessaisissement par le Tribunal des conflits.

Cette deuxième hypothèse, prévue par la loi du 3 mars 1849, le décret du 26 octobre 1849 et la loi du 24 mai 1872, n'a jamais été utilisée. Elle ne fera donc pas ici l'objet d'autres développements. On se concentrera donc sur le cas des préfets.

La procédure du conflit positif d'attribution est formaliste parce qu'elle a eu précisément pour but au XIX^{ème} siècle d'éviter que les autorités administratives arguent de la compétence de la juridiction administrative afin de minimiser l'intervention de l'autorité judiciaire. Elle se déroule selon plusieurs étapes, mais ne concerne ni toutes les juridictions, ni toutes les matières.

a) Les étapes de la procédure de conflit positif d'attribution

Première étape : le préfet adresse un déclinatoire de compétence au procureur de la République, qui le transmet au tribunal concerné. Le tribunal est tenu de prononcer un jugement portant spécialement sur sa compétence et le ministère public doit adresser ce jugement dans les cinq jours au préfet. Si le tribunal concerné rejette le déclinatoire de compétence et persiste à se reconnaître compétent, il doit surseoir à statuer pendant un délai de quinze jours de manière à permettre au préfet de choisir la suite à donner à la procédure.

Deuxième étape : si le préfet continue à penser que l'ordre judiciaire n'est pas compétent, il doit prendre dans le délai de quinze jours, un arrêté de conflit motivé. On dit qu'il élève le conflit. Cet arrêté de conflit n'est pas attaquant par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 20 avril 2005, Régie départ. des transports de l'Ain, AJDA 2005.1509, concl.

Aguila). L'arrêté de conflit est adressé, par l'intermédiaire du ministère public, qui doit prendre des réquisitions de prorogation du sursis à statuer, au greffe du tribunal concerné.

S'il arrivait que le Préfet méconnaisse les délais évoqués, le conflit ne pourrait plus être élevé, sauf par exception prévue à l'art. 4 de l'ordonnance, en appel. En revanche, si le juge judiciaire statue à tort à la fois sur la compétence et au fond par un même jugement, le conflit peut être élevé et le jugement sera annulé quelle que soit le sort du conflit.

L'issue du conflit est la suivante. Le Tribunal des conflits doit se prononcer dans les quatre mois à compter de la réception du dossier que lui transmet le ministre de la justice.

Le principe est qu'il sera statué sur le conflit dans un délai de 3 mois à dater de la réception des pièces au ministère de la Justice (art. 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831, tel que modifié par le décret du 15 novembre 1925). MAIS 1°) (art. 12 du décret du 26 octobre 1849) Ce délai est suspendu du 15 août au 15 octobre. Cela peut donc faire cinq mois. 2°) (art. 12 du décret du 26 octobre 1849) Ce délai est compté à partir de la réception des pièces par le ministère, donc en pratique le TC ne dispose pas de tout le délai pour statuer. Il est dit que le dossier complet transmis au ministre de la justice est enregistré immédiatement au secrétariat du TC. Mais dans les cinq jours qui suivent l'ensemble doit être adressé au ministre dans la compétence duquel se situe l'affaire. Ce ministre dispose alors d'une quinzaine pour répondre. Il faut donc décompter vingt jours soit des trois mois, soit des cinq mois. Ce qui peut faire, dans le second cas, à peu près quatre mois. 3°) Pour que le tribunal judiciaire puisse reprendre l'instance en considérant que le TC n'a pas respecté les délais, il doit attendre "l'absence de notification" un mois après l'expiration du délai de trois mois. Ce qui nous mène à quatre mois juste. Car le TC peut évidemment statuer et notifier dans le mois en question. Enfin, s'il faut entrer dans la procédure interne au TC, le rapporteur de l'affaire dispose de 20 jours à compter de la rentrée des pièces (revenant de l'avis du ministre concerné) pour rendre son rapport et le dossier. La formation de jugement du TC dispose donc d'encore moins de temps (3 mois moins quarante jours ou 5 mois moins quarante jours). Cela demande des audiences calculés soigneusement si l'on songe que le TC n'est pas une juridiction permanente et qu'elle est composée de magistrats qui ont une autre activité principale.

Il peut tout d'abord annuler l'arrêté de conflit pour irrégularité (forclusion, défaut de motivation). Le cours de l'instance, suspendu à tort, peut alors reprendre devant le tribunal de l'ordre judiciaire. Le Tribunal des conflits peut ensuite, sur un arrêté de conflit régulier, examinant la question de compétence, ne pas reconnaître le bien-fondé du déclinatoire de compétence : l'arrêté de conflit est alors annulé et l'instance reprend son cours - ou au contraire reconnaître ce bien-fondé : dans ce cas, le jugement du tribunal rejetant le déclinatoire est annulé par le Tribunal des conflits, et le tribunal judiciaire est dessaisi.

b) Les juridictions concernées

L'élévation du conflit est possible devant toutes les juridictions judiciaires, sauf devant la Cour de cassation. Elle est possible devant ces juridictions statuant en référé, y compris devant les juridictions d'instruction (juge ou chambre d'accusation), et tant que l'instance n'a pas pris fin (y compris après la clôture des débats) par le prononcé d'un jugement définitif sur la compétence ou au fond. En ce qui concerne l'appel, soit parce que le jugement rendu sur le déclinatoire a été frappé d'appel par une partie, soit parce que l'arrêté de conflit est intervenu en première instance après le délai de quinze jours (ord. de 1828, art. 4), soit parce que les premiers juges ne se sont pas définitivement prononcés sur la compétence.

3. Les matières où la procédure de conflit peut être mise en œuvre.

En matière civile, c'est-à-dire devant toute juridiction statuant en matière civile, le conflit positif peut toujours être élevé. Deux exceptions sont à signaler. La première est celle de l'article 136 du Code de procédure pénale, qui interdit que le conflit soit élevé dans les instances mettant en cause une personne publique ou ses agents pour atteinte à la liberté individuelle (pleinement appliquée si on en croit les concl. sur TC 12 mai 1997, Préfet de Police). La seconde exception provient de la jurisprudence : le conflit ne peut pas être élevé sur l'action civile dont on saisirait une juridiction d'instruction, au motif réel mais sans rapport avec la question à mon avis, que ces juridictions ne se prononcent pas sur ces actions (TC, 6 octobre 1989, *Mme Laplace*, Rec.295, *AJDA* 1989.768, chr., *RD publ.* 1990.573, concl. contr. et partage).

Au contraire, en matière pénale, le principe est que le conflit ne peut pas être élevé. Ce principe est absolu relativement aux crimes (Ord. 1828, art. 1er). Il connaît deux exceptions

en matière correctionnelle et contraventionnelle. La première, où le conflit peut donc être élevé, est constituée par les affaires où un tribunal judiciaire serait saisi de poursuites dont le jugement appartient à la juridiction administrative (contraventions de grande voirie). La seconde exception est constituée par les cas où le juge judiciaire statuant en matière pénale devrait détecter une des rares questions préjudicielles encore envisageable : il est alors possible d'élever le conflit sur la question préjudicielle.

B. Les conflits négatifs

Il y a conflit négatif lorsque saisis de la même question successivement, la juridiction administrative et la juridiction judiciaire se sont toutes deux, successivement, déclarées incompétentes.

Le conflit négatif est avéré par la réunion de trois conditions. Il faut tout d'abord que la juridiction administrative et la juridiction judiciaire ait été saisies du même litige, c'est-à-dire d'un litige caractérisé par les mêmes parties, le même objet et la même cause juridique (C. civ., art. 1351, appréciation de plus en plus souple de la part du TC). Il faut ensuite qu'un tribunal de chaque juridiction ait implicitement ou explicitement rendu une décision juridictionnelle comportant l'incompétence de son ordre de juridiction. Il faut enfin que l'une des deux décisions d'incompétence soit l'effet d'une erreur, c'est-à-dire que l'incompétence ne provienne pas du fait que le litige porte sur un acte insusceptible de recours ou seulement susceptible d'un recours relevant du Conseil constitutionnel.

Dans le cas où le conflit négatif est concrétisé, conditions réunies et décisions juridictionnelles notifiées, le requérant, représenté par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, doit saisir le Tribunal des conflits. Celui-ci annule alors obligatoirement le jugement d'incompétence de l'ordre de juridiction ayant commis l'erreur d'appréciation, et renvoie les parties devant la juridiction qui avait prononcé ce jugement (TC, 21 janvier 1985, *Hospice de Châteauneuf-du-Pape*, RD publ. 1985.1357, note Drago, RFD adm. 1985.716, note Denoix de Saint-Marc).

Il existe une variété de conflit "équivalente" à un conflit négatif qui ne nécessite pas d'action du requérant. C'est le cas dans lequel une juridiction administrative s'est déclarée incompétente et, où devant le tribunal judiciaire saisi ensuite, le préfet décide d'élever le conflit. Si le Tribunal des conflits confirme l'arrêté de conflit du préfet, c'est-à-dire considère la juridiction judiciaire comme incompétente, il y en fait conflit négatif. Mais dans ces cas, le Tribunal des conflits annule par le même arrêt la décision erronée de la juridiction administrative et renvoie les parties à s'y pourvoir (TC, 13 février 1961, *Société Bourgogne-Bois*, Rec.865).

§ 2. - La prévention des conflits et des divergences de jugement

A. Prévention du conflit négatif

Plus économe de temps que le règlement des conflits avérés, la prévention du conflit négatif est prévue par le décret du 25 juillet 1960 (devenu art. R. 771-1 CJA). Le mécanisme en est simple. Après un premier jugement d'incompétence rendu par un tribunal de l'un ou

l'autre ordre de juridiction, le second tribunal saisi, s'il pense s'acheminer à son tour vers l'affirmation de son incompétence et s'il constate que les conditions du conflit négatif sont réunies, peut ne pas rendre un jugement d'incompétence lorsque le premier jugement n'est plus susceptible de recours. Dans cette hypothèse, il renvoie lui-même l'affaire au Tribunal des conflits pour voir trancher la question de compétence (CAA Bordeaux, 23 novembre 1993, *Commune d'Encourtiech*, *AJDA* 1994.158). Selon le cas, le Tribunal des conflits annulera le premier jugement d'incompétence ou le second lui renvoyant l'affaire et renverra les parties devant la juridiction concernée. Cette procédure de prévention fonctionne si bien qu'elle a presque éliminé les cas de conflit négatif avéré.

B. Prévention de tous types de divergence de jugement

Il s'agit d'une procédure préventive qui ne concerne que les Cours suprêmes de chaque ordre de juridiction. Provenant du décret du 25 juillet 1960 (devenu art. R. 771-2 CJA), elle permet au Conseil d'État et à la Cour de cassation de renvoyer au Tribunal des conflits les questions de compétence "soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires". Cette procédure préventive est effectivement utilisée (entre 4 et 12 cas par an) et permet aux cours suprêmes d'éviter de donner des solutions non concertées sur certaines difficultés de compétence révélées tardivement, ou qui n'avaient pas été posées par les requérants ou le préfet (notamment en raison de l'impossibilité d'élever le conflit devant la Cour de cassation et de la désuétude de la procédure de revendication par les ministres devant le Conseil d'État).

Sa mise en œuvre est souveraine pour chaque Cour, ce qui signifie que cette procédure peut être employée pour toute difficulté sérieuse de compétence, quel que soit son aboutissement potentiel (conflit positif, négatif, déni de justice, ou simple incertitude).

§ 3. - La suppression au fond des dénis de justice

Il ne s'agit pas à proprement parler d'un conflit, ni même d'une simple difficulté de compétence. L'existence d'un déni de justice peut être pourtant être la conséquence de l'existence même du dualisme juridictionnel. Le traitement de ces cas est confié au Tribunal des conflits et c'est à ce titre qu'il est étudié ici.

Il peut arriver, rarement, qu'interviennent successivement des jugements de rejet au fond émanant de l'un et de l'autre ordre de juridiction, alors même que les tribunaux administratifs et judiciaires étaient, sans nul doute, tous deux compétents. Lorsque ces jugements sont inconciliables, c'est-à-dire qu'ils comprennent une contrariété absolue, il y a déni de justice.

Pour résoudre ces contrariétés, la loi du 20 avril 1932 dispose que le Tribunal des conflits pourra juger lui-même au fond les affaires ainsi frappées d'un déni de justice. Les conditions d'application de la loi de 1932 sont au nombre de trois. Il faut tout d'abord que les demandes rejetées au fond par les deux ordres de juridiction aient le même objet. Il faut ensuite que les deux rejets au fond soient inconciliables, qu'ils présentent une contradiction conduisant à un déni de justice, c'est-à-dire qu'ils mettent le demandeur dans l'impossibilité d'obtenir une satisfaction à laquelle il a droit, à la suite de la contradiction logique entre les appréciations des deux ordres de juridiction soit sur les éléments de fait, soit en fonction d'affirmations juridiques contradictoires (TC, 14 février 2000, *Ratinet*, *Dr. adm.* 2000, obs. Esper, *RFD adm.* 2000.1232, note Pouyaud). Il va sans dire que ces conditions sont rarement réunies (TC, 30 avr. 2001, Cohen et Ferry, *Dr. adm.* 2001, n° 242). Cette

contrariété peut aussi bien porter sur l'appréciation des éléments de faits que sur des affirmations juridiques. Enfin, le recours au Tribunal des conflits contre le dernier jugement ou arrêt devenu définitif doit être introduit dans les deux mois.

L'exemple d'application traditionnellement cité est celui de l'affaire Rosay parce qu'elle a provoqué le vote de la loi de 1932 spécialement rendue rétroactive pour s'y appliquer. Monsieur Rosay était passager d'une voiture privée qui eut à subir une collision avec un véhicule militaire. L'action en dommages et intérêts devant les tribunaux civils fut rejetée au fond, la cour d'appel estimant que la faute était imputable au chauffeur du véhicule militaire. L'action en dommages et intérêts intentée contre l'Etat (régime antérieur à la loi 31 décembre 1957) fut rejetée au fond par le Conseil d'État au motif que l'accident était imputable au chauffeur du véhicule privé. La première affaire sur laquelle le Tribunal des conflits eut à se prononcer fut donc celle-là, il y rendit d'ailleurs un jugement de Salomon (TC, 8 mai 1933, *Rosay*, Rec.1236, *Dh* 1933.336, *S* 1933.3.117, partage des responsabilités pour moitié). Les cas de déni de justice sont rares, un tous les vingt ans en moyenne. Les derniers cas avérés apparaissent dans TC, 14 février 2000, Ratinet, préc. et TC, 2 juillet 1979, *Caisse primaire d'assurance-maladie de Béziers*, Rec.569). Il convient à cet égard de souligner que la contrariété de jugements est le plus souvent difficile à caractériser (TC 19 mars 1991, *Ép. Dufal*, *RFD adm.* 1991.830, note Pacteau).

Deuxième Partie : Le droit administratif, fondement du contrôle de l'action administrative

L'activité des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'un service public, une fois délimitée par la qualité des personnes, les modes et les domaines d'intervention, fait l'objet d'un contrôle, confié à une organisation juridictionnelle qui a déjà été étudiée. Il reste à se poser les questions de savoir comment le contrôle est exercé, et au regard de quoi l'activité des personnes publiques et des personnes privées chargées de la gestion d'un service public est contrôlée.

Ces deux questions nécessitent que l'on sépare clairement ce qui tient de la théorie juridique, et ce qui relève de la pratique du contrôle. Aussi un premier chapitre est consacré à ce que le juge entend par principe de légalité, un deuxième chapitre étudiera les sources de la légalité, c'est-à-dire les éléments constitutifs de la légalité objective. Le dernier chapitre précisera les modalités du contrôle, par les juridictions, du respect du principe de légalité.

Chapitre 1 : Principe de légalité et étendue du contrôle du juge

La réponse la plus claire qu'on puisse donner est que l'activité administrative doit être conforme au droit objectif. C'est ce principe que l'on désigne de manière classique sous l'appellation de "principe de légalité". En réalité, en disant cela, on ne dit rien de plus que ce qui est applicable à l'ensemble des systèmes juridiques, à savoir que le droit est édicté pour être respecté. Il n'y a, dans le principe, aucune spécificité du droit administratif par rapport à d'autres branches du droit.

Le principe de légalité a acquis en droit administratif une valeur toute particulière, non pas en raison d'une prétendue spécificité de contenu, mais parce qu'il traduit à la fois un idéal démocratique profondément ancré dans la culture juridique française, la soumission de tout pouvoir public au droit, et le manque de fondements textuels permettant de fonder originairement la légitimité du juge administratif.

Quelle légalité ?

Il faut, d'une part, se garder d'une erreur commune qui consisterait à assimiler principe de légalité et contentieux de la légalité. En effet, le principe de légalité s'applique à toute activité administrative des personnes publiques ou des personnes privées chargées de la gestion d'un service public, y compris aux rapports contractuels, y compris aux conséquences nées de cette action lorsqu'elles sont de nature à engager la responsabilité d'une personne publique. Remis à sa juste place, qui est en réalité la plus élevée du droit administratif parce qu'il touche au fonctionnement profond du droit, le principe de légalité oblige à s'interroger sur les sources de la légalité qui encadrent l'activité administrative. Il ne s'agit ni plus ni moins que de la question des sources du droit administratif.

Quel respect ?

D'autre part, il n'est pas toujours simple d'apprécier la conformité au droit objectif d'un élément de l'action administrative. Ainsi, un acte administratif ne se borne pas à répéter, à décrire une norme supérieure. Il ajoute à l'ordonnancement juridique. L'obligation de conformité consiste en ce que cet ajout ne produise pas des normes inférieures contraires aux normes supérieures. Il s'agit en fait d'une obligation de non-contradiction plutôt que de conformité. Il peut arriver aussi qu'une autorité administrative, étant compétente dans un domaine où il existe peu de normes supérieures, édicte une norme qui coexiste ou qui soit seulement compatible avec l'ensemble des normes supérieures sans en traduire aucunement l'application.

On peut rappeler à cet égard qu'une autorité administrative, comme toute autorité normative peut modifier elle-même les normes qu'elle a déjà édictées, à condition qu'aucune norme supérieure ne le lui interdise. Comme en matière contractuelle dans le droit privé ce que les parties ont fait, elles peuvent le défaire, ce que l'autorité administrative a édicté unilatéralement, elle peut le modifier unilatéralement. Cependant, tant qu'elles n'ont pas été modifiées dans les formes prescrites, les normes édictées par une autorité administrative s'imposent à celle-ci (*Tu patere legem quam ipse fecisti* : CE, 28 avril 1948, *Tracon*, Rec.179). De même, lorsqu'il s'agit de prendre un second règlement en application d'un premier, même de valeur identique, l'auteur de ces deux normes doit se conformer à la première, qu'il a pourtant édictée lui-même (CE ass., 19 mai 1983, *Club sportif de la Fève*, Rec.204, *AJDA* 1983.426, concl. Genevois). Enfin, la hiérarchie formelle

des autorités ne l'emporte pas sur la répartition légale des compétences matérielles entre autorités administratives. Ainsi, un ministre peut être tenu de se conformer à des arrêtés municipaux (CE, 3 juillet 1931, *Ville de Clamart*, *Db* 1931.478, *S* 1932.3.1, note Bonnard).

Quelle sanction ?

Lorsque, malgré la préoccupation incessante et la crainte révérencielle des autorités administratives, des actes administratifs ne sont pas conformes au droit objectif supérieur, le vice qui les entache entraîne deux types de conséquences : l'illégalité et l'inexistence.

L'inexistence juridique est normalement la conséquence de l'illégalité constatée. Un acte administratif contraire aux normes supérieures qu'il était censé respecter est annulé par le juge administratif. Cette annulation emporte nullité absolue, c'est-à-dire rétroactive, l'acte est donc anéanti, il n'a plus d'existence. Il peut cependant arriver que l'inexistence précède l'intervention du juge administratif.

C'est le cas en raison de la gravité des vices qui entachent la décision. En présence de vices gravissimes, l'acte est déclaré nul et non avenue, c'est-à-dire que le juge ne fait que constater une inexistence préalable. Les conséquences de cette qualification d'acte inexistant sont triples. D'abord, la décision en question peut être déférée à la juridiction administrative, pour qu'elle reconnaisse cette inexistence, à toute époque, sans condition de délai. Ensuite une décision inexistante n'étant pas une décision, elle ne saurait conférer de droits, et peut être retirée par l'autorité administrative à tout moment. Enfin, un acte qui n'existe pas échappe à toute qualification quant à sa nature administrative ou de droit privé, donc la juridiction judiciaire peut aussi bien que la juridiction administrative reconnaître cette inexistence.

La question qui se pose est de savoir dans quels cas une décision doit être considérée comme inexistante. Le premier cas, relativement simple à régler parce qu'il ne pose évidemment pas le problème de légalité, est celui de l'inexistence matérielle. Une décision dont on ne peut pas apporter la preuve est qualifiée de matériellement inexistante (CE sect., 26 janvier 1951, *Galy*, *Rec.*46, *S* 1951.3.52, concl. Odent). Une décision implicite d'acceptation dont les conditions ne sont en fait pas réunies est réputée ne pas être intervenue (CE sect., 4 juin 1982, *Hensel*, *Rec.*213, *D* 1983.260, note Moderne, *Dr. soc.* 1982.641, concl. Stirn). Un cas intermédiaire est celui où la décision est présentée par une autorité administrative comme émanant d'une autre autorité compétente alors que c'est elle qui l'a en fait édictée (CE, 9 mai 1990, *Commune de Lavaur*, *Rec.*115, *D* 1991.SC.135, obs. Llorens et Soler-Couteaux, *RFD adm.* 1990.467).

Le second cas d'inexistence est l'inexistence juridique. Mais il n'y a pas alors de critère... juridique. L'idée directrice est que l'acte doit être entaché de vices particulièrement graves, mais il ne s'agit pas là d'un critère. Le juge administratif décide, cas par cas, s'il y a lieu d'avoir recours à la notion d'inexistence juridique, pour éviter par exemple que l'application des délais de recours rende inattaquable par voie d'action des décisions manifestement illégales. On peut ainsi tenter une typologie des inexisterances. Sont juridiquement inexistantes les actes manifestement insusceptibles de se rattacher à un quelconque pouvoir appartenant à une autorité administrative : c'est l'hypothèse de la voie de fait (TC, 27 juin 1966, *Guignon*, *Rec.*830, *JCP* 1967.15135, concl. Lindon, *AJDA* 1966.547, note de Laubadère, *D* 1968.7, note Douence; CE 13 juillet 1966, *Guignon*, *Rec.*476, *D* 1969.669, note Bertrand, l'inexistence permet à l'un ou l'autre ordre juridictionnel de reconnaître l'acte nul et non avenue). Mais on peut citer aussi les décisions émanant d'organismes dépourvus d'existence légale (CE, 9 novembre 1983, *Saerens*, *Rec.*453), celles qui constituent une immixtion de l'autorité administrative dans l'exercice de la fonction juridictionnelle (CE ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*, *Rec.*355, concl. Gazier, *AJDA* 1958.2.91, chr., *D* 1958.152, note P.W.), les nominations pour ordre, c'est-à-dire des nominations fictives dans une fonction publique pour permettre l'accès à d'autres emplois ou l'octroi d'avantages indus (CE ass., 15 mai

1981, *Maurice*, Rec.221, *AJDA* 1982.86, concl. Bacquet, *D* 1982.147, note Blondel et Julien-Laferrière).

Mis à part ces cas exceptionnels, l'illégalité est le plus souvent le simple reflet d'une contradiction entre la décision administrative et le droit objectif. Dans ce cas, l'illégalité est déclarée *erga omnes*. Lorsqu'un acte administratif est déclaré illégal par le juge administratif, même à l'occasion d'une autre instance, il doit être écarté par toute autorité, y compris le juge civil (Cass. soc., 7 décembre 1993, *JCP* 1994, II, 22245, note P. Waquet).

Pour faire reconnaître cette illégalité, le requérant dispose de deux moyens : le recours pour excès de pouvoir et l'exception d'illégalité. L'exception d'illégalité peut d'ailleurs être soulevée devant la juridiction administrative comme devant la juridiction judiciaire. Pour la juridiction administrative, l'exception d'illégalité n'est jamais une question préjudicielle (l'exception de l'illégalité d'un décret peut être jugée par un tribunal administratif, alors que le recours pour excès de pouvoir contre cet acte relève du Conseil d'État. Devant les juridictions judiciaires, l'exception d'illégalité peut dans certains cas constituer une question préjudicielle (Cf. supra 2ème partie, chap. 3). Mais pour apprécier la violation du principe de légalité par une décision administrative, il faut connaître le droit objectif et la hiérarchie de ses normes constitutives.

Section I : Le pouvoir discrétionnaire de l'auteur de l'acte

Les moyens juridiques par lesquels un requérant peut contester la légalité des actes administratifs ont été exposés, mais elles ne sont pas toujours tous examinés par le juge de la même manière. Il arrive en effet, que le juge administratif ne se reconnaisse pas le pouvoir de statuer sur certains de ces moyens, ou qu'il n'exerce pas son contrôle sur un type de moyen avec le même degré de détail. Les modalités du contrôle juridictionnel de la légalité qui ont été posées sont variables. Elles dépendent d'une part de l'étendue même des pouvoirs de l'auteur de l'acte. Elles sont conditionnées d'autre part par une autolimitation du juge administratif soit en raison des matières, soit en raison des libertés mises en cause par l'acte contesté.

§ 1. - Le pouvoir discrétionnaire limité par la compétence liée

L'expression pouvoir discrétionnaire, apparue dans la théorie juridique dans les années 1920, a été consacrée par la jurisprudence (Pour un exemple récent, CE, 26 juin 1985, *Assoc. trinitaine de défense de la pêche à pied*, Rec.207, *RFD adm.* 1987.40, concl. Denoix de Saint-Marc). Il y a pouvoir discrétionnaire lorsque, en présence de circonstances de fait données, l'autorité administrative possède le choix entre plusieurs décisions toutes conformes au droit en vigueur, sans qu'elle soit tenue en aucune manière d'en privilégier une. Par exemple, lorsque dans un régime légal d'autorisation un particulier sollicite de l'autorité administrative une autorisation, l'autorité administrative compétente peut la lui accorder, la lui refuser, ou l'assortir de sujétions à condition que ces dernières soient prévues par les textes. Une autorité administrative peut ou non hâter l'avancement d'échelon d'un fonctionnaire (CE, 31 juillet 1992, *Commune de Saint-Gratien*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.66, obs. Fitte-Duval). Ou encore, lorsque le gouvernement est habilité par la loi à prendre des décrets statutaires concernant certains corps de fonctionnaires territoriaux, il est libre de fixer l'échelonnement indiciaire de ces corps en équivalence totale par rapport aux corps comparables de fonctionnaires d'État ou de ne pas le faire.

Il y a compétence liée au contraire, lorsque l'autorité administrative, en présence de certaines circonstances de fait est tenue par les textes de prendre une décision prédéterminée. Elle ne dispose d'aucune marge de manœuvre, d'aucune liberté de choix. Ainsi, cas le plus connu, le préfet est tenu de délivrer le récépissé d'une déclaration d'association, même si cette association est susceptible de faire à court terme l'objet d'une mesure ultérieure de dissolution (TA Paris, 25 janvier 1971, *Dame de Beauvoir*, *AJDA* 1971.229). De même, toute autorité administrative compétente est tenue d'accepter une demande de retrait d'un acte illégal non définitif (CE sect., 11 juin 1982, *Plottet*, Rec.217; CE, 10 février 1992, *Roques*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1992.841, concl. Laroque), ou de radier des cadres de la fonction publique, les fonctionnaires qui ont atteint la limite d'âge (CE sect., 18 juin 1965, *Bellet*, Rec.370). On pourrait dire que, lorsque les conditions textuelles sont réunies, le particulier demandeur est détenteur d'un droit subjectif à obtenir l'acte qu'il sollicite.

La reconnaissance par le juge d'une compétence liée entraîne des conséquences pour le moins étonnantes : les moyens utilisés pour contester la légalité interne ou externe des actes pris dans ces cas sont considérés comme inopérants par le juge. Il apparaît inutile d'annuler

une mesure qui devra de toute manière être prise (CE sect., 3 février 1999, *Montaignac*, *AJDA* 1999.631, chron.). La compétence liée est en quelque sorte, en elle-même, un moyen déterminant que le juge administratif substitue dans tous les cas d'illégalité même les plus graves (CE, 2 octobre 1970, *Gaillard*, Rec.553, *AJDA* 1971.172 -incompétence-; CE, 5 février 1990, *SCI Les Terrasses de l'Estuaire*, *JCP* 1991.21596, note Lefondré -détournement de pouvoir-).

L'état normal du droit est tout de même que les autorités administratives possèdent un pouvoir discrétionnaire de principe et que ce principe ne connaît de limite textuelle que si l'on met en évidence une compétence liée. L'ensemble des institutions administratives est en effet conçu pour agir et pour adapter l'évolution sociale aux contraintes de l'environnement, et non pour produire des actes comme une imprimante délivre des pages.

§ 2. - Le pouvoir discrétionnaire limité par le juge

La notion de pouvoir discrétionnaire est étroitement liée au principe de légalité. En effet, les autorités administratives ne peuvent agir que dans le respect du principe de légalité, mais dans ce contexte elles doivent pouvoir exercer pleinement leurs compétences. De ce fait il n'est pas possible de soutenir que le pouvoir discrétionnaire constitue une limite du principe de légalité (Plan du Traité De Laubadère). C'est le principe de légalité qui s'impose tout d'abord, ensuite seulement le juge détermine le degré de précision de son contrôle de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Il ne faut pas croire que le pouvoir discrétionnaire se traduise par des actes discrétionnaires, terme utilisé par la jurisprudence du XIX^{ème} siècle pour exclure certains actes de tout examen contentieux au fond, car cette catégorie d'actes a disparu depuis le début du XX^{ème} siècle (CE, 31 janvier 1902, *Grazzetti*, Rec.55). Il ne faut pas croire non plus que l'expression pouvoir discrétionnaire traduise pour l'autorité administrative la possibilité de prendre des mesures totalement irréalistes, dénuées de fondement, profondément inégalitaires. Pouvoir discrétionnaire n'est pas synonyme de pouvoir arbitraire. D'une part, l'autorité administrative est toujours liée par le droit, ce qui garantit la sanction de toute violation du principe d'égalité, de tout défaut de base légale. D'autre part, le juge contrôle les disproportions manifestes (*Cf. infra*). Il n'en demeure pas moins que la notion de pouvoir discrétionnaire garantit aux autorités administratives l'exercice normal des compétences qu'elles tiennent des normes supérieures.

Tout d'abord, il faut évoquer un contrôle positif exercé par le juge. Le pouvoir discrétionnaire est protégé par le juge administratif. Lorsqu'une autorité administrative se croit obligée de prendre une décision donnée alors qu'elle n'y était pas tenue, il s'agit d'une cause d'illégalité car elle commet une erreur de droit (CE, Sect., 18 avril 1958, *Guern*, Rec.214). Dans d'autres hypothèses, l'autorité administrative se dispense d'examiner les dossiers et se retranche derrière l'application automatique d'un texte de portée générale, pour prendre une décision exclusivement fondée sur la règle, à l'exclusion de faits tirés du dossier. Dans ce cas aussi, il y a illégalité pour violation du principe de l'examen individuel de chaque affaire ou examen particulier des circonstances (CE, 15 juin 1951, *Galetzky*, Rec.337), le juge administratif estime donc que l'autorité administrative est tenue d'exercer pleinement son pouvoir discrétionnaire en acceptant l'existence de plusieurs décisions possibles et en en choisissant une.

Mais le contrôle juridictionnel est aussi susceptible de s'appliquer pour vérifier que l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'a pas fait l'objet d'irrégularités. Il ne s'agit pas de contrôler le pouvoir discrétionnaire lui-même, ni d'exercer une appréciation de

l'opportunité de la mesure, mais de vérifier les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire dans l'examen des motifs de l'acte.

Ainsi, chaque fois que le juge contrôle les motifs de l'acte, il peut modifier l'étendue du domaine d'exercice du pouvoir discrétionnaire. Soit l'hypothèse d'une loi qui subordonne une activité privée à la délivrance d'une autorisation administrative sans préciser les conditions d'octroi de cette autorisation. On peut en déduire que l'autorité administrative compétente dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour la délivrer. Mais si à l'occasion d'un recours contentieux, le juge se livre à une interprétation de la loi, motivée par un contrôle de l'erreur de droit, il peut interpréter la loi (par exemple à la lumière des travaux préparatoires) comme limitant les possibilités de refus à seulement certaines conditions. Ce faisant, le juge administratif diminue le domaine du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, qui ne s'exercera que dans les conditions fixées, les autres étant juridiquement exclues. Il s'agit à n'en pas douter pour le juge de protéger les libertés publiques, le principe étant en ce domaine que les activités privées sont libres et que les régimes limitatifs des libertés publiques doivent s'interpréter strictement (CE, 9 juillet 1943, *Tabouret*, Rec.182, D 1945.163, note Morange). Le même phénomène peut se produire lorsque le juge contrôle l'erreur de qualification juridique des faits : son interprétation s'impose à l'autorité administrative qui n'est pas limitée dans son pouvoir discrétionnaire (elle peut continuer à exercer le choix qui lui semble opportun entre différentes décisions), mais qui est contrainte dans la qualification qu'il faut juridiquement donner aux faits qui fondent sa décision.

Section II : L'étendue du contrôle du juge

Les qualifications données par les juristes contemporains des différentes modalités du contrôle du juge sont très variables. On peut les désigner par des termes imagés et les regrouper de manière distincte, il n'en demeure pas moins que ce qui importe est le contenu du contrôle effectivement exercé, c'est-à-dire l'énoncé des moyens d'illégalité que le juge administratif accepte d'examiner dans chaque situation. Certains auteurs évoquent le contrôle réduit, super réduit (comme les taux de TVA), minimum, minimal, restreint, normal, étendu, maximal. Il a paru commode de les synthétiser en quatre cas assez typiques, mais d'autres solutions demeurent possibles.

§ 1. - Contrôle minimal

Le contrôle minimal est celui qu'exerce le juge administratif dans les cas où il n'entend pas approcher, en quelque manière que ce soit, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative. Il n'y a là aucune nécessité juridique, mais une autolimitation du juge qui, dans sa politique jurisprudentielle, ne souhaite pas donner prise à des critiques en termes de pouvoir et de rapports institutionnels. Dans cette hypothèse, le juge contrôle le détournement de pouvoir, l'erreur de fait, et l'erreur de droit.

C'est la forme de contrôle la plus ancienne du juge administratif, ces trois types de moyens ont donc toujours été examinés par le juge jusqu'à ce que dans les années 1960, elle soit étendue grâce à l'adjonction du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Les actes qui font l'objet d'un contrôle minimal ne se prêtent guère à une typologie, puisqu'ils traduisent une préoccupation pragmatique du juge administratif et une appréciation, par définition fluctuante, de ses rapports avec les autorités administratives. Les types les plus clairs sont les suivants. Sont susceptibles de faire l'objet du seul contrôle minimal :

1. Le choix par une autorité administrative du mode de gestion du service public dont elle est responsable (CE, 28 juin 1989, *Synd. du personnel des ind. électriques et gazières du centre de Grenoble*, RFD adm. 1989.929, concl. Guillaume, note Lachaume; CE, 18 mars 1988, *Loupias*, Rec.975, RD publ. 1988.1460, Dr. adm. 1988.289). En revanche, le choix du gestionnaire doit maintenant respecter les règles nombreuses fixées par la loi du 29 janvier 1993 (contrairement à l'ancien principe jurisprudentiel, CE ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, RD publ. 1986.847, concl. Dutheillet de Lamothe; AJDA 1986.284, chr.; RFD adm. 1987.2, notes Delvolvé et Moderne; JCP 1986.20617, note M. Guibal), ce qui laisse présager d'une évolution de la jurisprudence. Il faut ajouter que, lorsque le service public est en régie, le recours à certains types de personnels, c'est-à-dire la fondation ou la suppression de corps de la fonction publique, n'est susceptible que d'un contrôle minimal (CE, 2 mars 1988, *Assoc. nat. des assistants*, Rec.105). Néanmoins, un avis du Conseil d'Etat (CE avis, 18 novembre 1993, *Transformation de France Télécom*, EDCE 1994.320) peut aussi laisser prévoir une évolution sur ce point. Cette solution de principe est destinée à rappeler que les personnes publiques conservent la maîtrise stratégique des services publics dont elles ont la charge. Il n'est pas certain qu'il soit nécessaire, dans ce cadre, de laisser subsister dans l'ordre juridique des erreurs excessives.

2. Certains actes pris par une autorité administrative gouvernementale lorsqu'ils expriment un choix politique. Il en est ainsi de solutions concernant l'aménagement du territoire (CE

ass., 20 octobre 1972, *SCI Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec.657, concl. Morisot, *AJDA* 1972.576, chr., choix d'un tracé d'autoroute; et CE, 3 décembre 1990, *Ville d'Amiens*, Rec.344, choix d'un tracé de voie ferrée). Cette jurisprudence est susceptible d'évoluer, car le juge administratif a admis récemment de contrôler l'erreur manifeste d'appréciation dans des circonstances analogues (CE, 16 janvier 1991, *Féd. nat. d'usagers des transports*, Rec.14, *AJDA* 1991.924, note Broussole, choix de supprimer des dessertes ferroviaires). On peut y ajouter le choix, parmi les organisations représentatives nationales, de celles qui auront à siéger dans une commission ou un organisme consultatif (CE, 11 avril 1986, *Féd. gén. agro-alimentaire CFDT*, Rec.92, *AJDA* 1987.132), la décision de rendre public un rapport commandé par une autorité politique (CE sect., 21 octobre 1988, *Église de Scientologie de Paris*, Rec.354, *AJDA* 1988.719, chr.).

3. Les appréciations portées par les jurys d'examen et concours sur les mérites des candidats (CE, 20 mars 1987, *Gambus*, Rec.100, *AJDA* 1987.550, note Prétot), ou dans le même genre l'appréciation des juges-arbitres sportifs sur les performances (CE sect., 25 janvier 1991, *Vigier*, Rec.29, *AJDA* 1991.389, concl. Leroy, *D* 1991.611, note Doumbé-Billé), l'appréciation des mérites des récipiendaires d'une décoration (CE, 10 décembre 1986, *Loredon*, Rec.526, *AJDA* 1987.132). Ouvrir le contrôle ne serait pas impossible à condition qu'il ne se transforme pas en contrôle normal, mais le juge administratif demeure assez strict (CE, 22 juin 1994, *Lagan*, Rec.326).

Enfin, il existe une série de solutions particulières qu'il n'est pas possible de détailler ici (Cf. Cours de contentieux administratif).

Pour conclure sur le contrôle minimal, il faut souhaiter que les subtilités de la jurisprudence ne continuent pas à faire apparaître de nouvelles solutions particulières car il n'est justifié par aucune contrainte juridique externe et aucune raison intrinsèque n'explique que l'on tolère des erreurs manifestes, c'est-à-dire des violations du droit qui apparaissent même aux yeux des non-spécialistes.

§ 2. - Contrôle restreint

Le contrôle restreint regroupe les cas dans lesquels le juge administratif accepte de faire porter son contrôle sur le détournement de pouvoir, l'erreur de fait, l'erreur de droit, et l'erreur manifeste d'appréciation. C'est la définition usuelle qu'il en donne : la décision de l'autorité administrative dans l'exercice de son appréciation d'opportunité « ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir » (CE sect., 25 avril 1980, *Institut technique de Dunkerque*, Rec.196, *AJDA* 1980.591, concl. Théry, *D* 1980.481, note Kerninon). Le contenu du contrôle restreint est donc celui du contrôle minimal auquel s'ajoute le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Cela signifie que le juge administratif accepte d'entrer dans le domaine de la qualification juridique des faits, mais que, dans ce domaine, son contrôle se limite aux erreurs manifestes de qualification.

La question est donc maintenant de savoir ce que le juge administratif entend par erreur manifeste d'appréciation. A partir des années 1960, apparaît dans les arrêts du Conseil d'État l'exigence que l'autorité administrative ne prenne pas ses décisions sur la base de faits manifestement erronés (CE sect., 15 février 1961, *Lagrange*, Rec.121, *AJDA* 1961.200, chr., erreur manifeste d'appréciation d'une équivalence entre emplois publics; aujourd'hui contrôle normal CE, 29 avril 1994, *Cougrand*, Rec.219). Or, le fait le plus important est que la jurisprudence a rapidement étendu les domaines d'exercice du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à tel point qu'elle accompagne toujours en principe celui de

l'erreur de fait, de droit et le détournement de pouvoir. Sont ainsi contrôlés des domaines où traditionnellement, le juge administratif se refusait à dépasser le contrôle minimal :

1. Dans les contentieux relatifs à la gestion de la fonction publique : la détermination des sanctions disciplinaires dans la fonction publique (CE sect., 9 juin 1978, *Lebon*, Rec.245, *AJDA* 1978.573, concl. Genevois, note Salon, *D* 1979.30, note Pacteau, *JCP* 1979.19159, note Rials, *Rev. adm.* 1978.634, note Moderne, *RD publ.* 1979.227, note Auby ; CE, 1^{er} févr. 2006, Touzard); les décisions de notation des fonctionnaires (CE sect., 26 octobre 1979, *Leca*, Rec.397, *AJDA* 1979.12.44, concl. Massot, *D* 1980.290, note Vlachos); les nominations au tour extérieur dans les grands corps (CE ass., 16 décembre 1988, *Assoc. des administrateurs civils*, Rec.449, concl. Vigouroux, *AJDA* 1989.102, chr., *RFD adm.* 1989.522, concl., note Baldous et Négrin).

2. Dans les contentieux relatifs à l'urbanisme : les décisions définissant le contenu des documents d'urbanisme (CE, 19 octobre 1979, *Assoc. du pays de Rhuy*, Rec.379, *AJDA* 1980.110, concl. Rougevin-Baville, pour le classement de terrains dans les zones d'un POS), les refus d'ouverture d'une enquête d'utilité publique sur un projet d'expropriation (CE, 7 mars 1979, *Commune de Vestric-et-Candiac*, Rec.102, *RD publ.* 1979.772, *D* 1979.IR.513, obs. Bon), l'extension limitée de l'urbanisation des espaces proches du rivage (CE sect., 12 février 1993, *Commune de Gassin*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.391, chr.); l'application des règles générales d'urbanisme (CE, 22 juillet 1992, *Synd. viticole de Pessac-Léognan (1ère esp.)*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.61, obs. J.-P. Lebreton).

3. Parmi les décisions relatives aux libertés publiques fondamentales : refus ou retraits de passeports (CE, 19 février 1975, *Fouéré*, Rec.1177, *AJDA* 1975.143, *D* 1975.435, note Pacteau, *Rev. crit. DIP* 1976.324, note Peiser); interdiction de publications dangereuses pour la jeunesse (CE sect., 9 mai 1980, *Veyrier*, Rec.221, *D* 1980.416, concl. Genevois); appréciation de l'état de santé du demandeur d'une naturalisation (CE 18 janvier 1993, *Ministre de la Santé c/ Melle Arab*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.314, obs. Julien-Laferrière); et surtout certaines situations de mise en œuvre de mesures de police des étrangers.

L'évolution jurisprudentielle sur ce point est récente et doit être précisée. Les mesures de police des étrangers font en principe l'objet d'un contrôle restreint (CE, 3 février 1975, *Pardov*, Rec.83, *AJDA* 1975.131, chr., cas d'erreur manifeste d'appréciation), qu'il s'agisse de mesures d'expulsion ou de reconduite à la frontière (CE, 8 novembre 1989, *Zalmat*, *Dr. adm.* 1990.38). Mais les exceptions sont importantes.

Tout d'abord, les étrangers ressortissants de la CEE bénéficient d'un contrôle normal (*Cf. infra*), qui résulte d'un décret du 11 mars 1994, et de l'application qu'en fait le Conseil d'État (du décret antérieur 28 avril 1981, CE, 24 octobre 1990, *Ragusi*, Rec.290, *AJDA* 1991.322, concl. Abraham, note Julien-Laferrière, *RTD eur.* 1991.301, concl.). Ensuite la réalité de l'urgence absolue et la nécessité impérieuse pour la sécurité publique permettant une expulsion immédiate sont soumises à un contrôle normal (CE Ass., 11 octobre 1991, *Diouri*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1991.978, concl. de Saint-Pulgent; qui fait l'objet d'un contrôle de cassation : CE, sect. 11 juin 1999, *Cheurfa*, *AJDA* 1999.789, chron. -concl. contr.-), ainsi que le pays de destination vers lequel l'étranger est expulsé (CE ass., 6 novembre 1987, *Buayi*, Rec.348, *RFD adm.* 1988.86, concl. Vigouroux, *AJDA* 1987.713, chr., *Rev. crit. DIP* 1988.522, concl., note Turpin). Enfin, les mesures de police des étrangers font de même l'objet d'un contrôle d'exacte proportionnalité (*Cf. infra*) lorsque l'étranger peut se prévaloir des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme (CE ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Dame Babas* (2 arrêts), Rec.152, concl. Abraham, *AJDA* 1991.551, note Julien-Laferrière, *D* 1991.399, note Prétot, *Rev. adm.* 1991.329, note Ruiz Fabri).

Mais en l'état actuel de la jurisprudence et malgré sa subtilité, le contrôle de principe demeure bien un contrôle restreint. Lorsque l'étranger ne peut pas se prévaloir de la Convention européenne des droits de l'Homme, par exemple lorsque la mesure de police

ne porte pas des atteintes à sa situation privée et familiale, mais seulement à sa situation personnelle ou professionnelle, le contrôle est restreint (CE ass., 19 avril 1991, *Dame Babas*, préc.), même s'il porte à examiner l'appréciation par l'autorité administrative des conséquences d'une exceptionnelle gravité que la mesure entraînerait pour l'étranger (CE ass., 29 juin 1990, *Mme Olmos Quintero et Imambacus*, (2 arrêts), Rec.184, *RFD adm.* 1990.530, concl. Faugère, *AJDA* 1990.709, chr., *JCP* 1991.21657, note Guimesanes -absence-; Prés. sect. 20 juillet 1990, *Cavdar*, Rec.222 -erreur manifeste-).

Mais l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation n'est que le début du contrôle de qualification juridique des faits. Le juge administratif, une fois entré sur ce terrain du contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire peut aussi tirer les conséquences de la nature de son intervention et contrôler intégralement la qualification juridique des faits. C'est l'objet du contrôle normal.

§ 3. - Contrôle normal

L'expression contrôle normal peut servir à regrouper les cas où le juge administratif accepte d'examiner pleinement les moyens d'illégalité que sont le détournement de pouvoir, l'erreur de fait, l'erreur de droit et la qualification juridique des faits. Il ne s'agit pas d'un changement de nature par rapport au contrôle restreint, mais d'un changement de degré : le juge examine complètement la qualification juridique des faits. Il vérifie donc que l'autorité administrative n'a pas commis d'erreur en classant les faits qui fondent sa décision dans une catégorie juridique autre que celle qui convient.

Il n'y a donc que peu de choses à ajouter au fond à ce qui fut exposé au moment de la définition des moyens d'illégalité à propos de ce moyen particulier que constitue l'erreur de qualification juridique des faits (V. pour un rapprochement des deux notions, CE, 15 mai 1992, *Commune de Cruseilles et autres*, Rec.xxx, *AJDA* 1992.756, note Morand-Deville). Il faut seulement signaler que cet examen seul est capable d'assurer un entier contrôle des motifs de l'acte, et que, parmi les cas de contrôle normal, quelques remarques s'imposent sur ses modalités.

La première remarque tient à la dissymétrie souvent évoquée du contrôle. L'exemple classique qu'on en donne est celui du permis de construire : la décision de refus du permis est soumise à un contrôle normal alors que la décision d'octroi du permis est encadrée par un contrôle restreint (CE, 8 juillet 1953, *Goy*, Rec.364, *AJDA* 1954.2.75; CE ass., 29 mars 1968, *Soc. du lotissement de la plage de Pampelonne*, Rec.210, concl. Vught, *AJDA* 1968.335,chr.). Cette différence de traitement s'explique par l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative : elle a la faculté d'accorder le permis même si la construction porte atteinte au caractère des lieux avoisinants (pouvoir discrétionnaire dans lequel le juge ne veut pas exercer son plein contrôle), mais elle ne pourrait pas refuser ce permis si la construction ne portait aucune atteinte au caractère du lieu (condition juridique non remplie). Dans les deux cas, le juge administratif est appelé à porter attention à la qualification juridique d'un fait qui est de savoir si la construction projetée porte atteinte ou non aux lieux environnants, mais dans le premier l'atteinte ne sera qualifiée que si elle est manifeste, alors que dans le second puisque c'est l'absence d'atteinte qui doit être caractérisée, le juge sera amené à détecter et à qualifier la plus petite atteinte.

La seconde remarque tient à la nature même de l'auto-limitation du juge. Rien ne l'empêche, dans un contentieux particulier de passer d'un contrôle restreint à un contrôle normal à l'occasion d'un revirement de jurisprudence (même si son choix n'apparaît pas

toujours clair, CE, 14 juin 1991, *Assoc. Radio Solidarité*, Rec.xxx, RFD adm. 1992.1016, note Autin). C'est pourquoi les praticiens ont toujours intérêt à inclure dans leurs moyens d'illégalité des erreurs de qualification juridique des faits, invitant ainsi le juge à exercer un contrôle plein des motifs qui est de la nature même de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Certains exemples doivent inviter à cet égard à la réflexion. Le contrôle exercé sur les décisions de l'inspection du travail autorisant ou non le licenciement des salariés protégés, de restreint à l'origine (CE ass., 29 mars 1968, *Manufacture fr. des pneumatiques Michelin*, Rec.214, *AJDA* 1968.335, chr.) est devenu normal (CE ass., 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne*, Rec.232, *AJDA* 1976.304, chr., *D* 1976.563, note Sinay, *Dr. soc.* 1976.347, concl. Dondoux, note Venezia). Il en fut de même récemment à propos des expulsions et reconduites à la frontière des étrangers lorsqu'ils peuvent se prévaloir de la Convention européenne des droits de l'Homme (*Cf. supra*, § 2). On peut enfin citer le contentieux des décisions d'autorisation à concourir, dans les différents concours d'accès à la fonction publique. Pour les corps de catégorie A, les candidats sont soumis à l'appréciation par l'autorité administrative de la question de savoir s'ils présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions. Les décisions d'autorisation à concourir ont ainsi été soumises à un contrôle restreint jusqu'en 1983, date à laquelle la jurisprudence en la matière a été modifiée (CE 18 mars 1983, *Mulsant*, Rec.125, et CE sect., 10 juin 1983, *Raoult*, Rec.251, *AJDA* 1983.527, concl. Laroque, chr., *Rev. adm.* 1983.370, note Pacteau, *RD publ.* 1983.1404, note Waline). Les mesures de police relatives aux publications étrangères risquant de porter un trouble à l'ordre public (CE sect. 9 juillet 1997, *Assoc. Ekin*, RFD adm. 1997.1284, concl. Denis-Linton, *JCP* 1998.I.1125, chr. J. Petit, *RD publ.* 1998.539, note Wachsmann : revir. de CE ass., 2 novembre 1973, *Soc. Librairie François Maspéro*, Rec.611, *AJDA* 1973.577, chr., *JCP* 1974.17642, concl. Braibant, note Drago).

Enfin, le contrôle normal peut s'exercer de manière particulièrement fine, lorsque la qualification juridique des faits donne lieu à une appréciation d'exacte proportionnalité.

§ 4. - Contrôle d'exacte proportionnalité

Le contrôle d'exacte proportionnalité s'exerce dans le cas où effectuant un contrôle normal, et donc portant son appréciation sur la qualification juridique des faits, le juge administratif exige que les décisions prises soient exactement proportionnées aux faits juridiquement qualifiés. Il ne s'agit pas non plus d'un changement de nature du contrôle mais seulement de degré, le juge étant plus exigeant dans la recherche même de la qualification juridique des faits.

Le contrôle d'exacte proportionnalité a été inauguré en matière d'expropriation, où il a été qualifié de théorie du bilan, puis il a été progressivement étendu à d'autres hypothèses.

A. La théorie du bilan en matière d'expropriation

Depuis l'arrêt *Ville Nouvelle Est* (CE ass., 28 mai 1971, *Féd. de déf. des personnes concernées par le projet "Ville nouvelle Est"*, Rec.409, concl. Braibant, *AJDA* 1971.405, chr., *RD publ.* 1972.454, note Waline, *D* 1972.194, note Lemasurier, *JCP* 1971.16873, note Homont, *CJEG* 1972.35, note Virole), le juge administratif examine la qualification juridique des faits qui donnent lieu à des expropriations en vue d'opérations reconnues d'utilité publique. A cette occasion, le Conseil d'État a été amené à dresser un véritable bilan de l'opération projetée, au regard des éléments de fait contenus dans le dossier. Il s'agissait en l'espèce de savoir si les

expropriations nécessaires à la fondation de la future ville de Villeneuve d'Ascq, étaient légales, et le juge administratif a posé le principe suivant : les opérations ne sont légalement justifiées que si « les atteintes à la propriété privée, le coût financier, et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». On en conclut donc que d'une part, le juge administratif exerce un contrôle complet des éléments de fait du dossier tant du côté des avantages qui ont motivé la décision de l'autorité administrative à rechercher la réalisation du projet, que des inconvénients qui ont décidé cette dernière à ne pas y renoncer (véritable bilan actif / passif), d'autre part, il s'agit d'une mise en équivalence, d'une stricte proportionnalité, car le juge est prêt à sanctionner les atteintes excessives, c'est-à-dire tout dépassement et non les seuls écarts manifestes.

La théorie du bilan n'est certes pas d'application fréquente. Pour être mise en œuvre en matière d'expropriation, il faut que la décision administrative ait déjà résisté à deux examens successifs : celui de l'existence d'un intérêt public (c'est-à-dire en termes mercatiques d'un besoin réel); celui de la nécessité de l'expropriation (le même résultat pouvant être obtenu par d'autres procédures). Mais ses trois variétés au regard de la définition de l'arrêt de principe peuvent être observées : coût financier excessif (CE, 26 octobre 1973, *Grassin*, Rec.598, *AJDA* 1974.34, concl. Bernard, note Kahn, *AJDA* 1973.586, chr.; CE, 27 juillet 1979, *Delle Drexel-Dahlgren*, Rec.349, *AJDA* 1980.97, obs. J.L., *D* 1979.538, note Richer; CE ass., 28 mars 1997, *Assoc. contre le projet de l'autoroute trans-chablisienne*, *RFD adm.* 1997.740, concl. Denis-Linton, *RD publ.* 1997, note Waline); coût social excessif (CE ass., 20 octobre 1972, *SCI Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec.657, concl. Morisot, *AJDA* 1972.576, chr., *JCP* 1973.17470, note B. Odent, *CJEG* 1973.60, note Virole; CE, 20 février 1987, *Commune de Lozanne*, Rec.67, *RFD adm.* 1987.533, note Hervouët, *D* 1989.126, note Stéfanski, *JCP* 1988.20892, note Hervouët); atteinte excessive à la propriété privée (CE, 25 novembre 1988, *Ép. Pérez*, Rec.428, *AJDA* 1989.198, obs. J.-B. Auby; absence CE, 12 avril 1995, *Conservatoire du littoral*, *AJDA* 1995.660, obs. Hostiou).

B. Les autres domaines

Hors de la procédure d'expropriation, le contrôle d'exacte proportionnalité trouve à s'appliquer dans des domaines divers.

Il en est ainsi, bien avant la théorie du bilan, des mesures de police administrative en général, puisque leur légalité est subordonnée à leur nécessité pour le maintien de l'ordre public, et que la mise en évidence de cette nécessité implique obligatoirement une qualification juridique des faits et l'appréciation de leur proportionnalité à la mesure prise. Par exemple, l'interdiction d'une réunion publique n'est légale que si elle est strictement nécessaire au maintien de l'ordre public; elle n'est strictement nécessaire que si l'ampleur de la réunion, les conséquences de la réalisation des risques de trouble, dépassent les autres mesures de police possible et si les inconvénients qui résulteraient d'une opération de maintien de l'ordre sont supérieurs à la restriction de la liberté de réunion dans ce cas précis. Il s'agit bien d'un contrôle de proportionnalité (longtemps dissimulé derrière celui de la nécessité).

Il en va de même pour la police des étrangers précédemment évoquée puisque les cas de contrôle normal exceptionnellement substitués au contrôle restreint sont en fait des cas de contrôle d'exacte proportionnalité. Ainsi, lorsqu'un étranger invoque la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme, et notamment de son article 8 qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, le juge administratif contrôle si la décision « a excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public » (CE ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, Rec.152, concl.

Abraham, *AJDA* 1991.551, note Julien-Laferrière, *D* 1991.399, note Prétot, *Rev. adm.* 1991.329, note Ruiz Fabri); ou encore si elle a porté aux droits garantis par la Convention « une atteinte disproportionnée aux buts » poursuivis (sûreté de l'État ou sécurité publique) (CE ass., 19 avril 1991, *Dame Babas*, Rec.152, concl. Abraham, *AJDA* 1991.551, note Julien-Laferrière, *D* 1991.399, note Prétot, *Rev. adm.* 1991.329, note Ruiz-Fabri), y compris dans les situations illicites (CE sect., 10 avril 1992, *Aykan, Marzini, Minin* (3 arrêts), Rec.xxx, concl. Denis-Linton, *RFD adm.* 1993.541), y compris en urgence absolue (CE, 13 mars 1992, *Kishore*, Rec.699). Sur cette appréciation, qui relève pourtant de la qualification juridique des faits, le Conseil d'Etat exerce pourtant un contrôle de cassation (CE sect., 11 juin 1999, *El Mouhaden*, *AJDA* 1999.789, chron. concl. contr.).

Il est possible de caractériser une tendance à exiger également un contrôle strict de proportionnalité en matière de sanctions administratives prononcées à l'égard de personnes privées par des autorités administratives indépendantes (CE, 26 juillet 1991, *SA La Cinq*, Rec.298, *AJDA* 1991.911, obs. Théron, à propos de la proportionnalité des sanctions appliquées aux diffuseurs par le CSA en cas d'oubli de leurs obligations, encore qu'il existe ici un texte : loi du 30 septembre 1986) ou par des personnes publiques autonomes (CE ass., 1er mars 1991, *Le Cun*, Rec.70, *RFD adm.* 1991.358, concl. de Saint-Pulgent, *AJDA* 1991.358, chr.). Le juge apprécie la proportion par rapport au barème de la loi et non en vertu de sa propre échelle (CE sect., 28 juillet 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, *AJDA* 1999.783, chron.). Rien, sauf le développement en volume du contentieux, ne s'opposerait au fond à une extension de cette jurisprudence à toutes les sanctions administratives, et même aux sanctions disciplinaires (on rappelle ici que la qualification de faits de nature à justifier le prononcé de sanctions disciplinaires dans la fonction publique est pleinement contrôlée par le juge administratif, mais que le choix de la sanction dans l'échelle possible ne fait l'objet que d'un contrôle restreint).

Enfin, il faut citer que le contrôle d'exacte proportionnalité est exercé dans certains contentieux de l'urbanisme : celui des dérogations (CE ass., 19 juillet 1973, *Ville de Limoges*, Rec.530, *RD publ.* 1974.559, concl. Rougevin-Baville, et 259 note Waline, *AJDA* 1973.480, chr., *JCP* 1973.17575, note Liet-Veaux, *D* 1975.49, note Collignon), celui des servitudes ou des sites classés (CE ass., 24 janvier 1975, *Gorlier et Bonifay*, Rec.53, *AJDA* 1975.128, chr., *CJEG* 1975.191, concl. Rougevin-Baville, note Carron). Depuis quelques années, ce contrôle de proportionnalité prend une forme particulière sous l'influence d'un vocabulaire dont l'ambition théorique n'a d'égal que l'imprécision de son application : l'appréciation de la compatibilité. Mais il ne faut pas s'y tromper, apprécier la compatibilité d'une norme à l'ordre juridique existant et notamment aux normes supérieures, c'est examiner un rapport, c'est-à-dire, à n'en pas douter, une proportion. Ainsi se demander si les plans d'occupation des sols sont compatibles avec les schémas directeurs (C. urb., art. L. 122-1 et L.123-1), c'est apprécier la différence, l'écart qui existe entre les deux documents, vérifier si cet écart ne remet pas en cause les options fondamentales du schéma directeur, ou la destination générale des sols qu'il prévoit (CE ass., 22 février 1974, *Adam*, Rec.145, *RD publ.* 1975.486, concl. Gentot, *RD publ.* 1974.1780, note Waline, *AJDA* 1974.197, chr., *D* 1974.430, note Gilli, *JCP* 1975.18064, note B. Odent, compatibilité; CE sect., 17 décembre 1982, *Ch. d'agri. de l'Indre*, Rec.433, *RD publ.* 1983.216, concl. Genevois, *AJDA* 1983.178, chr., *JCP* 1983.20017, note Morand-Deville, incompatibilité).

Encore faut-il remarquer que dans le contrôle de proportionnalité réalisé par l'examen du rapport de compatibilité, le contrôle ne porte pas sur la qualification juridique des faits mais sur l'interprétation d'un écart entre normes (TA Nice, 2 avril 1992, *Préfet des Alpes-Maritimes*, Rec.xxx, *AJDA* 1992.622, concl. Lambert, rapport entre POS et SD et la loi littoral; TA Pau (plén.), 2 décembre 1992, *Assoc. France-nature environnement*, Rec.xxx, concl. Rey, *RFD*

adm. 1993.277, note Hostiou, compatibilité au regard des objectifs d'une directive communautaire). Et c'est bien là que se pose le problème fondamental. Le juge administratif exerce ici un contrôle de proportionnalité entre deux normes. Aussi, de deux choses l'une : ou bien il doit être placé dans le moyen d'illégalité tiré de la contradiction directe entre l'acte contesté et une norme supérieure, ou bien il doit trouver son application dans l'appréciation de l'erreur de droit. Dans les deux cas, en l'état actuel de l'analyse juridique, la notion de compatibilité n'est ni assez bien définie, ni assez précise, ni assez utile au regard des autres moyens du contrôle, pour justifier son existence. Elle est au contraire potentiellement dangereuse en raison de la possibilité de laisser subsister malgré une saisine du juge des dispositions imparfaites dans l'ordre juridique, et aussi de ne permettre aucune lisibilité, ou prévisibilité de l'exercice de la fonction du juge qui est de dire le droit. On peut presque penser que, en utilisant une telle notion, le juge refuse de juger ou du moins détourne cette obligation (*contra* R. Chapus, *DAG 1*).

En conclusion sur le contrôle d'exacte proportionnalité, ce type d'appréciation apporte indéniablement plus au respect du principe de légalité que le simple contrôle normal. En effet, au lieu de se contenter de vérifier que les faits ont été classés dans les catégories juridiques convenables, comme dans le contrôle habituel de la qualification juridique des faits, le juge administratif vérifie que la décision de l'autorité administrative est adaptée à ces faits en eux-mêmes. C'est un progrès indéniable dont on peut se demander cependant si le développement récent par analogie dans le domaine de la compatibilité n'a pas compromis à la fois la pureté des intentions et le tact de son application dissuasive à l'activité des autorités administratives.

Section III : Le pouvoir interprétatif du juge et la fonction jurisprudentielle

Dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, le juge est amené à statuer sur la base d'un droit écrit qui n'est pas toujours clair ni explicite, voire, dans des cas rares, en l'absence de texte. Il est alors inévitable que le juge produise des normes nouvelles. Lorsque l'interprétation peut être rattachée à un texte, il est soutenable de dire que le juge ne sort pas du rôle qui lui est confié dans sa mission juridictionnelle et son interprétation peut légitimement prendre la valeur du texte interprété. Lorsque le juge statue en l'absence de rattachement textuel, il produit indéniablement du droit nouveau. Le fait que le droit administratif n'ait jamais été codifié a donné au juge administratif, notamment en matière de procédure administrative, une véritable maîtrise de la production du droit du contentieux administratif, mais aussi une relative liberté dans la détermination des règles de fond du droit administratif et dans l'appréciation de la hiérarchie des normes. On dit que le juge se fait *jurislateur*. Cela ne signifie pas qu'il soit juridiquement légitime à le faire.

§ 1. - Position du juge administratif dans la production normative

Le juge administratif est placé dans une position particulière qui le distingue, au plan de la création de normes jurisprudentielles, du Conseil constitutionnel. En effet, les décisions de contrôle de constitutionnalité du Conseil s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles (art. 62, al. 2), ce qu'on traduit en disant par analogie qu'elles détiennent l'autorité de la chose jugée. Mais les autres décisions (art. 37 al. 2, 54), ne sont que des déclarations et leur portée contraignante est faible en pratique. De plus, comme toute autorité de chose jugée, celle-ci n'est valable que relativement à la décision elle-même et à son exécution directe, elle ne constitue pas normalement une norme à portée générale et absolue (art. 5 du Code civil).

Au contraire le juge administratif, lorsqu'il statue sur des recours pour excès de pouvoir, procède à l'annulation *erga omnes* des actes illégaux et déclare logiquement illégales les mesures qui auraient pour effet de porter atteinte à ce principe (CE ass., 13 juillet 1962, *Bréart de Boisanger*, Rec.484, D 1962.664, concl. Henry, *AJDA* 1962.549, chr.). De plus, la méconnaissance d'une annulation *erga omnes* est une faute de nature à engager la responsabilité des personnes publiques (CE, 2 mai 1962, *Caucheteux et Desmonts*, Rec.291, *RD publ.* 1963.279, note Waline, *AJDA* 1962.421, chr.). Le juge administratif a ainsi déterminé, en l'absence de texte général, le régime de l'activité administrative (actes administratifs et contrôle de ces actes), le régime général de responsabilité des personnes publiques (en s'inspirant, il est vrai, des règles du droit civil), le régime de l'exécution des contrats administratifs (avec pragmatisme). Mais il est allé plus loin en définissant des normes générales, qui traversent l'ensemble du droit administratif, et auxquelles, c'est leur particularité, le juge administratif donne une valeur supérieure aux règlements : les principes généraux du droit.

En revanche, en dehors de ces cas, le juge administratif n'a pas de fonction normative reconnue par les textes. La valeur de sa décision est la même que celle de la norme interprétée, c'est pourquoi, il n'y a pas de sens logique à distinguer des normes impératives

et des normes supplétives dans son interprétation. Par ailleurs, un revirement de jurisprudence peut être vu comme comportant un effet rétroactif à l'égard des affaires similaires en instance, ce qui est difficilement acceptable pour la "sécurité juridique" des particuliers. Le juge y obvie par la technique de l'arrêt de rejet (*Nicolo* en est un), mais rien ne l'y oblige, et dans certains cas rejeter est inéquitable. Enfin, on ne peut guère admettre une création normative qui varierait selon le hasard des saisines, car dans le système français de séparation des fonctions, aucun juge ne peut s'auto-saisir.

§ 2. - Seul résultat normatif de la production jurisprudentielle : les principes généraux du droit

Il existe des règles de droit non écrites qui s'imposent au pouvoir réglementaire et ne peuvent être modifiées que par la loi, découvertes par le juge administratif en l'absence de texte, avec la finalité de protéger, dans un esprit libéral, les libertés individuelles des citoyens. Ces trois éléments, le but de protection des libertés, le caractère non écrit, et le contrôle en dernier ressort du législateur sont cumulatifs, l'absence de l'un d'entre eux disqualifierait la production jurisprudentielle.

Le mode d'élaboration des principes généraux du droit est révélateur du caractère profond de cette production normative : il s'agit ni plus ni moins pour le Conseil d'État que d'affirmer l'autonomie du droit administratif. En effet, le juge administratif n'invente pas les principes généraux du droit, ils résultent de manière diffuse des textes, et de l'état social qu'il perçoit. Mais lorsqu'il existe un texte de droit privé (CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, Rec.406, concl. Grévisse, illégalité du licenciement pendant la grossesse, figurant au Code du Travail), de droit public (CE, 1989, *Alitalia*), ou de droit international (CE, 1988, *Bereciatura-Echarri*) qui contient la formulation précise du principe que le Conseil veut consacrer, la Haute juridiction prend soin de ne pas présenter ce texte comme le fondement juridique de l'arrêt. Il ne l'évoque que comme manifestation du principe général du droit sous-jacent à ces textes, et produit lui-même la norme pour le droit administratif.

A. Origine

S'agissant du point de départ jurisprudentiel (on excepte TC, 8 février 1873, *Dugave et Bransiet*, Rec.1ersuppl.70, resté sans lendemain), les excès connus pendant la Seconde guerre mondiale ont conduit le Conseil d'État à reconnaître implicitement dans le principe des droits de la défense (CE sect., 5 mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier*, Rec.133, *RD publ.* 1944.256, concl. Chenot, note Jèze, *D* 1945.110, concl., note de Soto) l'existence d'un principe général du droit. Puis par une série d'arrêts rendus le même jour, le Conseil d'État a affirmé explicitement que ces principes généraux du droit étaient applicables même en l'absence d'un texte (CE ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec.213, *D* 1946.158, note Morange, *S* 1946.3.1, concl. Odent).

S'agissant de l'inspiration des principes généraux du droit, il est sûr que l'idée était "dans l'air" au moment de l'entre-deux guerres. Elle se concrétise notamment dans le statut de la Cour permanente de justice internationale, fondée au lendemain de la première guerre mondiale, en liaison avec la SDN, (aujourd'hui Cour internationale de justice, organe de l'ONU), annexé à la Charte des Nations Unies. L'article 38 de ce statut reconnaît comme sources du droit les principes généraux du droit reconnus par les lois des nations civilisées. Ces principes devraient donc exister et être en vigueur dans tous les systèmes juridiques, il s'agit en quelque sorte d'une résurgence d'un droit naturel de valeur législative dans chaque

État membre, et peut-être de valeur internationale, au sens où ils constitueraient le patrimoine juridique commun de toutes les nations. Les textes internationaux continuent à inspirer le juge administratif (1988 *Bereciartua Echarri*, 1994 *Agyepong*)

En revanche, il faut distinguer les principes généraux du droit d'autres principes, comme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui ont une valeur constitutionnelle, même s'ils sont reconnus aussi bien par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'Etat (cf. 1996 *Koné*), ou comme les principes fondamentaux fixés par la loi dans les matières de l'article 34, qui, par définition, sont des principes écrits. D'ailleurs, depuis le débat récent du constitutionnalisme, le Conseil d'Etat refuse implicitement de consacrer un principe général du droit là où existe déjà un principe constitutionnel écrit, c'est-à-dire qu'il se réfère systématiquement depuis quelques années aux textes constitutionnels (CE ass., 8 avril 1987, *Peltier*, Rec.128, concl. Massot, *AJDA* 1987.327, chr., *RFD adm.* 1987.608, note Pacteau, *Rev. adm.* 1987.237, note Terneyre, *JCP* 1987.20905, note Debène, pour la liberté d'aller et venir - en franchissant les frontières -; CE, 27 avril 1987, *Assoc. laïque d'élèves des états de l'Office univ. et culturel fr. pour l'Algérie*, *RFD adm.* 1989.153, note Favoreu, pour la gratuité de l'enseignement; CE, 21 octobre 1988, *Synd. nat. des transporteurs aériens*, Rec.374, *RD publ.* 1989.1464, note Gaudemet). Le point final de cette intégration de l'interprétation constitutionnelle à la jurisprudence administrative semble être atteint à partir du moment où le Conseil d'Etat, dans les motifs de ses arrêts, fait expressément référence à une décision du Conseil et en reprend les termes (CE, 29 mai 1992, *Assoc. amicale des prof. du Museum d'histoire naturelle*, Rec.216; CE, 19 janvier 1990, *Assoc. "La télé est à nous"*, Rec.xxx, *RRJ* 1991.895, note Boyer). Enfin, il faut également distinguer les principes généraux du droit de principes déontologiques fondamentaux ou éthiques, qui peuvent s'imposer à certaines professions (CE ass., 2 juillet 1993, *Milbaud*, Rec.194, concl. Kessler, *JCP* 1994.22133, note P. Gonod, *RFD adm.* 1993.1002, *AJDA* 1993.579, chr., expérimentation médicale après la mort, arrêt muet, disposition législative postérieure C. pén. 225-17).

B. Contenu des principes généraux du droit

On peut faire la liste des principes généraux du droit en les regroupant de manières diverses, mais il existera toujours une catégorie résiduelle hétérogène, car la reconnaissance de principes généraux du droit est toujours ponctuelle et vise justement à combler les lacunes imprévues des textes dans des domaines particuliers. Les trois contenus principaux sont la liberté, l'égalité et la sécurité.

a) La liberté

La liberté d'aller et venir (CE sect., 14 février 1958, *Abisset*, Rec.98, concl. Long, *AJDA* 1958.2.220, chr.).

La liberté du commerce et de l'industrie (CE ass., 13 mai 1983, *Soc. René Moline*, Rec.191, *AJDA* 1983.624, note Bazex, *Rev. adm.* 1983.578, note Pacteau, sans texte alors qu'il en existe un : loi des 2-17 mars 1790).

b) L'égalité

L'égalité de tous devant la loi (CE ass., 7 février 1958, *Synd. des propr. de chênes-lièges d'Algérie*, Rec.74, *AJDA* 1958.2.130, concl. Grévisse, chr.).

L'égalité devant les charges publiques (CE ass., 19 février 1960, *Féd. algérienne des synd. de défense des irrigants*, Rec.129).

L'égalité des citoyens devant la justice (CE ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Rec.371, *AJDA* 1980.248, note Debouy).

Ainsi que tous les principes applicables au droit du service public.

c) La sécurité

Il existe depuis le début du 21^e s., en droit français, un principe de sécurité juridique (CE, 2006, KPMG) mais sa portée n'est pas générale et indéterminée, contrairement au droit de l'UE (CJCE, 9 juillet 1969, *Grands Arrêts CJ*, n°15; CJCE 16 juin 1993, *Rép. fr.*, D 1994.61, note Bergerès). Le principe de confiance légitime en est un aspect, selon lequel un particulier doit pouvoir compter sur la clarté et la prévisibilité de l'interprétation normative et du comportement d'une autorité administrative. En tant que tel, le juge administratif n'accepte son utilisation qu'en liaison avec l'application du droit communautaire européen (CE, 16 mars 1998, *Melle Poujol*, Rec.84, *Dr. adm.* 1998.149, note R.S.). Par ailleurs, aucune norme constitutionnelle ne garantit ce principe (CC, 7 novembre 1997, *Rev. adm.* 1997, note M.). Il n'est pas impossible cependant que le Conseil d'État tire de la reconnaissance de la valeur supralégislative des principes généraux du droit communautaire (CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, RFD A 2002.166, note Paul Cassia ; *AJDA* 2002.1219, article Anne-Laure Valembois) la conséquence que le principe de confiance légitime et peut-être celui de sécurité juridique font dorénavant partie des normes de référence de la légalité en droit français.

En revanche, divers principes se rattachent depuis bien longtemps à la *notion* de sécurité : Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs (CE, 25 juin 1948, *Soc. du journal L'Aurore*, Rec.189, S 1948.3.69, concl Letourneur), le principe selon lequel l'autorité administrative compétente saisie d'une demande d'abrogation d'un règlement illégal est tenue d'y procéder (CE ass., 3 février 1989, *Comp. Alitalia*, Rec.44, *AJDA* 1989.387, note Fouquet, *RFD adm.* 1989.391, concl. Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis).

Le principe selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours hiérarchique (CE sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec.413, D 1951.593, note F.M., *Dr. soc.* 1951.246, concl. Delvolvé, S 1951.3.85, note Auby et de Font-Réaulx), d'un recours pour excès de pouvoir (CE ass., 19 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec.110, *RD publ.* 1951.478, concl. Delvolvé, note Waline). En revanche, il faut rappeler ici que le principe selon lequel le silence gardé par une personne publique sur une demande de décision vaut rejet de cette décision n'est pas un principe général du droit (CE ass., 27 février 1970, *Commune de Bozas*, Rec.139, *AJDA* 1970.1.225, chr., malgré la décision inverse rendue par le Conseil constitutionnel l'année précédente CC, 26 juin 1969, *Protection des sites*, Rec.27, *AJDA* 1969.563), mais qu'il a acquis une valeur législative depuis la loi du 12 avril 2000.

Le principe de respect des droits de la défense (CE sect., 5 mai 1944, *Veuve Tromprier-Gravier*, Rec.133, *RD publ.* 1944.256, concl. Chenot, note Jèze, D 1945.110, concl., note de Soto), le principe du caractère contradictoire de la procédure (CE ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Rec.371, *AJDA* 1980.248, note Debouy) et le principe qu'une seule faute ne peut pas donner lieu à plus d'une sanction, *non bis in idem* (CE, 23 avril 1958, *Commune de Petit-Quevilly*, *AJDA* 1958.2.383).

Le principe général de secret du délibéré dans les organes juridictionnels (CE, 15 octobre 1965, *Mazet*, *Dr. adm.* 1965.377), et de la publicité des audiences (CE ass., 10 mai 1974, *Dame David*, Rec.464, concl. Gentot, *AJDA* 1974.525, chr., D 1975.379, note Auby, *JCP* 1974.17967, note Drago).

Les principes généraux du droit de l'extradition et des réfugiés. Ainsi, sont des principes généraux du droit l'interdiction faite à l'État d'extrader des personnes poursuivies dans leurs pays pour des faits amnistiés (CE ass., 26 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*, Rec.307, *JCP* 1985.20346, concl. Genevois, note Jeandidier, *AJDA* 1984.669, chr., *RFD adm.* 1985.183 note Labayle, *Rev. Sc. crim.* 1984.804, note Lombois), l'interdiction de remettre des personnes possédant le statut de réfugié aux autorités de son État d'origine (CE ass., 1er

avril 1988, *Bereciartua Echarri*, Rec.135, *JCP* 1988.21071, concl. Vigouroux, *AJDA* 1988.322, chr., *D* 1988.413, note Labayle, *RFD adm.* 1988.499, note Genevois). Fait exception celui selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition demandée dans un but politique (CE ass., 1996, Koné), car il est un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

d) La catégorie résiduelle

Dans cette catégorie, peuvent être classés des principes généraux du droit dont la généralité est moindre que celle des principes précédemment évoqués parce qu'ils ne concernent qu'une catégorie de citoyens. Par exemple, ceux qui s'appliquent uniquement à la fonction publique : droit pour les agents publics condamnés à indemnisation en raison d'une faute de service à obtenir le remboursement auprès de la personne publique responsable (CE sect., 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec.242, concl. Chardeau); obligation pour les personnes publiques de verser des rémunérations au moins égales au SMIC (CE sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, Rec.151, concl. Labetoulle, *AJDA* 1982.440, chr., *D* 1983.8, note J.B. Auby, *RD publ.* 1983.1077, note de Soto); impossibilité d'accéder à un emploi public en cas de perte des droits civiques (CE, 28 mai 1982, *Roger*, Rec.192, *Rev. adm.* 1982.625, note Pacteau); l'impossibilité de dissocier la composition des commissions paritaires de la hiérarchie présente dans le corps (CE, 20 mars 1982, *Assoc. nationale des infirmières gén.*, Rec.82).

Il peut être nécessaire de citer également des principes généraux du droit qui relèvent de questions diverses du droit administratif. Sont ainsi des principes généraux du droit, le principe interdisant l'enrichissement sans cause (CE sect., 14 avril 1961, *Soc. Sud-Aviation*, Rec.236, *RD publ.* 1961.655, concl. Heumann), le principe selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables (Cass. civ. 1ère, 21 décembre 1987, *BRGM*, *RFD adm.* 1988.771, concl. Charbonnier, note Pacteau; *CJEG* 1988.107, note Richer; *JCP* 1989.21183, note Nicod; *RTD civ.* 1989.1445, chr. Perrot).

Section IV : Les atténuations du contrôle du juge: les circonstances exceptionnelles

L'exigence du juge dans son contrôle est susceptible de connaître d'assez fortes atténuations dans le cas où des circonstances particulières apparaissent. Dans les situations de crise en effet, il peut être nécessaire que l'autorité administrative dispose d'une latitude d'action supérieure à la normale, parfois même pour qu'en dernier ressort soient protégés les biens et les personnes avant que soit pris en considération le respect du droit. Il est aussi nécessaire que leur soit donné un fondement d'action afin que les autorités administratives ne puissent prendre prétexte des crises pour suspendre leur activité et que la continuité des services publics ne soit pas menacée.

Dans les cas imprévisibles et ponctuels, l'urgence d'une situation justifie l'accroissement de la marge de manœuvre des autorités administratives et l'atténuation des exigences du juge. Elle excuse ainsi l'oubli volontaire des règles de forme et de procédure (CE sect., 9 avril 1976, SGEN, Rec.198, *AJDA* 1977.45, note Garrigou-Lagrange). Elle peut également justifier la méconnaissance de règles de compétence entre autorités administratives régulières (CE, 22 janvier 1965, Alix, Rec.44).

Dans les cas prévisibles de situation de crise, que l'on peut appeler circonstances exceptionnelles, il existe un régime légal prévoyant les conditions dans lesquelles est reconnu l'état de crise, la modification des compétences et de l'étendue des pouvoirs de l'autorité administrative. Le juge contrôle donc l'application du principe de légalité compte tenu de ces textes sans différence notable par rapport à l'exercice de sa fonction juridictionnelle habituelle en présence de textes. Mais il peut aussi survenir des phénomènes imprévus impliquant une action urgente et dans des conditions non fixées par un régime textuel en vigueur. Dans ce deuxième type de situations, le contrôle du juge est déterminant.

Sous-Section I : Les régimes textuels des circonstances exceptionnelles

Il existe trois cas généraux de régime textuels concernant des circonstances exceptionnelles. Les deux plus anciens sont des régimes légaux : ceux de l'état de siège et de l'état d'urgence; le plus récent est un régime constitutionnel : il s'agit de celui de l'article 16.

§ 1. - L'état de siège

L'expression "état de siège" se rencontre dans les lois qui en fondent le régime : la loi du 9 août 1849, modifiée en 1916 et 1944 et celle du 3 avril 1878, on trouve également un élément de ce régime à l'article 36 de la Constitution.

Quant à ses conditions de proclamation, l'état de siège est déclaré en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée, ce qui est un moyen élégant de désigner les guerres civiles et les tentatives de coup d'État. Il est décidé par décret en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement (Constitution de 1958, art. 36).

L'effet de l'état de siège est double : d'une part, la compétence de maintien de l'ordre est transférée à l'autorité militaire, et la répression aux juridictions militaires; d'autre part, les libertés publiques sont considérablement restreintes.

Enfin, l'état de siège cesse soit à l'échéance du terme fixé par décret (au maximum douze jours) ou par la loi (sans délai), soit par l'abrogation du décret par son auteur, à condition qu'il n'ait pas été ratifié, ou le vote d'une loi levant l'état de siège.

§ 2. - L'état d'urgence

A la différence du précédent, l'état d'urgence est un régime civil, dont le régime est fixé par la loi du 3 avril 1955, modifiée par celle du 7 août 1955 et par l'ordonnance du 15 janvier 1960. Ce régime n'a pas abrogé celui de l'état de siège, il n'a pas été abrogé par les dispositions de la Constitution de 1958 (CC, 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec.43, D 1985.361, note Luchaire, *Rev. adm.* 1985.355, note de Villiers).

La proclamation de l'état d'urgence est possible soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamités publiques (on dirait aujourd'hui catastrophes naturelles). Il est décidé par décret en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement (Constitution de 1958, art. 36).

Les effets de l'état d'urgence sont, sans autre précision de la loi qui l'institue, d'étendre les pouvoirs de police des préfets et la compétence des tribunaux militaires, de différer les élections partielles, d'instaurer un régime spécial des assignations à résidence. Cependant, les mesures prises par les autorités administratives sous l'empire légal de l'état d'urgence sont susceptibles de recours (CE, 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, Rec.225, *AJDA* 1985.558, concl. Lasserre, *Rev. adm.* 1985.581, note Pacteau). Il est, de plus, possible que la loi ajoute, au régime de la loi de 1955, des dispositions particulières.

L'état d'urgence cesse dans les mêmes conditions que l'état de siège. En cas de démission du Gouvernement ou de dissolution de l'Assemblée nationale, la loi de prorogation de l'état d'urgence devient caduque à l'expiration d'un délai de quinze jours (CE, 25 juin 1969, *Devay*, *AJDA* 1969.707).

§ 3. - La mise en application de l'article 16

Les conditions de mise en œuvre de l'article 16 sont bien connues : il s'applique si « les institutions de la République », ou « l'indépendance de la Nation », ou « l'intégrité de son territoire » ou « l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés de manière grave et immédiate » (première condition alternative), et que « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » (deuxième condition cumulative).

Dans ce cas, après diverses consultations, le Président de la République prend seul les mesures qui lui paraîtront exigées par les circonstances. La décision de mettre en application l'article 16 n'est pas de nature administrative, elle n'est d'ailleurs susceptible d'aucun recours. La réforme constitutionnelle de juillet 2008 ajoute seulement que « Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée » ce qui donne la certitude que les avis du Conseil constitutionnel seront publiés.

Les décisions prises en application de l'article 16 présentent un double caractère. Celles qui sont prises dans le domaine législatif sont des actes législatifs échappent au contrôle du juge administratif (CE, 2 mars 1962, *Rubin de Servens*; *RD publ.* 1962.295 concl. Henry, note Berlia, *AJDA* 1962.214, chr., *D* 1962.chr.109, Morange, *S* 1962.3.147, note Bourdoncle), celles qui sont prises dans le domaine réglementaire sont au contraire soumises à son contrôle (concl.).

Sous-Section II. Le régime jurisprudentiel des circonstances exceptionnelles

La "théorie des pouvoirs de guerre" ou "des circonstances exceptionnelles" est apparue antérieurement à deux des régimes sur les trois précédents évoqués. Elle consiste à considérer que des décisions administratives qui seraient illégales dans les périodes normales peuvent être légales dans des périodes où doivent être préservés avant tout l'ordre public et la continuité des services publics. C'est une théorie jurisprudentielle homogène du Conseil d'État issue de deux arrêts rendus à l'occasion de la première guerre mondiale. L'avantage de cette théorie est d'étendre les pouvoirs d'une autorité administrative en atténuant les exigences du contrôle du juge dans l'exacte mesure où cela s'avère nécessaire pour faire face à la situation. Cela explique que la théorie des circonstances exceptionnelles puisse s'appliquer cumulativement avec les régimes légaux précédemment évoqués, pour compléter leurs lacunes éventuelles.

§ 1. - La notion de circonstances exceptionnelles

Le premier type de circonstances exceptionnelles est la situation de guerre. La jurisprudence a donc fait application des circonstances exceptionnelles pendant celle de 1914-1918 et aussi pendant celle de 1939-1945. Mais s'il s'agit de l'origine de la théorie, elle a connu de nombreuses extensions. La première fut celle des suites de la guerre (CE, 27 juin 1924, *Ch. synd. xxx*, Rec.619), puis les périodes critiques en temps de paix, (CE 31 octobre 1924, *Cotte*, RD publ. 1924.572), puis en l'absence même de circonstances générales exceptionnelles, mais en présence de circonstances exceptionnelles particulières dans un cas précis (CE, 18 mai 1983, *Rodes*, Rec.199, *AJDA* 1984.44, obs. Moreau, éruption d'un volcan en Guadeloupe).

Une remarque importante cependant amène à rappeler que c'est le juge lui-même qui apprécie la réalité des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire l'étendue du principe de légalité, et corrélativement le degré d'exigence de son propre contrôle. Ainsi, le juge administratif vérifie que les circonstances sont vraiment exceptionnelles. Il n'y a pas de circonstances exceptionnelles par nature et le juge procédera dans tous les cas à un examen détaillé de la situation invoquée. Même la mise en œuvre d'un régime légal ou constitutionnel n'entraîne pas par lui-même l'existence de ces circonstances dans tous les cas d'espèce (CE ass., 24 octobre 1964, *d'Oriano*, Rec.486, *AJDA* 1964.684, chr., *D* 1965.9, note Ruzié, RD publ. 1965.282, concl. Bernard, au moment où un décret, intervenu sur le fondement de l'article 16, a mis un officier en congé spécial sans lui communiquer son dossier, les circonstances n'étaient pas exceptionnelles). En réalité, il faut que la situation de fait soit anormale et grave : cataclysme, grève générale de nature à paralyser la vie de la nation (CE, 18 avril 1947, *Jarrigion*, Rec.148, *S* 1948.3.33, note Rivero, grève de...1938 !); ou que que l'urgence soit extrême (CE ass., 18 janvier 1980, *Synd. CFDT des P et T du Haut-Rhin*, Rec.30, *AJDA* 1980.89, chr., *JCP* 1980.19450, note Zoller).

En revanche, il ne faut pas confondre les circonstances exceptionnelles avec les circonstances particulières, que le juge apprécie pour déterminer la nécessité des mesures de police (TA Versailles, 25 février 1992, *Soc. Fun Productions*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1992.1026, note Flauss; CE, 2 octobre 1992, *Commune de Donneville*, Rec.xxx, *AJDA* 1992.750, concl. Pochard).

§ 2. - Le contrôle des actes pris dans des circonstances exceptionnelles

Une fois caractérisée l'existence de circonstances exceptionnelles, il reste à contrôler les actes produits par les autorités administratives.

Tout d'abord, les circonstances exceptionnelles ne décernent pas aux autorités administratives une autorisation générale de violer la légalité des temps ordinaires. L'atténuation des exigences du contrôle du juge est subordonnée à la nécessité d'atteindre les finalités des compétences d'action. Ce n'est que lorsque l'application du principe de légalité dans son intégralité entraverait le fonctionnement des services publics ou compromettrait l'ordre public, que le juge administratif en assouplit les contraintes (CE, 28 mars 1947, *Soc. Damien*, Rec.138). Lorsque l'autorité administrative peut agir légalement elle doit le faire.

Ensuite, les circonstances exceptionnelles, dans certaines limites, légitiment toutes les mesures rendues nécessaires par la situation. Sont ainsi validées les irrégularités qui donneraient lieu à une incompétence (CE ass., 26 juin 1948, *Laugier*, Rec.161, *S* 1948.3.36, mesure législative édictée par circulaire... au moment du débarquement), même lorsque se substitue à l'autorité légitime un pouvoir de pur fait (CE, 7 janvier 1944, *Lecoq*, Rec.5, *RD publ.* 1944, concl. Léonard, note Jèze, *JCP* 1944.2663, note Charlier, institution d'un impôt municipal pendant la débâcle, ou CE, *Marion*, Cf. *infra*). Sont de même validées des mesures prises malgré un vice de forme (CE, 16 mai 1941, *Courrent*, Rec.89, suspension d'un maire par un préfet).

Ce qui est plus surprenant, c'est la légitimation de mesures totalement illégales à raison de leur objet. Ainsi, des actes qui seraient normalement constitutifs de voie de fait, sont requalifiés en illégalité simple et le juge administratif est par conséquent compétent pour en connaître (TC, 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, Rec.629, *RD publ.* 1952.757, note Waline, *S* 1952.381, note Grawitz). Des actes qui constituent des atteintes gravissimes à la séparation des pouvoirs ne seront pas annulés : refus d'exécuter un jugement (CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec.789, *S* 1923.3.57, concl. Rivet, note Hauriou, *RD publ.* 1924.208, concl., note Jèze); suspension de l'application d'une loi (CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec.651, *S* 1922.3.49, note Hauriou, garanties disciplinaires législatives de la fonction publique suspendues par décret pendant la guerre de 1914). Enfin des actes qui portent gravement atteinte aux libertés publiques deviennent possibles. Ainsi en est-il de toutes les décisions de police habituellement illégales : saisies, expulsions (CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec.208, *S* 1918-19.3.33, note Hauriou, *RD publ.* 1919.338, note Jèze, expulsion de deux "filles galantes" d'un camp retranché sous contrôle militaire), réquisitions (CE, 5 mars 1948, *Marion*, Rec.113, *D* 1949.147, réquisitions prises... par des particuliers), interdictions générales et absolues (CE, 6 août 1915, *Delmotte et Senmartin*, *RD publ.* 1915.481, concl. Corneille, *S* 1916.3.1, note Hauriou).

Il y a cependant des limites à l'usage des circonstances exceptionnelles par l'autorité administrative pour justifier ses décisions. La première limite est certainement la durée des circonstances exceptionnelles (CE sect., 7 janvier 1955, *Andriamisera*, Rec.13, *RD publ.* 1955.709, note Waline). Ainsi une décision prise dans une situation de crise sans limitation de durée, cesse avec le retour à la normale (CE, 19 mai 1944, *Delle Idessesse*, Rec.143, blocage de denrées alimentaires), il en est de même des mesures prises avec une condition de délai lorsque le délai dépasse la durée des circonstances exceptionnelles (CE, 10 février 1950, *Consorts Perrin*, Rec.xxx, *D* 1950.457, refus d'exécution d'un jugement). La deuxième

limite est que la notion même de circonstances exceptionnelles exige le maintien du contrôle juridictionnel sur les actes accomplis durant ces périodes. Or, le juge vérifie toujours que les mesures n'ont pas excédé ce qui était strictement nécessaire pour atteindre les buts fixés à l'autorité administrative (CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, et CE, 18 avril 1947, *Jarrigion*, préc.). Notamment, il exerce un contrôle de proportionnalité pour vérifier si l'acte pris a été proportionnel à la gravité des motifs qui l'ont fondé (CE, 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec.552, *AJDA* 1962.627, note de Laubadère, *JCP* 1963.2.13068, note Debbasch, *Rev. adm.* 1962.623, note Liet-Veaux).

La dernière limite, qui est une conséquence du maintien du contrôle juridictionnel même si celui-ci s'exerce au regard d'exigences moins forte de légalité, est que l'emploi de pouvoirs fondés sur des circonstances exceptionnelles emporte l'obligation de réparer les préjudices qui pourraient être causés. Il engage parfois la responsabilité des personnes publiques dans des conditions beaucoup plus favorables au requérant : ainsi en est-il de la responsabilité sans faute pour refus d'exécution des jugements.

Chapitre 2 : Les sources de la légalité

Quelle sont l'origine et la nature des règles de droit administratif ? Sous cette question apparemment double se cache un même point de vue. La nature de ces règles tient en effet principalement de leur origine. Effectuer l'étude des sources du droit administratif, c'est rechercher l'origine du droit administratif, c'est-à-dire s'occuper de l'impalpable (AMSELEK (P.), "Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit »", *APD*, t. XXVII ("Les Sources du droit"), 1982, p. 251). Un rappel doit tout d'abord être fait. Le terme "sources du droit" désigne à la fois les sources substantielles et les sources formelles du droit. Les sources substantielles sont les forces créatrices du droit, leurs données profondes, principes moraux, religieux, philosophiques, naturels. Il ne sera donc question ici que des sources formelles, c'est-à-dire des modes de formation et des actes par lesquels les normes s'insèrent dans le droit positif. Il faut alors distinguer les types de normes selon leur processus de production, et la première constatation qui s'impose est que les sources du droit sont hiérarchisées. En conséquence et en première approximation, les normes respectivement produites sont également hiérarchisées.

Au plus bas niveau de cette hiérarchie se trouvent les normes édictées par les autorités administratives elles-mêmes, étant entendu (*Cf. infra*) que les contrats administratifs, ne sont pas en l'état actuel du droit, des sources de la légalité, même à un niveau inférieur. Pas plus que ne le seraient les réponses ministérielles (CE, 16 février 1994, *Sarl Arley*, *Quot. jur.* 1994, n° 26, p. 7, note D. Davoust). Le pouvoir réglementaire est ainsi une source du droit, intérieure aux autorités administratives, qui contribuent ainsi, sous le contrôle du juge, à l'édification du droit administratif. Il est aussi une source du droit intérieurement hiérarchisée. Mais la hiérarchie est finalement de peu d'importance, car toutes les autres sources du droit extérieures aux autorités administratives sont placées en position supérieure. Ainsi, au-dessus du pouvoir réglementaire, se trouve le pouvoir législatif et les normes qu'il produit en forme de lois. Au-dessus du pouvoir législatif enfin, se trouvent les conventions internationales, puis le pouvoir constituant. La question est donc simplement réglée lorsqu'il est dit que, dans un sens, les autorités administratives doivent par principe respecter en bloc l'ensemble des normes qui leur sont extérieures, et que, dans un autre sens, tout conflit entre normes applicables dans ce bloc est vidé par le juge.

Un premier problème se pose cependant avec les normes issues de conventions internationales. D'une part, ces normes résultent de conventions passées par une personne publique particulière, l'État, et n'ont pas vocation, dans l'esprit de la jurisprudence administrative à constituer par nature des sources du droit. D'autre part, il n'est pas possible de considérer, en l'état actuel du droit international, que les autorités internationales soient placées au plan organique au-dessus du pouvoir constituant français (renvoi à la question monisme / dualisme). S'il faut traiter ici des normes internationales, c'est parce que la Constitution de 1958 (et antérieurement de celle de 1946), leur a attribué une valeur et une place spéciale dans la hiérarchie des normes internes.

Un second problème se pose ensuite, qui est celui de la valeur des décisions des juridictions. La jurisprudence est-elle une source formelle du droit ? Sans qu'il soit possible d'apporter ici une réponse théorique, la « jurisprudence » constitutionnelle est abordée avec l'étude des normes constitutionnelles et la jurisprudence administrative fait l'objet d'une étude spécifique. Mais ce mode de traitement ne saurait faire oublier la différence fondamentale qui marque ces modes de production du droit par rapport aux autres : il s'agit d'un droit non-écrit provenant d'un acteur du système juridique qui n'a pas reçu des textes le pouvoir de se prononcer par des règles générales et absolues et qui ne détient donc aucune légitimité pour ce faire.

Section I : Les normes constitutionnelles

Les normes constitutionnelles peuvent trouver leur origine dans des textes, dont il y a lieu de discuter la valeur, et aussi, plus rarement, sans texte grâce à l'interprétation du Conseil constitutionnel. Dans tous les cas, on ne pourra que souligner ce rôle déterminant du Conseil dans la découverte et l'interprétation des normes constitutionnelles.

Les principes régissant la place des normes constitutionnelles dans la hiérarchie des normes sont simples. La Constitution est la norme fondamentale au sens propre du terme : c'est le peuple souverain lui-même qui institue cette norme pour qu'elle soit le fondement de l'organisation des pouvoirs publics et de leur activité, notamment lorsque cette activité touche aux libertés publiques. Elle est placée au sommet de la hiérarchie des normes parce que la source dont elle procède est la plus élevée dans l'organisation des sociétés démocratiques.

La mise en application de la suprématie de la Constitution sur toutes les autres normes est assurée selon des principes non moins simples. Toutes les normes produites dans l'ordre juridique national doivent être conformes à la Constitution et ce respect est assuré par un contrôle spécialisé. L'organe de contrôle de la constitutionnalité des lois est le Conseil constitutionnel, et le juge de la constitutionnalité des règlements et autres actes administratifs est le Conseil d'État. Cela conduit, à cette occasion, à ce que le juge administratif interprète aussi la Constitution (CE ass., 1^{er} juillet 1960, *Féd. nat. des org. de Sécurité sociale*, Rec.441, *AJDA* 1960.I.152, chron., *D.* 1960.690, concl. Braibant).

§ 1. - Principe du contrôle : la constitutionnalité des actes administratifs

L'inconstitutionnalité fait partie de l'illégalité. A ce titre, le Conseil d'État est toujours compétent pour contrôler la constitutionnalité des actes administratifs au regard direct de la Constitution (CE, 12 février 1960, *Soc. Eky*, Rec.101, *S* 1960.131, concl. Kahn; *JCP* 1960.2.11629bid, note Vedel) et même de son Préambule (*ibid.*).

Il existe cependant une exception, désignée traditionnellement par l'appellation "écran législatif". Lorsqu'un acte administratif a été pris en application conforme d'une loi, il est impossible de contester sa légalité devant le juge administratif en soulevant l'exception d'inconstitutionnalité de la loi qui le fonde. La loi inconstitutionnelle fait écran entre l'acte administratif et la Constitution. La juridiction administrative (ou judiciaire), ne se reconnaît pas compétente pour apprécier la conformité d'une loi à la Constitution (CE sect., 10 juillet 1954, *Féd. nat. des conseils de parents d'élèves*, Rec.449, *D* 1955.330, concl. Jacomet, note Virally; CE sect., 15 octobre 1965, *Union féd. des magistrats et Reliquet*, Rec.515, *AJDA* 1965.590, chr.). Il faut bien sûr que la loi détermine le contenu de l'acte administratif et qu'elle ne se borne pas à habilitier le gouvernement à agir dans un domaine donné (CE 17 mai 1991, *Quintin*, *RD publ.* 1991.1429, concl. Abraham).

§ 2. - Normes de référence du contrôle

Le contenu du contrôle appelle deux observations. D'une part, toutes les dispositions à valeur constitutionnelle ne sont pas contenues dans les seuls articles de la Constitution. D'autre part toutes les dispositions des textes à valeur constitutionnelle ne sont pas susceptibles de servir au contrôle de l'activité administrative.

Les articles de la Constitution ne sont pas les seules sources de la légalité constitutionnelle. Il faut y ajouter, en raison de l'interprétation qu'en a faite le Conseil constitutionnel, le Préambule, ainsi que les textes auxquels il fait lui-même référence, à savoir : la déclaration des droits de l'Homme de 1789, les principes particulièrement nécessaires à notre temps cités dans le préambule de la Constitution de 1946, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il faut y ajouter la Charte de l'environnement, depuis la réforme constitutionnelle qui en introduit la référence dans le Préambule (CE, 3 oct. 2008, Commune d'Annecy, n° 297931 reconnaissant valeur constitutionnelle à l'ensemble de la Charte).

Il existait une opinion assez commune selon laquelle la force juridique du préambule de la Constitution était sujette à caution. Elle n'a en effet été reconnue que tardivement par la jurisprudence constitutionnelle. A propos de la Constitution de 1946, la question de la valeur juridique du préambule s'était déjà posée et avait été résolue par la jurisprudence administrative dans le sens de la pleine valeur juridique de ce texte, puisque l'art. 81 garantissait « la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule » (CE ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, Rec.148, S 1948.3.33, note Rivero, pour une reconnaissance implicite, puis les arrêts du 7 juillet 1950, dont l'arrêt Dehaene, opèrent une reconnaissance explicite). En l'absence d'une telle référence, c'est par une option volontariste que le juge administratif s'est prononcé en faveur de l'intégration aux normes constitutionnelles du préambule de la Constitution de 1958 (CE sect., 12 février 1960 *Soc. Eky*, S 1960.131, concl. Kahn) et que le Conseil constitutionnel fit de même (CC, 16 juillet 1971, Liberté d'association, Rec.29, *AJDA* 1971.537, note Rivero, *RD publ.* 1971.1171, note Robert).

C'est au titre du Préambule que le Conseil constitutionnel a concrétisé les principales applications du principe de liberté : d'aller et venir (CC, 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, Rec.31), du commerce et de l'industrie, d'entreprendre; d'égalité (CC, 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, Rec.25) devant la justice, les charges publiques (CC, 20 janvier 1993, *Transparence de la vie économique*), d'égal accès aux emplois publics; et plus récemment du principe du "droit au recours" en tant que droit constitutionnel de tout individu à agir en justice pour que soient respectés ses droits et intérêts (CC, 21 janvier 1994, *Urbanisme et construction*, Rec.40; *Rev. adm.* 1994.75, note Morand-Deville, *RFDC* 1994.364, note Mélin). Néanmoins, il convient d'être prudent. Si le Préambule est bien dans son ensemble intégré aux normes constitutionnelles de référence, toutes ses dispositions ne sont pourtant pas suffisamment précises pour être appliquées (droit d'asile : CE, 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, Rec.263, *D* 1986.IR.278, obs. Julien-Laferrière; solidarité devant les calamités : CE, 10 décembre 1962, *Soc. indochinoise de constructions électriques*, Rec.676).

Tous les articles de la Constitution peuvent fonder juridiquement le contrôle de constitutionnalité.

Mais en pratique, seuls certains types de dispositions sont susceptibles d'être invoquées à l'appui d'un recours contre un acte administratif. Il s'agit d'une part des articles contenant des règles de compétence et de procédure. On rappellera ainsi les règles de répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre (qu'il s'agisse du pouvoir réglementaire général - Cf. supra - ou du pouvoir de nomination des fonctionnaires), et les règles de forme relatives au contresigne, les règles de répartition des compétences entre le Parlement et le gouvernement (art. 34 et 37), ainsi que les dérogations (art. 38 et 41), et les particularités (art. 53, art. 92).

Il s'agit d'autre part des articles qui posent des règles de fond sur des grands principes. La plupart touchent aux libertés publiques et individuelles. Il faut citer ici l'égalité devant la loi

(art. 2), les règles concernant le suffrage (art. 3), la liberté de l'action politique (art. 4), la libre administration des collectivités locales (art. 72), l'inamovibilité des magistrats (art. 64). Peu d'entre eux concernent la hiérarchie des normes elle-même (art. 55, art. 38).

§ 3. - Modalités du contrôle : la “jurisprudence” constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel rend des décisions qui s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (C 1958, art. 62). On peut expliquer cette disposition comme signifiant que ses décisions possèdent l'autorité relative de la chose jugée. Le Conseil d'Etat considère que les interprétations du Conseil constitutionnel le lient quant au texte interprété et quant au sens des normes de référence utilisées pour contrôler le texte (CE ass., 20 décembre 1985, *SA Etablissements Outters*, Rec.382, *RFD adm.* 1986.513, concl. Martin, *D* 1986.283, note Favoreu). Cette interprétation, aux termes mêmes du Conseil constitutionnel, ne peut pas être invoquée à l'encontre d'une autre loi, conçue d'ailleurs en termes différents (CE, 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, Rec.119, *AJDA* 1988.752, note Wachsmann, *RD publ.* 1989.432, note Favoreu). Il faut cependant réserver le cas où une loi conçue en termes distincts aurait un objet analogue (le Conseil veut sans doute dire identique) à celui des dispositions déclarées contraires à la Constitution (CC, 8 juillet 1989, *Loi d'amnistie*, Rec.48).

Dans l'exercice de son contrôle, le Conseil dégage et précise donc un certain nombre de normes par la définition des normes constitutionnelles de référence ou par l'attribution d'une valeur constitutionnelle à certains principes.

A. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

L'expression principe fondamental reconnu par les lois de la République a été inaugurée par la Constitution de 1946 dans l'idée de désigner ainsi l'ensemble de la législation démocratique et libérale de la IIIème République. Le Conseil d'Etat avait cependant immédiatement donné une valeur juridique au principe fondamental reconnu par les lois de la République que constituait la liberté d'association (CE ass., 11 juillet 1956, *Amicale des annamites de Paris*, Rec.317). C'est aussi à propos de la liberté d'association que le Conseil constitutionnel étendit le champ du contrôle constitutionnel (CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec.29, *AJDA* 971.537, note Rivero, *RD publ.* 1971.1171, note Robert).

En général, le Conseil constitutionnel évoque un texte pour "localiser" le principe fondamental, mais on ne peut soutenir qu'il s'agisse là d'un fondement juridique nécessaire. En effet, le principe fondamental reconnu par les lois de la République, comme tout principe se trouve à l'état diffus dans plusieurs textes législatifs de la IIIème République, il inspire des dispositions plus qu'il n'est lui-même exprimé. A preuve, la formulation du principe, même lorsqu'un texte est invoqué, n'est pas identique aux termes des dispositions citées, et il peut arriver que le Conseil constitutionnel ne mentionne pas de texte de référence (liberté individuelle, droits de la défense).

Sont ainsi au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République les principes 1. de la liberté d'association (CC, 16 juillet 1971 préc.); 2. de la liberté individuelle (CC, 12 janvier 1977, sans texte); 3. la liberté de l'enseignement (CC, 23 novembre 1977, art. 91 de la loi de finances du 31 mai 1931 - cavalier budgétaire) et 4. la liberté de conscience (id.); 5. l'indépendance de la juridiction administrative (CC, 22 juillet

1980, loi du 24 mai 1872 -qui ne portait que sur le Conseil d'État); 6. l'indépendance des professeurs des universités (CC, 20 janvier 1984, à propos d'incompatibilités qui n'étaient pas spécifiques de ce corps); 7. l'attribution à la juridiction administrative de l'annulation et la réformation des décisions des autorités administratives (CC, 23 janvier 1987, loi du 24 mai 1872); 8. l'attribution des questions de propriété immobilière aux tribunaux judiciaires (CC, 25 juillet 1989); 9. le respect des droits de la défense (CC, 2 décembre 1976 ou CC, 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, en se fondant non sur une loi, mais sur le préambule de la Constitution) en toute matière civile, pénale, administrative.

Le Conseil d'Etat a ajouté aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, de son propre chef, ce qui étonne certains commentateurs, le principe (10) selon lequel l'Etat français a l'obligation de refuser une extradition demandée dans un but politique (CE ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec.255, *AJDA* 1997.722, chr.; *RFD adm.* 1996.870, concl. Delarue, chr. Favoreu, Gaïa et Labayle; *AJDA* 1996.805; *LPA* 20 déc. 1996, p. 19, art. G. Pellissier et 27 déc., p. 12, art. Guiheux; *D* 1996.509, note Julien-Laferrière; *JCP* 1996.22720, note Pretot). Dans sa fonction consultative, il suggère également que serait un PFLR le principe selon lequel les corps de fonctionnaires de l'Etat ne pourraient être "maintenus ou constitués qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public" (CE avis, 18 novembre 1993, Transformation de France Télécom, *EDCE* 1994.320).

B. Les règles et principes à valeur constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel a fréquemment recours à l'expression de principe ou règle à valeur constitutionnelle. Il ne s'agit pas de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, mais de principes inspirant le texte même de la Constitution ou du préambule (CC, 18 janvier 1978, *Contre-visite médicale*, Rec.21), c'est-à-dire de principes constitutionnels qui peuvent ne trouver leur fondement que dans l'existence de la V^{ème} République.

Il est arrivé qu'un de ces principes à valeur constitutionnelle n'ait aucun fondement dans les textes constitutionnels. C'est l'exemple du principe de la continuité du service public (CC, 25 juillet 1979, *Continuité du service public de la radio-télévision*, Rec.33, *AJDA* 1980.191, note Legrand, *RD publ.* 1979.1705, note Favoreu). Ce genre de situation pose évidemment la question de la légitimité de la production normative propre du Conseil constitutionnel : le Conseil peut-il lui-même produire de nouvelles règles constitutionnelles ? Ainsi posée, il serait souhaitable que la réponse soit négative, mais elle ne peut de toute façon être que nuancée. On peut par exemple dénier à cette décision la qualité d'exception car, même si le texte n'est pas mentionné, il en existe un : l'article 5 de la Constitution définit la mission présidentielle par rapport au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et à la continuité de l'Etat. Par ailleurs, toutes les lois de la République sont inspirées par la notion même de continuité des services publics.

Est également reconnu comme principe à valeur constitutionnelle, celui de dignité de la personne humaine (CC, 27 juillet 1994, *Lois sur la bioéthique*, Rec.100, *RD publ.* 1995.54, note Rousseau, *D.* 1995.237, note Mathieu) à partir de la seule déclaration d'intentions précédant le préambule de la Constitution de 1958. Il est vrai de toutes façons que ce principe a été clairement à l'origine de l'élan constitutionnel de 1946 et qu'il figure dans tous les grands textes internationaux d'après-guerre, notamment la DUDH. Il s'agit peut-être même d'un principe philosophique nécessaire à l'existence du droit dans les sociétés occidentales. Il pourrait, dans certaines conceptions, relever du droit naturel.

Section II : La question des normes internationales

Les normes internationales sont des sources du droit français, mais ce phénomène est relativement récent et occupe une place à part dans la hiérarchie des normes. Il convient d'apprécier précisément l'originalité de cette place et les modalités de leur insertion progressive dans les sources de la légalité.

§ 1. - Applicabilité et valeur juridique des normes internationales en droit français

A. Principes

Le principe antérieur à 1946 est sans ambiguïté : le droit international public n'avait pas d'effet sur le droit administratif interne. Il ne pouvait pas être invoqué dans les litiges présentés devant les juridictions administratives.

La Constitution du 27 octobre 1946, art 26-28, consacre tout aussi clairement l'abandon de ce principe. Les accords et traités régulièrement incorporés dans l'ordre juridique interne ont force de loi. La première application donne lieu à l'un des "grands arrêts" (CE ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec.291, *RD publ.* 1952.781, concl. Letourneur, note Waline).

La Constitution de 1958, art. 52-55, confirme cet abandon et même le dépasse, puisque les traités et accords ont désormais une autorité supérieure à celle des lois.

Les traités et accords internationaux sont donc dotés d'une place précise dans la hiérarchie des normes, et plus largement d'un statut constitutionnel particulier. Cependant, deux remarques doivent immédiatement être faites. La première est que leur valeur supra-législatives, les traités et accords internationaux ne la tiennent que de la Constitution de 1958 et non d'une conception moniste du droit qui voudrait que par nature les normes internationales soient par nature d'une valeur supérieure aux normes nationales. Le Conseil d'Etat l'a rappelé sans ambiguïté (CE ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, Rec.xxx, *AJDA* 1998.1039, chron. ; *RFD adm.* 1998.1081, concl. Maugüé, note Alland ; *RD publ.* 1999.919, note Flauss). La seconde est que cette supériorité de principe n'est pas forcément synonyme d'une applicabilité parfaite dans la hiérarchie des normes internes, de même qu'il y a écran législatif et que certains ordres de juridictions ne s'estiment pas compétents pour apprécier la conformité de certaines normes à d'autres qui leur sont supérieures (écran législatif).

B. Mise en œuvre du principe par les ordres de juridiction

Aucun problème ne s'est posé pour les lois françaises antérieures aux traités. Ces derniers sont réputés abroger les premières (CE, 16 octobre 1953, *Huckel*, Rec.442).

Mais pour les lois postérieures aux traités, la mise en œuvre du principe de supériorité des traités et accords internationaux sur les lois par la jurisprudence nationale a été progressive, pour ne pas dire laborieuse.

L'ordre judiciaire

La Cour de cassation a reconnu en premier la primauté des traités, en l'occurrence du Traité de Rome, sur la loi postérieure (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Soc. des Cafés Jacques Vabre*, D 1975.497, concl. Touffait, *AJDA* 1975.567, note Boulouis, *RD publ.* 1975.1335, note Favoreu et Philip, *Clunet* 1975.820, note Ruzié, *RGDIP* 1976.960, note Rousseau, *Rev.crit. DIP* 1976.347, note Foyer et Holleaux). La Cour de justice des communautés européennes a rappelé que le juge national était tenu de laisser inappliquée toute disposition législative, même postérieure, contraire aux traités communautaires (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *AJDA* 1978.323, note Boulouis, *RTD eur.* 1978.540, concl. Reischl). Cette formulation rhétorique est importante, car c'est sous cette forme que le juge national a accepté de donner pleine application à l'article 55 de la Constitution.

a) L'ordre constitutionnel

Le Conseil constitutionnel estime, dans le cadre de ses missions, qu'il est compétent pour contrôler la conformité des traités à la Constitution, et il le fait de deux manières différentes.

D'une part, il existe une procédure spéciale à cet effet, prévue à l'article 54. Le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, le Premier ministre, ou le Président d'une des assemblées, apprécie si un traité ou accord international comporte une disposition contraire à la Constitution. Si oui, l'autorisation de ratifier ne sera soumise au Parlement qu'après révision de la Constitution. L'article 54 dans sa rédaction initiale a été mis en œuvre quatre fois entre 1958 et 1992. Dans les trois premières, le Conseil a conclu à la conformité des traités (CC, 19 juin 1970, *Ressources propres des Communautés*, Rec.15, *JCP* 1970.2354, chr. Ruzié, *RGDIP* 1971.241, note Rousseau, CC, 30 décembre 1976, *Élect. de l'Assemblée des Communautés*, D 1977.201, note Hamon, *JCP* 1977.18704, note Franck; CC 22 mai 1985, *Abolition de la peine de mort*, Rec.15). La dernière, relative aux accords de Maastricht, a abouti à une déclaration de non-conformité (CC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec.55, *RFD adm.* 1992.373, note Genevois, *Rev. adm.* 1992.218, note Etien, *RTD eur.* 1992.251 note Jacqué, *RD publ.* 1992.616, note Luchaire) et à une modification de la Constitution approuvée par le Congrès (loi n° 92-554 du 25 juin 1992, *RD publ.* 1992.980, note Luchaire). A cette occasion, la saisine de l'article 54 a été élargie à 60 députés ou 60 sénateurs, et il a été ajouté un article obligeant le gouvernement à soumettre au Parlement, dès leur transmission au Conseil des Communautés, les propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative. En application de cette modification constitutionnelle, 60 parlementaires ont saisi le Conseil constitutionnel du Traité de Maastricht, ce qui a donné lieu à une nouvelle décision de conformité (CC, 2 septembre 1992, *Traité de Maastricht*, Rec.76, *RFD adm.* 1992.950, note Genevois). Les traités examinés depuis au titre de l'article 54 ont tous abouti à la déclaration par le Conseil constitutionnel que leur ratification était subordonnée à une révision de la Constitution (Traité d'Amsterdam : CC, 31 décembre 1997, Rec.344 ; Cour pénale internationale : CC, 22 janvier 1999, Rec.17 ; Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : CC, 15 juin 1999, Rec.71). La compétence du Conseil cesse évidemment à l'égard de la loi autorisant la ratification du traité si elle est de nature référendaire (CC, 23 septembre 1992, Rec.94, *AJDA* 1993.151, note Picard, *RD publ.* 1992.1605, note F. Luchaire).

D'autre part, le Conseil constitutionnel peut être amené, au titre de l'article 61, à contrôler la conformité à la Constitution des lois de ratification des traités et accords les plus importants. Si le traité contient alors une disposition contraire à la Constitution, la loi sera déclarée elle-même contraire à la Constitution. On peut remarquer d'ailleurs que cette procédure n'a jamais été utilisée pour examiner la conformité à la Constitution de traités relatifs à la construction européenne avant l'accord de Maastricht, (pour exemple d'un accord multilatéral secret -Bénélux, France, RFA-, signé le 14 juin 1985, ratifié par un

simple décret publié au JO du 5 août 1986, mais entré en vigueur le 2 mars 1986, et découvert par un membre du Sénat en novembre 1988 : CC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, Rec.91, *AJDA* 1991.675, note Néel). Il faut remarquer que dans ce dernier exemple, le Conseil n'avait pas considéré les accords de Schengen comme porteurs d'une contrariété potentielle à la Constitution.

Mais le Conseil constitutionnel considère qu'il n'est pas habilité à contrôler la conformité des lois aux traités en vigueur (CC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec.19, *AJDA* 1975.134, note Rivero, *D* 1975.529, note Hamon, *Clunet* 1975.249, note Ruzié, *Rev. marché comm.* 1975.69, note Druesne). Il est vrai qu'à la différence de l'article 54, la Constitution ne lui confère pas expressément cette fonction, mais les raisons techniques invoquées parfois pour justifier l'opportunité de cette jurisprudence ne sont pas fondamentalement différentes de celles qui ont été abandonnées récemment par le Conseil d'État dans ce type de contrôle. Pour l'instant cependant, le Conseil se refuse à affirmer qu'une loi contraire à un traité serait contraire à la Constitution. Il existe cependant deux exceptions à ce refus. Ainsi, le Conseil constitutionnel contrôle la conformité de la loi à un engagement international lorsque celle-là assure l'application directe de celui-ci (CC, 30 décembre 1977, *Loi de fin. rectific. pour 1977* et *Loi de fin. pour 1978* (2 décisions), Rec.44, *RD publ.* 1979.468, note Philip, *RTD eur.* 1979.142, note Isaac et Molinier). Ainsi, depuis les art. 88-2 et 88-3 de la Constitution, les lois conçues pour mettre en œuvre le droit de vote des citoyens communautaires hors de leur pays d'origine "selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne" sont contrôlées au regard de ce dernier (CC, 2 septembre 1992, préc.). D'autre part, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il statue en matière électorale, vérifie que les dispositions législatives régissant les opérations électorales ne sont pas contraires aux conventions internationales (CC, 21 octobre 1988, *Elect. législ. du Val d'Oise*, Rec.183, *AJDA* 1988.128, note Wachsmann, *D* 1989.285, note Luchaire, *RFD adm.* 1988.908, note Genevois, appréciation au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme).

b) L'ordre administratif

Pendant plus de trente ans, le Conseil d'État a refusé de faire prévaloir le traité sur une loi postérieure contraire. Il estimait qu'il ne pouvait effectuer ce contrôle sans porter une appréciation sur la constitutionnalité de la loi elle-même. Là encore, la loi faisait écran (impl. CE sect., 1er mars 1968, *Synd. gén. des fabricants de semoule de Fr.*, Rec.149, *AJDA* 1968.235, concl. Questiaux, *D* 1968.285, note M.L., *RTD eur.* 1968.388, concl., note Constantinidès-Mégret, *RGDIP* 1968.1128, note Rousseau, pour le droit communautaire, CE, 19 avril 1968, *Heid*, Rec.243, pour le droit international en général).

Puis dans un arrêt Nicolo (CE ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec.190, concl. Frydman, *RFD adm.* 1989.813, concl., note Genevois, *AJDA* 1989.756, chr., note Simon, *D* 1990.135, note Sabourin, *RFD adm.* 1990.267, obs. Ruzié, *RTD eur.* 1989.771, note Isaac), le Conseil d'État a abandonné son ancienne jurisprudence abondamment critiquée.

Ce revirement signifie que le Conseil d'État interprète l'article 55 de la Constitution comme autorisant spécialement les juridictions à écarter l'application des lois qui seraient contraires à un traité. Il ne faut pas s'y tromper, il s'agit d'une habilitation exceptionnelle, car elle concrétise à la fois le fait que cette loi ait méconnu la hiérarchie des normes imposées par la Constitution, c'est-à-dire qu'elle est contraire à l'article 55, et le fait que le Conseil d'État se reconnaisse compétent pour déclarer cette contrariété-là de la loi à la Constitution, ce que par ailleurs il se refuse à faire. Reconnu pour la première fois relativement au droit communautaire, la supériorité des traités sur les lois a été appliquée par le Conseil d'État à propos du droit international en général (CE, 8 juin 1990, *Charbonneau*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1991.121, note Berger, Labayle et Sudre, pour la Convention européenne des droits de l'Homme; CE ass., 21 décembre 1990, *Conféd. nat. des assoc. familiales catholiques*, Rec.369,

concl. Stirn, *AJDA* 1991.157, *D* 1991.283, note Sabourin, *RD publ.* 1991.525, note J.-M. Auby, pour le Pacte international des droits civils et politiques). Elle s'étend aux lois référendaires de nature législative, c'est-à-dire issues de l'article 11 de la Constitution et aux lois organiques (CE ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, Rec.xxx, *AJDA* 1998.1039, chron. ; *RFD adm.* 1998.1081, concl. Maugüe, note Alland ; *RD publ.* 1999.919, note Flauss).

§ 2. - Modalités d' application

L'insertion des normes internationales à leur véritable place dans la hiérarchie des normes pose de nombreux problèmes d'application que l'on peut examiner en posant successivement quatre questions.

A. Les normes internationales sont-elles dans leur ensemble des sources du droit administratif ?

Il n'y a pas de doute pour les traités et accords ratifiés, qui font l'objet de dispositions textuelles de la Constitution (*Cf. supra*). Mais qu'en est-il pour la coutume internationale ou principes généraux de droit international reconnus par les nations civilisées ?

Sur la coutume internationale, la solution est implicite, mais elle n'est pas douteuse. Le Conseil constitutionnel a tôt reconnu que la violation de la coutume pouvait intervenir comme référence de son contrôle (CC, 30 décembre 1975, *Ile de Mayotte*, Rec.26, *AJDA* 1976.249, note Franck, *RD publ.* 1976.557, note Favoreu). Il s'est appuyé par ailleurs sur le 14^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (la République française se conforme "aux règles du droit public international") et sur la règle coutumière *pacta sunt servanda* pour ne pas appliquer aux traités le même raisonnement qu'aux lois (CC, 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, Rec.55). Le Conseil d'État admit également la prise en considération de telles normes (supposées d'effet direct en raison de leur précision) à l'appui de recours formés devant la juridiction administrative (CE sect., 23 octobre 1987, *Soc. Nachfolger Navigation Company Ltd*, Rec.319, *AJDA* 1987.725, chr., *RD publ.* 1988.836, note Auby, *RFD adm.* 1987.963, concl. Massot, *RFD adm.* 1988.345, note Ruzié, destruction par la Marine française d'un caboteur chypriote abandonné en haute mer -dans la Manche-, chargé d'explosifs). Il a confirmé cette applicabilité des coutumes internationales en droit interne (V. CE ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec.570, *RFD adm.* 1997.1068, concl. Bachelier, *AJDA* 1997.570, chr., *JCP* 1997.II.22945, note Teboul; *JCP* 1998.125, note J. Petit, des indices dans CAA Lyon, 5 avril 1993, *Aquarone*, Rec.439, *AJDA* 1993.720, note Teboul). Néanmoins, on ne peut pas considérer que le juge administratif se soit prononcé directement sur la place de la coutume internationale dans l'ordre juridique. Il a seulement affirmé que le juge administratif ne trouvait pas dans le 14^{ème} alinéa du Préambule de 1946 une habilitation suffisante pour l'autoriser à écarter l'application d'une loi. En revanche, un acte réglementaire contraire à une coutume, sans l'interposition d'une loi, encourrait clairement l'annulation. Cette solution a été confirmée dans les mêmes termes pour les principes généraux du droit international (CE, 28 juillet 2000, Paulin, Rec.xxx, Dr. fisc. 2001.358, concl. Jacques Arrighi de Casanova, D. 2001.411, note Gilbert Tixier). La coutume internationale et les principes généraux du droit international sont donc applicables en droit français, mais leur valeur n'est pas supérieure à celle de la loi.

En revanche, le Conseil d'État reconnaît aux principes généraux du droit communautaire, non écrits eux aussi, une valeur supérieure à celle des lois françaises (CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, *RFDA* 2002.166, note Paul Cassia ;

AJDA 2002.1219, article Anne-Laure Valembois) parce qu'ils ont, du point de vue du droit national, la même valeur que le Traité.

B. Quelles conditions doivent remplir les conventions internationales pour être applicables en droit administratif ?

- Les traités ou accords doivent être ratifiés ou approuvés, et publiés, conditions cumulatives, pour être applicables dans l'ordre juridique interne (art. 55). Les traités sont ratifiés (par décret du Président de la République) les accords sont approuvés (par acte administratif d'une autre autorité administrative, en général, le ministre des affaires étrangères) sans formalité particulière. Ils sont publiés par insertion au Journal Officiel (décrets du 14 mars 1953 et du 13 avril 1986).

Dans le régime de principe, les traités et accords sont applicables en France, dès leur publication au Journal Officiel s'ils concernent les droits et obligations des particuliers, et même sans publication s'ils s'adressent seulement aux autorités publiques.

Par dérogation, les traités les plus importants ne peuvent être introduits dans l'ordre juridique interne français qu'en vertu d'une loi votée par le Parlement autorisant le gouvernement à ratifier ces engagements (art. 53). Il s'agit des traités de paix, de commerce, ceux relatifs à l'organisation internationale, ou qui engagent les finances de l'État, modifient des dispositions de valeur législative, l'état des personnes, ou le territoire national.

Les conventions qui ne répondraient pas à ces conditions d'applicabilité ne sont pas intégrées à l'ordre juridique interne (CE, 18 avril 1951, *Élect. de Nolay*, Rec.189; CE, 23 décembre 1981, *Commune de Thionville*, Rec.484 ; CE ass. 18 décembre 1998, *Sarl du parc d'activités de Blotzheim*, AJDA 1999.180, chr.). Celles qui réunissent les conditions de procédure prévues font au contraire partie intégrante de l'ordre juridique, et en tant que de besoin, des normes de droit administratif. Elles s'imposent aux personnes publiques et privées (CE sect., 22 décembre 1961, *SNCF*, Rec.738, concl. Combarous, AJDA 1962.14, chr., *RD publ.* 1962.646). Il faut cependant pour être invoquée que la convention emporte par elle-même un effet direct, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas une simple recommandation (CE ass., 23 novembre 1984, *Roujansky*, Rec.383), et qu'elle ne nécessite pas de mesures d'application (CE ass., 8 juin 1979, *Conféd. gén. des planteurs de betteraves*, Rec.269).

- Pour être invocables devant le juge administratif, les traités ou accords doivent être directement applicables, c'est-à-dire contenir des engagements suffisamment précis pour connaître une traduction immédiate, sans recours à un acte juridique spécial. Le juge administratif français semble actuellement fonder l'invocabilité directe des conventions internationales sur la distinction précédente entre conventions créant des obligations entre Etats, et conventions créant des obligations au profit de leurs ressortissants (CE sect., 29 janvier 1993, *Mme Joséfa Bouilliez*, Rec.15, concl. Scanvic, note Ruzié, *RFD adm.* 1993.794, AJDA 1993.364, note G. Burdeau; *a contrario* V. CE ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec.70, AJDA 1985.406 ; D. Alland, « L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge », *RGDIP* 1998.203). Ne sont, par exemple, pas applicables les conventions de Berne et de Ramsar sur la conservation de la flore et la faune, la Charte sociale Européenne (1961, puis 1999), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (18 décembre 2000).

Cette question est fondamentale. Certains traités qui semblent pourvus d'un effet direct, ne sont pas reconnus comme tels par le juge (comme d'ailleurs certains alinéas du Préambule). Pour la Convention des droits de l'Enfant (de New-York, 26 janvier 1990), l'attitude des deux ordres de juridiction a même été contradictoire. Pour la Cour de cassation, la Convention était *dans son ensemble* dépourvue d'effet direct. Il n'était donc pas possible de s'en prévaloir dans un contentieux devant les juridictions judiciaires (Cass. 1ère civ., 10

mars 1993, *Lejeune*, D. 1993.361, note Massip; 3 juin 1993, *Babinet*, *Bull. civ. I*, n° 195). Cette interprétation restrictive a été fortement critiquée par la doctrine juridique et par deux membres de la Cour de cassation (Braunschweig, *Gaz. Pal.* 7 juil. 1995, p. 3), mais elle a été maintenue et fondée sur l'article 4 de la Convention (Crim. 18 juin 1997, LPA avril 1998, n° 39, note Massip) avant que finalement, la Cour procède à un revirement de jurisprudence (Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-20613 : JCP 2005 I, n° 199 p. 2421, applicabilité directe de l'article 3-1 qui prévoit que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, leur intérêt supérieur doit être une considération primordiale, et de l'article 12-2 relatif à la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant). Pour le Conseil d'Etat, il faut apprécier, pour chaque stipulation de la Convention, si elle est d'effet direct ou non. D'après les décisions rendues, seuls certains articles (16, 3-1, 4-1 et 10), qui garantissent le droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale en des termes proches de ceux de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, ont été déclarés d'effet direct (CE, 10 mars 1995, *Demirpence*, Rec.610; CE, 22 septembre 1997, *Cinar*, Rec.xxx, *AJDA* 1997.815, *JCP* 1998.10052, note Gouttenoire; CE sect., 23 avril 1997, *GISTI*, Rec.142, *AJDA* 1997.435, chr.; *RFD adm.* 1997.585, concl. Abraham). Il est donc possible de s'en prévaloir devant les autorités administratives.

Ne sont, en revanche, pas invocables par les particuliers, l'article 9 (droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents : CE, 29 juillet 1994, *Préfet de la Seine-Maritime*, Rec.954), les articles 12-1, 12-2 et 14-1, 30 (droit d'exprimer librement son opinion et droit de liberté de pensée, de conscience et de religion : CE, 3 juillet 1996, *Paturel*, Rec.256), les articles 24-1, 26-1 et 27-1 (droit de jouir du meilleur état de santé, droit de bénéficier de la sécurité sociale, droit à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement : CE sect., 23 avril 1997, *GISTI*, Rec.142), 2-1, 2-2, 3-2, 5, 6, 8 et 28. Parfois la justice est dentellière.

C. Quels sont les pouvoirs du juge administratif relativement à l'insertion des normes internationales dans l'ordre juridique interne ?

Le juge administratif français procède à l'étude de la source de ces normes, puisqu'il vérifie l'existence de la norme et sa mise en vigueur, c'est-à-dire la réalité de la ratification ou de l'approbation, ainsi que la régularité de celles-ci (CE ass. 18 décembre 1998, *Sarl du parc d'activités de Blotzheim*, *AJDA* 1999.180, chr.), et la publication. Depuis un revirement de jurisprudence récent le juge administratif s'est jugé compétent pour opérer l'interprétation de ces conventions (CE ass., 29 juin 1990, *GISTI*, Rec.171, *AJDA* 1990.621, concl. Abraham, note Teboul, *RFD adm.* 1990.923, note Lachaume, et 1085, obs. Ruzié, *RD publ.* 1990.1579, note Sabiani, *D* 1990.560, note Sabourin; l'ordre judiciaire fait de même Cass. soc. 29 avril 1993, concl. Chauvy, *Gaz. Pal.* 1994, n° 70-71). Cependant, il ne s'estime pas compétent pour examiner la condition de réciprocité fixée par l'article 55 (persistance du renvoi au ministre : CE ass., 29 mai 1981, *Rekhon*, Rec.220; *AJDA* 1981.459, chron. F. Thiberghien et B. Lasserre, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982, p. 65, note P. Lagarde; *RD publ.* 1981.1707, concl. J.-F. Théry ; CE ass., 9 avril 1999, *Chevrol-Benkeddach*, *AJDA* 1999.401, chron.). Le maintien de cette solution se justifie, bien que le Conseil ait abandonné le renvoi en interprétation et que la CEDH ait confirmé qu'en exerçant ce renvoi, le Conseil d'Etat n'était pas une juridiction au sens de la CESDH. En effet, l'appréciation de la réciprocité n'est pas une question de pure interprétation, qui relèverait du seul office du juge, c'est une question de fait qui nécessite non pas un renvoi pour interprétation, mais une mesure d'instruction auprès du même ministre, qui constitue alors une question préalable.

De plus, il existe en droit communautaire (où la réciprocité ne s'applique pas -CE ass. 21 décembre 1990, *Conféd. nat. des assoc. fam.*, RFD adm. 1065, concl. Stirn -) une procédure d'interprétation des traités et du droit dérivé : le renvoi préjudiciel des juridictions nationales à la Cour de justice des communautés européennes (art. 234 CE, ancien art. 177 TCE). Ce renvoi, obligatoire pour les juridictions suprêmes, ne se justifie qu'en cas de difficulté sérieuse, et ne concerne donc pas les dispositions claires du droit communautaire. Le Conseil d'État a réduit depuis 1989, le recours à cette "théorie de l'acte clair" (CE 26 octobre 1990, *Féd. nat. du Commerce extérieur des produits alimentaires*, Rec.294, RFD adm. 1991.159, concl. Fouquet), même s'il ne l'a pas abandonnée face aux argumentations dilatoires de certains requérants. Il accepte explicitement de se conformer aux interprétations de la Cour de justice des communautés européennes dans les litiges ultérieurs portant à soulever les mêmes textes ou les mêmes questions de droit (CE ass., 28 février 1992, *Soc. an. Rothmans International France*, et *Soc. Arizona Tobacco Products* (deux arrêts), Rec.78, RFD adm. 1992.425, note Dubouis, RD publ. 1992.1480, note Fines, RTD eur. 1992.265, note Simon, JCP 1992.2.21859, note Teboul, D 1992.207, art. Kovar).

D. Quelle est la valeur des actes dérivés des conventions internationales ?

On entend par actes dérivés les actes accomplis par les institutions fondées par une convention et qui tiennent de celle-ci le pouvoir d'édicter des actes juridiques applicables dans les États signataires de la convention ou membres de l'institution. Le problème se pose en pratique pour le droit communautaire européen.

La réponse à cette question n'est pas douteuse pour les règlements communautaires (art. 249, ancien art. 189 TCE). Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments et d'effet direct dans les États. Leur mise en vigueur est acquise par la publication au Journal Officiel des Communautés. Les normes qu'ils contiennent sont intégrées à l'ordre juridique interne et utilisables devant la juridiction administrative au même titre que les normes internes. Le Conseil d'État en tire la conséquence que les lois françaises doivent être conformes aux règlements communautaires et apprécie cette conformité d'une manière analogue à celle des traités et accords qui les fondent (CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec.250, AJDA 1990.863, chr., RFD adm. 1991.172, note Dubouis, illégalité d'un arrêté ministériel pris conformément à une loi de 1980 contraire à un règlement du Conseil des Communautés de 1972).

Pour les directives communautaires, un récent revirement de jurisprudence, adopte le même principe, mais rend délicate l'appréciation de la matière. Les directives obligent les États qui en sont destinataires à atteindre un certain résultat. Elles fixent donc des objectifs que les États sont tenus de réaliser, mais pour lesquels ils disposent du choix des moyens (CE, 7 déc. 1984, *Féd. fr. des soc. de protection de la nature*, Rec.410), notamment du choix entre loi et règlement pour leur réalisation. Le Conseil d'État reconnaît la supériorité de la directive communautaire sur la loi française et en détermine les conséquences (CE ass., 28 février 1992, *Soc. an. Rothmans International France*, et *Soc. Arizona Tobacco Products* (deux arrêts), Rec.78, RFD adm. 1992.425, note Dubouis, RD publ. 1992.1480, note Fines, RTD eur. 1992.265, note Simon, JCP 1992.2.21859, note Teboul, D 1992.207, art. Kovar). Le principe est donc maintenant le suivant : un particulier peut invoquer les dispositions d'une directive à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé contre un acte réglementaire, même si cet acte est conforme à une loi postérieure.

Cependant des questions subsistent quant à l'insertion des directives dans l'ordre juridique interne.

La premier type de questions concerne les recours pour excès de pouvoir exercés contre des mesures non réglementaires, lorsqu'ils sont directement et exclusivement fondés sur la directive. Le Conseil d'État les avait exclus par une jurisprudence Cohn-Bendit (CE, 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, Rec.524, *AJDA* 1979.3.27, chr., *D* 1979.155, concl. Genevois, note Pacteau, *Clunet* 1979.591, note Goldman, *JCP* 1979.19158, note Kovar, *RTD eur.* 1979.157, note Dubouis, *Rev. crit. DIP* 1979.649, note A. Lyon-Caen, expulsion d'un agitateur en 1969, contestée en se fondant exclusivement sur une directive, alors qu'elle aurait dû l'être sur un décret -existant !-, qui exigeait que ces recours soient fondés sur l'illégalité des mesures réglementaires d'application des directives (absence d'effet direct). Par une subtile modification de son attitude (CE ass. 6 février 1998, *Tête*, Rec.30, *AJDA* 1998.403 chr., *RFD adm.* 1998.407, concl. Savoie, *CJEG* 1998.283, note Subra de Bieusses, *JCP* 1998.10109, note Cassia, *Rev. concess.* 1998, p. 103, note Guiavarc'h), le Conseil d'État a posé ensuite qu'une norme nationale incompatible avec les objectifs de la directive ne peut pas servir de base légale à la mesure individuelle attaquée. Et cette incompatibilité peut s'apprécier non pas au regard de la loi, mais des principes généraux du droit. Enfin, il a été affirmé (CE sect., 2 juin 1999, *Meyet*, *AJDA* 1999.629, chr.) que les actes administratifs interprétatifs, c'est-à-dire ne constituant pas une décision, doivent respecter les normes internationales régulièrement insérées dans la hiérarchie des normes, en l'espèce, l'article 10 de la CESDH. Le rapprochement de ces deux dernières jurisprudences a mené à l'abandon de la jurisprudence Cohn-Bendit en 2009.

Le second type de questions est relatif à l'effet de la directive indépendamment de sa transposition. Selon la CJCE, les directives non transposées, mais inconditionnelles et suffisamment précises, sont invocables par les particuliers contre l'Etat, elles sont d'applicabilité directe (CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Rec.1337), invocables par substitution. Elles ne sont pas en revanche d'effet direct horizontal, c'est-à-dire invocables dans les relations entre personnes privées (CJCE, 14 juillet 1994, *Facini*, Rec.3325, *JCP* 1995.22358, note Level). Pour le Conseil d'État, la jurisprudence Cohn-Bendit exclut tout effet direct des directives (CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des Eaux*, Rec.225, *RFD adm.* 1994.252, note Terneyre, dernière confirmation). De ce que les directives ne peuvent pas être considérées comme des normes insérées complètement dans l'ordre juridique interne, le Conseil d'État déduit par ailleurs que "les autorités de l'Etat ne peuvent se prévaloir des dispositions d'une directive qui n'ont pas fait l'objet d'une transposition dans le droit interne" (CE sect., 23 juin 1995, *SA Lilly France*, *AJDA* 1995.496, chr.; *RFD adm.* 1995.1037, concl. Maugué, pas d'effet vertical descendant) même à la demande des particuliers. Cela complique la position des autorités administratives, puisque si elle fait application des règlements nationaux contraires aux objectifs d'une directive, elle commet aussi une illégalité. Par ailleurs, l'existence d'une disposition législative contraire aux objectifs d'une directive transposée ne rend pas légal le refus de prendre les mesures réglementaires conformes à cette directive (CE sect., 3 décembre 1999, *Assoc. ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, Rec.379, concl. Lamy, *AJDA* 2000.120 chron. *D.* 2000.272, note Toulemonde, *JCP* 2000.10319, note Evain).

Le troisième type de questions vient des multiples conséquences qu'emportent les modalités d'application et de transposition des directives. Tout d'abord, même si le délai de transposition n'est pas expiré, des mesures nationales qui risqueraient d'en compromettre l'objectif sont illégales (CE, 10 janvier 2001, *Assoc. France Nature Environnement*, *CJEG* 2001, p. 210, concl. Maugué. Allant un peu plus loin, la CJCE (22 nov. 2005, C-144/04, *Werner Mangold*, *JCP A* 2006, 1083, chron. Dubos) considère que les Etats membres sont tenus de s'abstenir de toute décision qui ne serait simplement pas compatible avec ses objectifs. Ensuite, la jurisprudence française (CE ass., 3 février 1989, *Alitalia*, TGD) impose à l'autorité réglementaire de ne pas laisser subsister dans l'ordre juridique des dispositions incompatibles avec une directive. Elle s'est étendue au législateur qui a

l'obligation de ne pas prendre de mesure nouvelle contraire aux objectifs des directives transposés, de ne pas supporter de carence ou de retard dans la transposition, et d'indemniser les conséquences de lois qui seraient intervenues en méconnaissance des engagements internationaux de la France (CE ass., 8 févr. 2007, Gardedieu, TGD). Le droit communautaire en posait depuis longtemps le principe (CJCE, 19 novembre 1991, *Francovitch et Bonifaci*, *AJDA* 1992.143, note Le Mire, *JCP* 199221783, note Barav, *RFD adm.* 1992.1, note Dubouis; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur*, *RFD adm.* 1996.583, note Dubouis, *Dr. adm.* 1996.319, note Auby; *AJDA* 1996.489, art. Simon). Enfin, la responsabilité de l'Etat est engagée en cas de violation du droit communautaire par ses propres juridictions, au cas exceptionnel où le juge aurait méconnu le droit applicable (CJCE, 30 sept. 2003, C-224/01, Köbler, TGD ; 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, *JCP A* 2006, 42, note Dubos).

Section III : Les normes législatives

La loi au sens large du terme est synonyme de règle générale et impersonnelle de droit écrit. Il est vrai que la loi possède ce caractère, mais on observe que le règlement partage avec elle cette généralité. De plus, le juge administratif reconnaît dans certains cas d'extension du pouvoir réglementaire une valeur juridique législative à des normes qui ne sont ni formellement, ni organiquement, des lois (ordonnances de l'art. 92; ordonnances de l'article 38 ratifiées; actes de nature législative pris par le Président de la République en application de l'article 16). Au sens strict, au contraire, la loi se distingue du règlement par des critères formels et organiques dans les périodes normales de l'activité des pouvoirs publics, mais aussi par ces critères matériels en raison du domaine assigné à chaque type de norme. Puisqu'on pose ici la loi comme norme dont le respect s'impose à toute personne publique ou toute personne privée chargée de la gestion d'un service public, il devient dès lors indispensable d'examiner les rapports entre la loi et le règlement. Ainsi, d'une part, en tant que source du droit, la loi limite et contraint l'intervention réglementaire des personnes publiques et des personnes privées chargées de la gestion d'un service public, par la stricte définition de son domaine, c'est une limite matérielle, elle tient à la matière dans laquelle l'acte est édicté. Mais la loi, reconnue par des critères organiques et formels, est d'autre part d'une valeur supérieure à celle du règlement. C'est une limite de conformité quant au contenu des actes administratifs.

§ 1. - Le domaine de la loi, limite à la compétence d'édition des actes administratifs

En pratique, il s'agit d'une limite pour les actes administratifs réglementaires, mais rien n'empêche qu'elle s'applique également aux autres actes administratifs. Une décision nominative intervenant dans le domaine législatif, pour modifier par exemple les obligations légales d'une personne juridique, serait évidemment sanctionnée par le juge administratif.

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

Les matières de la compétence exclusive et totale du législateur, dans lesquelles il fixe les règles, sont : les droits civiques et garanties fondamentales des libertés publiques, la nationalité, la capacité et l'état des personnes, le droit pénal et la procédure pénale, les principes fondamentaux de l'organisation juridictionnelle, la fiscalité, la monnaie, le droit électoral, la création de catégories d'établissements publics, les garanties statutaires des fonctionnaires, les nationalisations et privatisations. Dans ces domaines, la loi peut descendre dans les détails des mesures d'application et le pouvoir réglementaire ne trouver qu'un domaine résiduel (CE, 14 février 1964, *Soc. d'Oxygène et d'Acétylène d'extrême-orient*, et *Haberstroh* (deux arrêts), *AJDA* 1964.181 chr.). Cependant, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois peut parfois être utilisé pour étendre des dispositions législatives existantes à des matières qui n'en relevaient pas (régime électoral, prévu pour les autres

consultations, appliqué à la consultation référendaire CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, cité *infra*).

Le législateur est également compétent pour déterminer les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale, de la libre administration des collectivités locales, de l'enseignement, du droit de la propriété et des obligations, du droit du travail et du droit social. Dans ces domaines, le gouvernement dispose d'un domaine propre qui s'étend à toutes les mesures qui ne compromettent pas les principes fondamentaux (l'appréciation est délicate : CC, 27 novembre 1959, *S* 1960.102, note Giffard, *D* 1960.533, note Hamon, *Dr. soc.* 1961.141, note Teitgen; CE, 28 octobre 1960, de *Laboulaye*, *Rec.*570, *AJDA* 1961.20, concl. Heumann, *Dr. soc.* 1961.141, note Teitgen).

Le Conseil d'Etat peut d'ailleurs être saisi dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire par un recours pour excès de pouvoir, pour faire respecter le domaine de compétence législatif prévu à l'article 34. Il annulera alors les décrets pris dans des matières législatives comme édictés par une autorité incompétente. Rien ne semble exclure d'ailleurs qu'un parlementaire utilise cette procédure en raison de l'atteinte portée aux prérogatives du Parlement (CE ass., 24 novembre 1978, *Schwartz*, *Rec.*467, *AJDA* 1979.3.45, concl. Latournerie).

Par ailleurs, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, attrait dans les normes constitutionnelles de référence par le Préambule, pose que les limites de la liberté "ne peuvent être déterminée que par la loi", ce qui a une influence décisive sur les domaines touchant à la liberté individuelle, à la liberté d'opinion, à la liberté d'expression (notamment de la presse CC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi sur les entreprises de presse*, *Rec.*78, *AJDA* 1978.684, note Bienvenu, *RD publ.* 1986.395, note Favoreu) et à la propriété.

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

Il faut ajouter à ce domaine défini par les textes constitutionnels, ceux qui résultent de la jurisprudence réservant à la loi la possibilité d'écarter un principe général du droit (Cf. *infra*, CE sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, *Rec.*413, *D* 1951.593, note F.M., *Dr. soc.* 1951.246, concl. Delvolvé, *S* 1951.3.85, note Auby et de Font-Réaulx; CC, 26 juin 1969, *Protection des sites*, *Rec.*27, *AJDA* 1969.563), un principe relevant de la responsabilité publique (CE, 27 novembre 1985, *Consorts Fraysse*, *Dr. adm.* 1986.62), ou un principe relevant du droit des contrats administratifs.

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

Dans toutes les autres matières qui ne font l'objet d'aucune allusion dans les dispositions constitutionnelles précitées, le gouvernement a la faculté de prendre par voie réglementaire toutes les décisions de principe ou de détail : c'est ce que l'on a appelé les règlements autonomes (expression confirmée dans un arrêt CE, 8 février 1985, *Assoc. des centres E. Leclerc*, *Rec.*26, *RD publ.* 1986.256). Mais il faut préciser que ce pouvoir de prendre des règlements autonomes doit s'exercer dans le respect des principes généraux du droit (CE, 26 juin 1959, *Synd. gén. des ingénieurs-conseils*, *Rec.*394, *AJDA* 1959.1.153, chr., *RD publ.* 1959.1004, concl. Fournier, *S* 1959.202, note Drago, *Rev. adm.* 1959.381, note Georgel).

Le domaine réglementaire est également protégé contre les éventuels empiètements du législateur. Ainsi, dans le cas où une loi antérieure à la Constitution de 1958 aurait porté sur le domaine désormais réglementaire en vertu de l'article 37, son texte peut être modifié par un décret pris après avis du Conseil d'Etat. Dans le cas où une loi postérieure à 1958

pourrait empiéter sur le domaine réglementaire, le gouvernement dispose de deux moyens de faire respecter le domaine réglementaire. Pendant la procédure législative, d'une part, le gouvernement peut en application de l'article 41 de la Constitution, opposer l'irrecevabilité des propositions ou amendements qui ne seraient visiblement pas du domaine de la loi (le Conseil constitutionnel peut être amené à statuer en cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'assemblée). Après promulgation, d'autre part, le gouvernement en application de l'article 37 al. 2 peut demander au Conseil constitutionnel de constater le fait que la loi est intervenue dans le domaine réglementaire et en modifier le texte par décret simple (le refus d'user de cette procédure pour lever un obstacle à l'application en France du droit communautaire n'a pas été considéré comme un acte de gouvernement : CE sect., 3 décembre 1999, Assoc. ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Rec.379, concl. Lamy, *AJDA* 2000.120 chron. D. 2000.272, note Toulemonde, *JCP* 2000.10319, note Evain). Enfin, dans une situation intermédiaire, à l'issue de la procédure législative, mais avant promulgation, la loi peut également être soumise au Conseil constitutionnel par les moyens habituels sur le fondement de cette incompétence matérielle. Cependant, au cas où la loi a été votée en matière réglementaire, elle n'est pas inconstitutionnelle de ce simple fait (CC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, Rec.57, *Rev. adm.* 1983.360, note de Villiers), car le gouvernement n'est pas obligé d'opposer l'irrecevabilité, de même qu'il n'est pas obligé de récupérer les matières réglementaires occupées par le législateur. Ces lois seront simplement délégalisées à coup sûr par le Conseil s'il est saisi par la procédure adéquate.

En pratique relèvent du pouvoir réglementaire autonome : l'organisation administrative de l'Etat, la procédure administrative (non contentieuse ou juridictionnelle), procédure civile, contraventions de police, sous réserve bien sûr des zones qui à l'intérieur de ces champs de compétence relèvent de la loi (statut des magistrats, création d'ordres de juridiction, garanties des libertés publiques).

§ 2. - La valeur de la loi comme limite du contenu des actes administratifs

La loi est l'acte voté par le Parlement selon la procédure fixée par la Constitution et promulguée par le chef de l'État. Hormis le cas où le Conseil constitutionnel est saisi, le Président de la République est tenu de promulguer le texte de la loi dans les quinze jours. Mais il n'existe pas de délai minimum, ce qui n'exclut pas théoriquement que le Président puisse prendre de vitesse les autres acteurs autorisés à saisir le Conseil constitutionnel, en promulguant de manière accélérée (CC, 7 novembre 1997, *Réforme du service national*, Rec.235, *AJDA* 1997.974 chr.). Les lois entrent en vigueur un jour franc après leur publication à Paris, et dans les départements un jour franc après l'arrivée du Journal officiel à leur chef-lieu.

La puissance de la loi est grande, car elle est héritière de la mystique de la loi issue de la tradition républicaine. En effet, si le Conseil constitutionnel peut exercer un contrôle de conformité à la Constitution, il ne se prononce qu'avant l'étape finale, c'est-à-dire sur un texte adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées, mais qui n'est pas encore devenu, à défaut de promulgation, une loi au sens formel. Il faut également signaler que le Conseil constitutionnel ne contrôle pas la conformité à la Constitution des lois référendaires, parce qu'elles sont l'expression directe de la souveraineté nationale (le Conseil ne contrôle que la régularité des opérations de vote et proclame les résultats : CC, 6 novembre 1962, *Référendum du 28 octobre*, Rec.27, D 1963.398 et CC, 23 septembre 1992, *Loi*

constitutionnelle du 25 juin, JO 25 septembre 1992, p. 13337 pour la dernière, *AJDA* 1993.151, obs. Picard). Il faut dire que ces lois sont rares (six de 1958 à 1992) et que rien n'interdit expressément au législateur ordinaire d'en modifier ultérieurement le contenu (impl. CC, 14 juin 1976, *Élect. du Président de la République*, Rec.28; expl. CC, 9 janvier 1990, *Ammistie en Nouvelle-Calédonie*, Rec.12). Rien n'interdit ensuite au Conseil, en raison du changement de l'état du droit et des circonstances de fait, de se pencher quelques années plus tard lors de l'examen d'une loi ordinaire, sur des dispositions reprises textuellement d'une loi référendaire (CC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, citée *infra*). En revanche, il existe une hiérarchie des normes législatives entre elles, que le Conseil constitutionnel est amené à contrôler : les lois ordinaires doivent être conformes aux lois organiques, non parce qu'elles sont incorporées aux normes constitutionnelles de référence, mais parce que la Constitution les place expressément au-dessus des lois ordinaires (par suite inconstitutionnalité des dispositions des lois ordinaires non conformes aux lois organiques : CC, 11 août 1960, *Loi de fin. rectific.*, Rec.25, *D* 1961.471, note Hamon, *RD publ.* 1960.1020, note Waline; la solution est différente pour les traités ; CE, 4 nov. 2005, Président de la Polynésie).

A. Le refus des juridictions de contrôler la loi promulguée

On se souvient de l'exemple de l'écran législatif, où les juridictions administratives et judiciaires se refusent à censurer un règlement contraire à la Constitution mais conforme à une loi, au motif que cette décision comporterait implicitement une appréciation de la constitutionnalité de la loi elle-même. Dans le même ordre d'idées, ces juridictions se refusent aussi à examiner toute contestation portant directement sur une disposition législative, ou toute demande tendant à écarter l'application de la loi (par voie d'exception) en vertu de sa contrariété à la Constitution, sauf dans le cas prévu par la Constitution elle-même relativement aux traités (CE ass., 20 octobre 1989, *Roujansky*, *JCP* 1989.21371, concl. Frydman, note Gruber, symboliquement rendu le même jour que l'arrêt Nicolo, au cas où certains auraient voulu exagérer la portée de ce dernier; et CE ass., 21 décembre 1990, *Conféd. nat. des assoc. familiales catholiques*, Rec.369, concl. Stirn, *AJDA* 1991.157, *D* 1991.283, note Sabourin, *RD publ.* 1991.525, note J.-M. Auby; CE, 8 janvier 1997, *Tapie*, *AJDA* 1997.288 concl. Stahl, *RFD adm.* 1997.438).

Le Conseil constitutionnel lui-même refuse d'examiner les exceptions d'inconstitutionnalité dans les saisines qui ne sont pas fondées sur l'article 61 de la Constitution (CC, 21 octobre 1988, *Elect. législ. du Val d'Oise*, Rec.183, *AJDA* 1988.128, note Wachsmann, *D* 1989.285, note Luchaire, *RFD adm.* 1988.908, note Genevois). Pour ce qui est des saisines de l'article 61, qui ont précisément pour objet d'apprécier la conformité des lois à la Constitution, le Conseil constitutionnel avait à l'origine la même position (CC, 27 juillet 1978, *Monopole de la radio-télévision*, Rec.29, *AJDA* 1979.10.27, note Franck, *D* 1980.169, note Hamon), mais il l'a modifiée en acceptant que l'on puisse contester une loi promulguée dans les cas où elle est modifiée, complétée ou affectée dans son domaine par la loi dont il est précisément saisi (CC, 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec.43, *AJDA* 1985.362, note Wachsmann, *D* 1985.361, note Luchaire, *Rev. adm.* 1985.355, note de Villiers, *JCP* 1985.20356, note Franck ; première déclaration de non-conformité, CC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, *RD publ.* 1999.653, note Camby ; *AJDA* 1999.324, chron. ; art. 194 de la loi du 25 janvier 1985 sur l'inéligibilité "automatique" en application de la loi précitée sur le redressement et la liquidation des entreprises, alors même que la loi ancienne avait été soumise au Conseil !). En revanche une loi qui se bornerait à confirmer ou à détailler, ou à appliquer une loi antérieure ne pourrait pas donner lieu à une exception d'inconstitutionnalité.

B. Les projets d'élargissement de l'accueil de l'exception d'inconstitutionnalité

Il s'agit du projet de révision constitutionnelle, habituellement désigné de manière impropre comme l'élargissement à tout citoyen de la saisine du Conseil constitutionnel. En réalité ce projet, qui relève de l'initiative prise par le Président de la République le 14 juillet 1989, consiste à autoriser toute partie à une instance à soulever l'exception d'inconstitutionnalité devant toute juridiction lorsqu'un droit fondamental, une liberté publique est en cause. La juridiction, après avoir apprécié elle-même la recevabilité de cette exception devrait la transmettre à la Cour suprême de son ordre de juridiction qui en apprécierait le caractère sérieux avant de la transmettre au Conseil constitutionnel. Ce projet a été bloqué durant l'été 1990 par le Sénat qui l'a voté mais assorti d'amendements qui dépassent nettement sa portée. Le Président de la République s'est promis de le reprendre dans la réforme constitutionnelle d'ensemble annoncée le 30 novembre 1992. Le projet a été enrichi par les travaux du comité consultatif pour la révision de la Constitution et par un avis du Conseil d'Etat (*EDCE* 1994, p. 140 ss.). Le Premier ministre issu des élections législatives d'avril 1993 a déclaré cependant que cette réforme constitutionnelle n'était pas prioritaire, par rapport à celles de la Cour de justice de la République, du Conseil supérieur de la Magistrature, et de la possibilité de ne pas examiner les demandes d'asile au regard des principes posés par les lois prises pour l'application des accords de Schengen. C'est la réforme constitutionnelle de juillet 2008 qui instaure enfin une exception d'inconstitutionnalité, précisée par une loi organique, sous l'appellation critiquable « QPC ».

C. La loi et le contenu des actes administratifs

Les actes administratifs, en vertu de la hiérarchie des normes, doivent être conformes aux lois en général. Ils peuvent donc être attaqués par un recours pour excès de pouvoir fondé sur une violation de la loi, ou voir déclarer leur illégalité par la voie de l'exception d'illégalité dans le délai du recours contentieux. En ce qui concerne les actes administratifs réglementaires, le recours pour excès de pouvoir est également possible, mais de plus l'exception d'illégalité contre eux est perpétuelle. La conformité s'apprécie au regard du texte de la loi et non les dispositions d'un rapport annexé à une loi (CE ass., 5 mars 1999, *Conféd. nat. des groupes autonomes de l'ens. public*, *AJDA* 1999.462), ni au regard des objectifs et des orientations contenus dans le rapport accompagnant les lois de finances (CE ass., 5 mars 1999, *Rouquette et Lipietz*, *AJDA* 1999.463 chr.).

Dans le cas des actes administratifs d'application des lois, les règlements ne peuvent contredire la loi. La question se pose cependant de savoir ce qu'ils peuvent lui ajouter en la complétant ou en la précisant. Une première distinction est à faire quant au domaine dans lequel apparaît l'innovation. Si elle relève d'un domaine réglementaire, le contrôle du juge administratif ne s'exerce pas au regard de la loi dont il est prétendument fait application (mais il peut s'exercer bien sûr sur la conformité à l'ensemble des lois, Cass. Soc., 23 janvier 1992, *CPAM du Gers*, Bull.xxx, *RD publ.* 1992.840, concl. Chauvy). Lorsque l'innovation relève du domaine législatif, il faudra distinguer si elle est indispensable pour la réalisation des dispositions mêmes de la loi (CE, 12 décembre 1953, *Conféd. nat. des assoc. catholiques*, *D* 1954.511, note Rossillon; CE ass., 25 octobre 1991, *Synd. nat. de l'enseignement chrétien CFTC et autres*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1992.995, note Durand-Prinborgne; CE, 23 octobre 1992, *M. Diemert*, Rec.xxx, *AJDA* 1992.833, chr.). Dans la négative, le règlement est illégal. Cependant, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois peut parfois être utilisé pour étendre des dispositions législatives existantes à des matières qui n'en relevaient pas (régime

électoral prévu pour les autres consultations appliqué à la consultation référendaire CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, précité).

Dans le cas des règlements autonomes, un contrôle général de conformité à la loi s'exerce, puisqu'ils sont par principe soumis au contrôle de légalité par le juge administratif (CE, 12 février 1960, *Soc. Eky*, S 1960.131, concl. Kahn). Cependant, n'étant rattachés à aucune loi, les règlements autonomes ne peuvent pas subir de la part des juridictions administratives un contrôle aussi détaillé que les autres règlements, relativement à une norme supérieure précise.

Chapitre 3 : Les causes de l'illégalité d'un acte administratif

Les sources de la légalité ont été posées, mais elles ne suffisent pas à elles seules, à expliquer la façon dont les actes administratifs contraires à une norme supérieure peuvent être reconnus, puis déclarés illégaux, et dans certains cas annulés. Il s'agit maintenant de déterminer par quels moyens juridiques un requérant peut contester la légalité des actes administratifs. Ces moyens, dans leur principe, sont communs à toute contestation, qu'elle soit exprimée dans un recours pour excès de pouvoir, dans un autre recours contentieux, ou dans un simple recours administratif, qu'elle soit adressée au juge administratif ou au juge judiciaire.

Section I : L'illégalité externe

L'illégalité externe est la cause juridique qui affecte non le contenu de l'acte administratif mais la façon dont son auteur a procédé à sa production. Cette forme d'illégalité ne pose pas de véritable problème de qualification, elle est de celles que l'autorité administrative, qui doit être spécialement sensible au respect du principe de légalité ne devrait pas se permettre de commettre. C'est pourquoi une illégalité externe n'est jamais susceptible de régularisation. Il existe trois moyens d'illégalité : l'incompétence, le vice de procédure et le vice de forme.

§ 1. - L'incompétence

L'incompétence est le vice qui affecte un acte administratif lorsque celui-ci a été pris par une autorité administrative qui n'a pas été habilitée à cet effet. Il s'agit donc de l'incompétence de l'auteur de l'acte, ou incompétence administrative (par opposition à l'incompétence juridictionnelle qui concerne le régime d'introduction des recours contentieux).

A. Les types classiques d'incompétence, ou trois plus un font trois

Il existe en droit administratif, comme dans d'autres branches du droit, trois types d'incompétence : l'incompétence *ratione materiae*, l'incompétence *ratione temporis*, l'incompétence *ratione loci*, auxquelles il faut ajouter une particularité du droit administratif : l'incompétence négative.

1°) *L'incompétence matérielle* se concrétise lorsque l'autorité administrative prend un acte dans un domaine, dans une matière, qui ne sont pas inclus dans ses attributions normatives. Un exemple en a déjà été rencontré et abondamment étudié : celui où l'autorité administrative détenant le pouvoir réglementaire intervient dans les matières réservées par la Constitution au législateur (CE, 14 février 1964, *Soc. d'Oxygène et d'Acétylène d'extrême-orient*, et *Haberstroh* (deux arrêts), *AJDA* 1964.181 chr.). Ceux où une autorité réglementaire ajoute à ses modalités d'appréciation des dispositions non prévues par la loi (CE, 9 octobre 1992, *Mme Dabel-Clérin*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.155, obs. Salon; CE, 22 mai 1992, *GISTI*, Rec.xxx, concl. Abraham, *RFD adm.* 1993.567). Mais d'autres cas d'empiètement peuvent se produire entre deux autorités situées au même niveau de la hiérarchie des organes et des normes, ainsi l'annulation des circulaires réglementaires provient-elle du fait que le ministre a pris une mesure qui ne relevait pas de son pouvoir réglementaire spécial, mais du pouvoir réglementaire général (CE ass., 29 janvier 1954, *Instit. Notre-Dame du Kreisker*, Rec.64, *AJDA* 1954.2.5, chr.). L'annulation est aussi encourue lorsque le Premier ministre a pris en vertu de son pouvoir réglementaire général, une décision relevant du pouvoir réglementaire de l'autorité délibérante d'une autre personne publique (CE ass., 3 mars 1993, *Comité central d'entreprise de la SEITA*, Rec.41, *AJDA* 1993.199, concl. Schwartz, transfert du siège social d'une société nationale).

2°) *L'incompétence territoriale* est elle-même susceptible de deux interprétations. On peut tout d'abord penser qu'elle serait constituée dès qu'une autorité administrative prend un acte

hors du lieu où elles exercent normalement leurs fonctions. En réalité, il n'en est rien, aucune disposition constitutionnelle ou légale n'impose aux autorités administratives une telle obligation. On peut citer l'exemple l'ancien statut du service public de la Comédie française, en application du décret du 15 octobre 1812, signé par l'Empereur à Moscou (Trib. civ. Seine, 8 octobre 1952, *Gaz. Trib.* 1952.2.542, abrogé par D. 1er avril 1995), ou plus près de nous et avec une importance certainement équivalente, la réintégration de M. Tapie dans le gouvernement, signée par un Président de la République à Istanbul, lors d'une visite privée.

Le véritable cas d'incompétence territoriale se produit lorsqu'une autorité administrative produit des actes dont le champ d'application dépasse le ressort de sa circonscription. Ainsi en est-il lorsqu'un préfet prend une mesure de police concernant une personne qui ne réside pas dans son département (CE, 27 janvier 1950, *Perrin*, Rec.64), lorsqu'une autorité fiscale notifie un redressement à un contribuable qui ne réside pas dans son secteur d'assiette (CE sect., 6 juillet 1990, *Baptiste*, Rec.210).

3°) Le troisième type d'incompétence est *l'incompétence temporelle*, en vertu de laquelle une autorité administrative ne saurait prendre un acte pour lequel elle ne dispose pas encore, ou ne dispose plus de sa compétence. Ainsi, les autorités administratives doivent être régulièrement installées avant de produire des actes (CE ass., 27 avril 1973, *Delle Serre*, Rec.302, *AJDA* 1973.487, note Maisl). Elles ne peuvent plus produire certains actes à l'échéance du terme prévu par les normes supérieures (fin de l'habilitation à prendre des ordonnances de l'article 38 pour le gouvernement des décrets d'amnistie : CE sect., 22 novembre 1963, *Dalmas de Polignac*; D 1964.161, note Debbasch, expiration du mandat électif). Cela ne signifie pourtant pas que le Conseil d'État reconnaisse un principe général du droit dans l'adage populaire *avant l'heure c'est pas l'heure, après l'heure c'est plus l'heure*.

+ 1 Enfin, *l'incompétence négative* est une expression utilisée pour désigner le cas où une autorité administrative, loin de sortir de sa compétence, reste au contraire en deçà. Elle se refuse à prendre une décision qu'elle pourrait prendre au motif précisément qu'elle est incompétente (CE sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec.413, D 1951.593, note F.M., *Dr. soc.* 1951.246, concl. Delvolvé, S 1951.3.85, note Auby et de Font-Réaulx). En réalité, il ne s'agit pas d'incompétence au sens de la définition précédemment donnée, car l'autorité administrative n'a pas contredit ce qui n'est qu'une habilitation, c'est-à-dire une simple faculté. Il s'agit plutôt d'une erreur de droit commise dans le refus de prendre la décision demandée (évolution récente de la jurisprudence en ce sens : CE sect., 16 septembre 1983, *Dame Saurin*, Rec.390, *Dr. soc.* 1984.120, concl. Pauti).

B. Les vices de procédure affectant la compétence, ou l'incompétence "spécialité du Chef"

Le Conseil d'État assimile à l'incompétence certains vices de procédure. Il s'agit des cas où le gouvernement ne respecte pas la procédure de décision lui faisant obligation de décider après avis du Conseil d'État. Le Conseil d'État, organe juridictionnel, sanctionne ainsi le manque de respect au Conseil d'État, organe consultatif, car on n'est jamais si bien servi que par soi-même. Le gouvernement méconnaît ainsi son obligation lorsqu'il ne saisit pas le Conseil du projet de décision soumis à l'obligation de consultation (par ex. CE sect., 22 mars 1985, *Desbordes*, Rec.85, *AJDA* 1985.503, note Salon), ou lorsqu'il décide sans attendre le retour de l'avis, ce qui n'est effectivement pas poli (CE ass., 9 juin 1978, *SCI boulevard Arago*, Rec.237, *JCP* 1979.19032, concl. Genevois). Mais il en est de même dans les cas où le gouvernement prend une décision qui est différente, soit du projet initial de décision, soit du projet modifié par le Conseil, y compris sur des points de détail (CE 2 mai 1990, *Joannidès*, Rec.107, *AJDA* 1990.729, obs. Prétot, *RFD adm.* 1990.465). Dans tous ces cas, le

Conseil d'État déclare les actes nuls comme entachés d'incompétence (confirmations récentes, CE ass., 2 juillet 1993, *Assoc. de défense des droits mobiliers et immobiliers d'Antony*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.583, chr.; CE, 29 avril 1994, *Synd. nat. CGT-FO de l'ANPE*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1994.639).

Cette solution n'est évidemment pas justifiable par la logique juridique car, même dans la jurisprudence du Conseil, jamais un organisme consultatif n'est considéré comme auteur (ou co-auteur) d'une décision sur laquelle il rend un avis. Il ne saurait donc y avoir incompétence là où il n'y a pas auteur. Une annulation peut certes être considérée comme opportune en raison de l'importance particulière donnée à l'encadrement du pouvoir réglementaire (héritage des anciens règlements d'administration publique) par la procédure du décret après avis du Conseil d'État, mais il est inadmissible qu'elle enfreigne à ce point par ses motifs les principes juridiques élémentaires. Si le Conseil d'État tient à faire respecter la procédure de consultation, il peut utiliser par analogie la jurisprudence appliquée à l'avis conforme. Lorsqu'une décision ne peut être prise qu'après l'avis conforme, c'est-à-dire l'accord, d'un organisme consultatif, le défaut de respect de l'obligation est analysé par le Conseil d'État comme entachant la décision « d'un vice qui affecte la compétence de l'auteur de la décision » (CE, 29 janvier 1969, *Veuve Chanebout*, Rec.43), formule que l'on doit comprendre comme un vice de procédure qui entache la compétence et non comme une incompétence pleine et entière. Il en est de même lorsque la décision ne peut être prise que sur proposition (CE 30 juillet 1997, *Conféd. nat. de la prod. fr. de vins doux*, Rec.304, *JCP* 1998.I.127, chr. J. Petit). L'avantage commun à ces cas et au précédent est que le moyen tiré d'une telle méconnaissance est d'ordre public (CE ass., 13 juillet 1962, *Cons. nat. de l'ordre des médecins*, Rec.479, *RD publ.* 1962.739, concl. Braibant, sol. impl., défaut de consultation du Conseil constitutionnel pour modifier des textes en forme législative postérieurs à 1958).

§ 2. - Le vice de procédure

Le vice de procédure est le vice qui affecte un acte administratif lorsque celui-ci a été pris en violation des règles relatives aux étapes de sa production. Il peut s'agir de l'omission d'une procédure obligatoire ou de la dénaturation d'une procédure correcte par une irrégularité substantielle. De plus, selon le principe du parallélisme des procédures, la modification, ou la suppression, de l'acte sont illégales si elles ne respectent pas elles-mêmes les règles de production de l'acte qu'elles tendent à modifier ou supprimer.

Cependant le juge administratif n'est pas formaliste. Il tient compte des nécessités de la pratique administrative selon des modalités qu'il faut examiner précisément.

A. Le noyau dur de la procédure (ou le procès dur)

Le juge administratif se montre intransigeant sur quelques aspects irréductibles de la procédure. Tout d'abord, il sanctionne sans accommodements les vices de procédure qui entachent la compétence de l'auteur de l'acte (*Cf. supra* et CE, 8 mars 1991, *Ville de Maisons-Laffitte*, Rec.85, *AJDA* 1991.572, obs. Teboul, commissaire-enquêteur nommé par le président du tribunal administratif au lieu du préfet : illégalité de la déclaration d'utilité publique) ou ceux qui constituent une atteinte aux libertés fondamentales, aux garanties légales (TA Lille, 8 mars 1993, *Devos*, *AJDA* 1993.820, obs. Rivaux) ou aux principes généraux du droit (CE, 17 juin 1992, *Leclerc*, Rec.xxx, *RD publ.* 1992.1830, note R. Drago). Ensuite, les décisions illégales en raison d'un vice de procédure ne peuvent pas être

régularisées par l'accomplissement *a posteriori* de la bonne procédure (CE, 9 février 1962, *Buret de Sainte-Anne*, Rec.864). Enfin, lorsqu'une autorité administrative décide de se contraindre elle-même à suivre une procédure déterminée, elle ne saurait s'affranchir ponctuellement de cette procédure, ou prendre argument de son caractère facultatif devant le juge. Si la procédure ainsi instituée n'est pas respectée, la décision est illégale, c'est une conséquence particulière de la règle *Tu patere legem quam ipse fecisti* (CE ass., 22 juin 1963, *Albert*, Rec.385, *AJDA* 1964.112 ; à condition que l'irrégularité de procédure ait effectivement influencé l'avis ou la décision : CE sect., 19 mars 1976, *Bonnebaigt*, Rec.167, *AJDA* 1976.413, chron.; CE, 15 mai 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, *RFD adm.* 2000.879).

B. Le ventre mou de la procédure

Le juge administratif est très pragmatique pour la plupart des irrégularités procédurales.

1°) Ainsi, il est des irrégularités vénielles, secondaires, accessoires, c'est-à-dire non substantielles qui n'entraînent jamais l'illégalité des actes administratifs. Il en est ainsi des obligations d'information ou de délais purement indicatifs. Ces procédures ne sont pas prescrites à peine de nullité (CE, 28 juillet 1984, *Baillon*, Rec.306). Les procédures qui ont été prévues dans le seul intérêt de l'autorité administrative peuvent ne pas entraîner l'illégalité de l'acte (CE, 24 octobre 1919, *Bonvoisin*, Rec.776).

2°) Il arrive aussi que des irrégularités substantielles ne soient pas considérées par le juge comme cause d'illégalité. Cette appréciation résulte de l'appréciation des circonstances de fait.

C'est le cas d'abord en raison d'une absence de lien de causalité ou d'intérêt : la violation d'une règle de procédure n'a pas eu d'influence sur la décision finalement prise ou n'a pas privé les particuliers des garanties que ces procédures devaient assurer (CE ass., 7 mars 1975, *Assoc. des amis de l'abbaye de Fontevraud*, Rec.179, *AJDA* 1976.208, note Hostiou, omission d'un avis; CE sect., 15 juillet 1964, *Sterboul*, Rec.406, omission de communiquer une pièce dans une procédure disciplinaire). C'est le cas ensuite, lorsque la règle de procédure était impossible à respecter, soit en raison de l'obstruction opposée par les intéressés (CE sect., 12 octobre 1956, *Baillet*, Rec.356, *D* 1956.664, concl. Long, membres d'une commission ne répondant pas aux convocations), soit lorsque l'organisme à consulter n'existe pas (CE, 12 juin 1987, *Ferretti*, Rec.658), ou *À l'impossible nul n'est tenu*. C'est le cas enfin de la non reconnaissance d'une caducité, si malgré un délai long entre l'accomplissement de la formalité de procédure et la décision, il n'y a eu aucun changement des circonstances de fait (CE ass., 17 avril 1970, *Dame Fusy*, Rec.255, *AJDA* 1970.434, note Homont, concl. Braibant).

Le juge administratif ne considère pas non plus comme cause d'illégalité, l'omission de certaines procédures pourtant substantielles lorsqu'il s'avère qu'elles ont été remplacées par des procédures équivalentes (CE ass., 26 novembre 1976, *Soldani*, Rec.508, *AJDA* 1977.26, chr., *JCP* 1978.18959, note Balmond et Y. Luchaire, consultation du Conseil général à défaut de la commission départementale, qui n'en était qu'une émanation ou *Qui peut le plus peut le moins*).

Enfin, comme dans d'autres matières, le juge administratif admet que les exigences de respect des procédures soient assouplies en cas de circonstances exceptionnelles ou d'urgence (*Cf. infra*).

§ 3. - Le vice de forme

Le vice de forme doit être distingué du vice de procédure, car il ne concerne, comme son nom l'indique, que la forme, la présentation extérieure de l'acte (*instrumentum*), alors que le vice de procédure porte sur le processus de production, l'enchaînement des opérations matérielles et réelles de cette production. La forme ne fait que témoigner du fait que la procédure a été respectée.

Dès lors les exigences du juge administratif sont encore moins marquées que pour le vice de procédure. Les seules formes absolument imposées sont : la signature de l'acte par son auteur, ainsi que la mention de ses prénom, nom et qualité administrative (loi du 12 avril 2000) le contreseing dans le cas où il est prévu par la Constitution (CE sect., 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport de Paris-Nord*, Rec.580, *AJDA* 1977.136, chr.), la motivation de l'acte dans les cas où elle est obligatoire (*Cf. infra*). Encore pour ce dernier cas, les circonstances exceptionnelles ou l'urgence, l'ordre public, la conduite des relations internationales peuvent-ils être invoqués (*Cf. infra*).

Section II : L'illégalité interne

L'illégalité interne est la cause juridique qui affecte le contenu de l'acte administratif. Elle le vicie de l'intérieur et l'attaque dans son être. C'est la nature même de l'acte, le fond même de l'intervention de son auteur, qui sont contestables quand apparaissent des moyens d'illégalité interne. Le Conseil d'État considère implicitement que la cause juridique d'illégalité interne doit être sanctionnée plus vigoureusement encore que celle d'illégalité externe, et lorsque les deux causes se cumulent sur un même acte, il répond de plus en plus fréquemment au requérant en annulant l'acte sur le seul fondement de l'illégalité interne.

Il est possible de distinguer de nombreuses variétés de l'illégalité interne, mais elles se regroupent en trois catégories dont l'une, plus complexe, exige d'autres subdivisions. On peut les désigner ainsi : détournement de pouvoir, violation directe d'une norme supérieure, vice des motifs.

§ 1. - Le détournement de pouvoir

Le détournement de pouvoir est, de tous les moyens d'illégalité interne, celui qui vicie le plus profondément l'acte administratif. En effet le détournement de pouvoir porte directement sur les buts de l'acte, sur les intentions de son auteur, sur les présupposés de l'intervention administrative. Il s'agit presque pour le juge administratif de contrôler la moralité de l'action administrative. S'agissant d'une appréciation subjective du juge, l'existence d'un détournement de pouvoir relève de l'appréciation souveraine du juge du fond et ne donne pas lieu à examen en cassation (CE sect. 3 juillet 1998, *Mme Salva-Condert*, Rec.297, *RFD adm.* 1999.112, concl. Hubert, note Bourrel, *AJDA* 1998.792, chron, *D.* 1999.101, note Hostiou). Si l'autorité administrative a produit un acte dans un but autre que celui pour lequel elle dispose de sa compétence d'action, il y aura détournement de pouvoir et l'acte sera annulé. Le juge administratif effectue un choix très clair qui aboutit à une annulation pleine et entière car il s'agit d'un vice majeur qui ne prête guère à des subtilités dans l'appréciation des conséquences de l'illégalité.

Il existe deux types principaux de détournement de pouvoir, en fonction du degré d'éloignement du but poursuivi par rapport à ceux qui sont légitimement ceux de l'action administrative.

A. La poursuite d'un but privé

C'est le cas le plus flagrant de détournement de pouvoir. Il arrive, exceptionnellement bien sûr, qu'une autorité administrative utilise sa compétence de production des actes pour régler des affaires d'ordre purement privé, soit à son profit direct, soit, par pure générosité au profit d'autres personnes privées, mais en tout cas, en l'absence d'intérêt public, voire contre celui-ci. On peut ainsi relever mutations et licenciements d'agents communaux pour des raisons politiques (CE, 16 novembre 1900, *Maugras*, S 1901.3.57, note Hauriou), fermeture par le maire, grâce à ses pouvoirs de police, d'un établissement de divertissement aux périodes où il concurrençait son propre commerce de débit de boissons (CE, 14 mars 1934, *Delle Rault*, Rec.337, l'interdiction n'était ni générale ni absolue...), utilisation de la procédure d'expropriation pour favoriser exclusivement ou principalement des intérêts

privés (CE, 4 mars 1964, *Veuve Borderie*, Rec.157, *AJDA* 1964.624, note P.L.), modification du plan d'occupation des sols avec le seul but de permettre une opération purement privée (CE, 19 juin 1991, *Ep. Johannet*, Rec.244; CE, 9 juillet 1997, *Ben Abdulaziz Al Saoud*, *Dr. adm.* 1998.38, obs. L.T.).

Ces cas de détournement de pouvoir sont assez rares et (ou parce que ?) ils sont assez difficiles à prouver, même si le juge administratif considère que les présomptions sérieuses non combattues par l'autorité administrative font preuve (CE, 3 avril 1991, *Commune de Basse-Pointe*, *Dr. adm.* 1991.301). De plus, il n'est pas anormal qu'une décision prise en vue d'un intérêt public ait pour effet secondaire de favoriser certains intérêts privés (CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, Rec.561, *AJDA* 1972.227, note Homont, où la déviation d'une route favorisant le trafic en général profite à un constructeur d'automobiles privé, qui détient les mêmes droits d'emprunter ces routes que les autres usagers et qui représente un intérêt économique régional).

B. La poursuite d'un intérêt public étranger aux compétences exercées

Une autorité administrative peut fort bien commettre un détournement de pouvoir alors même qu'elle poursuit un intérêt public. Il suffit pour cela qu'elle exerce son pouvoir dans un but différent de celui pour lequel elle l'a reçu.

Une première série de cas marque l'exercice, avec un but illégitime, du pouvoir réglementaire. Par exemple, le gouvernement ne saurait utiliser ce pouvoir pour tenir en échec l'autorité de la chose jugée (CE ass., 13 juillet 1962, *Bréart de Boisanger*, Rec.484, *AJDA* 962.549, chr., *D* 1962.664, concl. Henry, où le gouvernement a modifié des décrets statutaires de la Comédie française avec pour seul objectif de ne pas respecter l'obligation née de l'annulation par le Conseil d'État de la révocation illégale de l'administrateur, et pourtant l'intérêt public de la qualité du théâtre peut commander souvent que l'on se débarrasse de certains metteurs en scène...). De même un Conseil municipal ne saurait utiliser les pouvoirs d'aide sociale réservés aux situations individuelles difficiles pour compenser auprès de ses contribuables l'augmentation d'un impôt local (CE, 23 mars 1988, *Ville de Puteaux*, Rec.130, *RFD adm.* 1988.729, concl. Fouquet).

Une deuxième série de cas, à l'origine de la reconnaissance de ce moyen d'illégalité au XIX^{ème} siècle, relève de la poursuite du seul intérêt financier d'une personne publique. A la suite de la nationalisation des entreprises de fabrication d'allumettes (loi du 2 août 1872), qui prévoyait une indemnisation (juste et préalable) des propriétaires, le ministre des finances avait donné l'instruction aux préfets d'user de leurs pouvoirs de police pour fermer immédiatement les usines en invoquant la violation de la législation sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres... en pensant minimiser ainsi l'indemnité totale à verser. Le détournement de pouvoir fut alors reconnu (CE, 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonier-Carriol* (2 arrêts), Rec.934) et les arrêtés préfectoraux annulés.

Là encore, il n'est pas exclu qu'une autorité administrative prenne un acte à titre principal pour satisfaire l'intérêt public en vertu duquel elle dispose des compétences, mais qu'elle ait à titre accessoire la préoccupation de ses intérêts financiers (CE, 7 décembre 1983, *Commune de Lauterbourg*, Rec.491, *D* 1984.583, note Hostiou, *Rev. adm.* 1984.154, note Pacteau).

§ 2. - La contradiction directe d'une norme supérieure

Les théoriciens du droit de la fin du XIX^{ème} siècle présentent ce moyen d'illégalité interne comme la « violation directe de la loi ». Il est plus exact de dire aujourd'hui qu'il s'agit d'une contradiction directe d'une norme supérieure.

Ainsi, un règlement qui contredirait, dans certaines de ses dispositions, la loi qu'il a pour mission d'appliquer serait entaché de contradiction directe avec une norme supérieure. Il serait alors illégal et encourrait l'annulation des dispositions litigieuses. Mais il en irait de même pour un règlement ne respectant pas un principe général du droit, par exemple en comportant des dispositions rétroactives, ou pour une décision nominative contraire à un règlement.

Il s'agit d'une application directe de la hiérarchie des normes, lorsque celle-ci est susceptible de recevoir application de la part des juridictions devant lesquelles on les invoque. Pourtant, cette contradiction ne se constate pas si simplement qu'on pourrait le penser (CE, 23 octobre 1992, *M. Diemert*, Rec.xxx, *AJDA* 1992.833, chr.), même si ses variétés sont potentiellement multiples (Cass. Soc., 23 janvier 1992, *CPAM du Gers*, Bull.xxx, *RD publ.* 1992.840, concl. Chauvy, "La sécurité sociale malade de la hiérarchie des normes : de la crise d'illégalité à l'inexistence"). L'illégalité interne constatée est absolument radicale puisqu'elle traduit une contrariété totale de contenu de l'acte administratif avec l'ordonnement juridique.

Mais il faut y assimiler les cas où la violation, au lieu d'être directe, résulte d'une incompatibilité entre l'acte contesté et une norme qui lui est supérieure. La jurisprudence administrative en donne deux domaines privilégiés d'illustration : le droit de l'urbanisme et l'insertion du droit international dans l'ordre juridique français. Dans le premier cas, la compatibilité est appréciée de manière à laisser des possibilités d'écart et d'articulation souples entre les schémas directeurs et les plans d'occupation des sols, les textes n'ayant pas donné de valeur juridique précise aux schémas. Dans le second cas, il s'agit d'un moyen pour le juge administratif de ne pas sanctionner certaines contrariétés entre les lois nationales et les normes issues des traités et accords internationaux. Provenant d'une préoccupation pragmatique dans les deux cas, la distinction juridique ainsi opérée est particulièrement faible et laisse subsister de nombreuses incertitudes à la fois sur l'état du droit positif et sur les méthodes de contrôle du juge administratif. Les acteurs du droit administratif gagneraient, selon moi, à exclure toute valeur juridique à cette notion de rapport de compatibilité.

§ 3. - Le vice des motifs

L'illégalité interne, hormis les cas où elle provient de cas flagrants, comme l'erreur de but du détournement de pouvoir ou l'erreur de contenu comme la contradiction directe d'une norme supérieure, peut résulter plus finement d'un vice propre aux motifs de l'acte. La jurisprudence ici se fait très subtile.

Le vice des motifs n'est pas fondamentalement différent de l'erreur de but, car il s'agit de déterminer pour quelles raisons l'acte a été pris, ce qui peut englober le but, ni fondamentalement différent de l'erreur de contenu car déterminer que l'acte n'a pas été pris pour de bonnes raisons c'est aussi dire qu'il est contraire à l'ordonnement juridique c'est-à-dire à une ou plusieurs normes supérieures, peut-être à des normes plus générales ou à une combinaison de normes. Il s'agit en fait de vérifier que l'acte administratif s'inscrit dans l'ordre juridique dans un rapport qui n'impose pas une conformité, mais qui nécessite la compatibilité.

Il ne faut pas s'y tromper, il s'agit là du cœur du contrôle de la légalité interne par le juge. La question est de savoir si l'acte est en tout point irréprochable, s'il est conforme à la fois à

la réalité, à la rationalité, aux principes de fonctionnement du système de droit lui-même. Dans cet examen, le juge peut rechercher trois types d'erreurs (cela ne veut pas dire qu'il le fasse dans tous les cas, *Cf. infra*) : l'erreur de fait, l'erreur de droit, l'erreur sur la qualification juridique des faits.

A. L'erreur de fait

Un acte administratif se doit de respecter en tout point le principe de réalité. Une autorité administrative ne saurait se fonder sur des faits matériellement inexacts pour produire un acte, car cela signifierait qu'elle ne prend pas sa décision en connaissance de cause. Or, pour agir, c'est une condition nécessaire, il faut savoir. C'est encore une norme morale d'action que le juge fait respecter.

Le Conseil d'État a posé sa jurisprudence après le tournant du siècle (CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec.15, *RD publ.* 1917.463, concl. Corneille, note Jèze). Le gouvernement avait révoqué un maire (les temps changent...) pour n'avoir pas assuré la sérénité d'un convoi funèbre. Or, les pièces du dossier prouvent l'inexactitude des faits reprochés. Le Conseil d'État déclare exercer alors un contrôle de la matérialité des faits et annule la sanction. Les applications de cette jurisprudence sont constantes (CE, 30 novembre 1979, *Léon*, Rec.851, *RD publ.* 1980.1201, l'autorité administrative déclare un marin inapte à servir au motif qu'il est épileptique, une expertise dément l'affirmation), et elles s'étendent parfois aux cas où les faits ne sont pas inexacts, mais où plus discrètement, ils ne sont pas prouvés (CE, 3 novembre 1989, *Soc. China Town Ltd*, Rec.824, fermeture d'un restaurant en se fondant sur des faits non établis).

L'erreur de fait reste rare parce que les autorités administratives statuent en général sur dossier, prennent leur temps et procèdent à de nombreuses vérifications et recoupements. Cependant, il faut noter une particularité : l'erreur de fait est si déterminante - elle nie l'évidence - qu'elle vicie la légalité d'un acte, même lorsque le fait invoqué par l'autorité administrative n'était pas nécessaire à sa décision (CE, 20 janvier 1922, *Trépont*, Rec.65, *RD publ.* 1922.81, concl. Rivet, note Jèze). Il n'y a là aucune analogie avec l'illégalité d'une décision prise en méconnaissance d'une procédure que l'autorité administrative s'est elle-même imposée, qui se fonde sur la règle *Tu patere legem*. La décision est frappée d'illégalité interne parce qu'elle est prise sur la base de faux éléments, et que son contenu, son effet, son opportunité n'ont pu, de ce fait, être correctement appréciés.

B. L'erreur de droit

D'une part, lorsqu'une autorité administrative commet une erreur de droit, la production de son acte introduit dans l'ordonnement juridique une discordance, une irrégularité, une incompatibilité. Ce faisant, elle ne respecte pas la hiérarchie des normes. D'autre part, elle encourt le même reproche que dans le cas précédent : sa décision est fondée sur une erreur, elle n'est pas prise en connaissance de cause. Le juge sanctionne l'erreur de droit comme vice de motifs, ou motifs juridiquement erronés, en constatant l'illégalité interne de l'acte, et en l'annulant dans les cas où il peut le faire. Il existe plusieurs cas d'erreurs de droit.

a) Le défaut de base légale

Ce cas se rencontre lorsqu'une autorité administrative entend fonder sa décision sur une norme juridique inexistante, non encore entrée en vigueur, ou sortie de vigueur; ou encore si elle fonde sa décision sur une norme qui n'a pas de rapport avec la matière concernée et qu'il n'existe pas d'autre fondement normatif. Ainsi, sera frappée d'illégalité interne le refus

d'un permis de construire fondé par le maire sur un plan d'occupation des sols non publié (CE, 7 juillet 1976, *Arnaud*, Rec.1069, *JCP* 1977.18596, note Liet-Veaux), le refus de différer la mise à la retraite d'un fonctionnaire par un ministre qui se fonde sur des dispositions à but exclusivement financier du code des pensions (CE, 20 juillet 1988, *Mme Denis*, Rec.298). Cependant, le juge administratif constatant le défaut de base légale, mais identifiant un autre fondement permettant de produire l'acte, peut procéder à une substitution de base légale, si elle aboutit à maintenir l'acte administratif (CE sect., 8 mars 1957, *Rozé*, Rec.147, concl. Mosset; et en cassation, CE ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, Rec.194, concl. Kessler, *RFD adm.* 1993.1002, *AJDA* 1993.579, chr.).

b) L'établissement de l'acte sur une norme elle-même illégale

Il ne s'agit en fait que d'une conséquence de la contradiction directe d'une norme à une norme supérieure. Par exemple, l'autorité administrative conformément à un règlement qui en dispose ainsi, rejette une demande, alors que le règlement est lui-même contraire à la loi qui confère un droit à voir cette demande satisfaite (CE sect., 30 avril 1976, *Lacorne*, Rec.224, *RD publ.* 1986.1362).

c) La méconnaissance du sens de la norme

Le troisième cas d'erreur de droit est le plus important et il relève fondamentalement de l'office du juge, qui est de dire le droit : l'autorité administrative fonde sa décision sur une norme existante, applicable, légale, mais elle se trompe sur le sens de cette norme : elle la dépasse ou la méconnaît.

Par exemple, le conseil de l'Ordre des médecins a cru être obligé de rejeter une demande parce qu'elle était présentée hors du délai indiqué par les textes, alors que ce délai n'était pas imparté à peine de forclusion (CE, 3 mars 1976, *Valette*, Rec.117, *RD publ.* 1976.1074), le ministre des affaires étrangères a considéré comme irrecevable une demande de naturalisation en se trompant sur le sens à donner aux conditions de résidence données par les textes (CE, 29 novembre 1989, *Jeanne*, *AJDA* 1990.342, concl. Abraham), une autorité administrative a cru pouvoir refuser des droits à congés en se fondant sur la seule appréciation de l'état de santé d'un requérant (CE sect., 24 janvier 1992, *Centre hospitalier général d'Aix-en-Provence*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1993.297, concl. Legal), le juge du premier degré a cru pouvoir reconnaître un acte juridique donné alors qu'il s'agissait d'un autre (CE, 29 janvier 1993, *SEM d'aménagement de la ville de Martigues* et *Synd. intercommunal des eaux de La Dhuy* (2 arrêts), Rec.xxx, *RFD adm.* 1993.746, concl. Legal, *AJDA* 1993.301, note Guglielmi); le ministre a cru pouvoir refuser de constater un état de catastrophe naturelle au motif que le risque était assurable, ce dont la loi ne tire aucune conséquence (CE, 10 février 1993, *Ets Jean Diant et Cie*, *AJDA* 1993.580, obs. Prétot).

d) Le détournement de procédure

C'est là une expression trompeuse, parce que d'une part le détournement de procédure n'est pas un vice de procédure, c'est-à-dire une illégalité externe mais bel et bien une erreur de droit, c'est-à-dire une illégalité interne; parce que d'autre part, le parallélisme de l'expression fait penser au détournement de pouvoir, alors que le plus souvent cela n'en est pas un. Le détournement de procédure est constitué dès que l'autorité administrative utilise une procédure dans un but autre que celui dans lequel elle est instituée (CE, 17 janvier 1902, *Favatier*, *S* 1903.3.97, note Hauriou, où l'autorité administrative utilise la procédure d'alignement moins coûteuse et plus simple que celle de l'expropriation qui aurait dû être utilisée, vu la surface des terrains à libérer; CAA Nancy, 22 avril 1993, *Mme Lefèvre et Melle Massin*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.670, obs. Lascombe, police spéciale, déclaration d'insalubrité, procédure de l'art. L. 42 inapplicable, nécessité d'utiliser l'art. L. 26). Dans ce cas, le juge

administratif n'exerce pas un contrôle objectif (ou de légalité externe) de la procédure suivie, mais un contrôle subjectif (de légalité interne), des motifs de l'auteur de l'acte (CE sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, Rec.127, concl. Labetoulle, *AJDA* 1979.5.80, chr., *D* 1979.534, note Broussole, *JCP* 1979.19171, note Bouyssou). Or, soit l'autorité administrative s'est trompée sur la procédure à mettre en œuvre, et il s'agit d'une erreur de droit, soit elle a sciemment utilisé une procédure, c'est-à-dire une modalité d'exercice de sa compétence, dans un but autre que celui qui s'imposait, et il s'agit d'un pur détournement de pouvoir.

L'erreur de droit est ainsi le degré zéro de l'interprétation juridique. L'autorité administrative a procédé à une interprétation de la règle de droit, le juge administratif a fait de même, mais comme c'est ce dernier qui a pour fonction de dire le droit, son interprétation s'impose. C'est là le pouvoir souverain du juge non seulement du fait, mais du droit : des divergences sur ces points peuvent donc justifier tant le recours en appel qu'en cassation.

C. L'erreur de qualification juridique des faits

L'autorité administrative doit prendre des actes en se fondant sur des faits matériellement exacts. Elle doit se livrer à une interprétation de la règle de droit conforme à celle du juge administratif, mais cela peut ne pas suffire dans certains cas pour que ses actes soient exempts de vice des motifs et donc d'illégalité interne.

En effet, la jurisprudence administrative exige aussi, dans certains cas, que les faits qui ont fondé l'acte aient été "de nature" à le justifier juridiquement. Cette expression signifie que l'autorité administrative doit avoir qualifié correctement les faits, elle doit les avoir classés dans les catégories prévues par les textes, en respectant leur définition, le critère de rattachement des faits à ces catégories tel qu'il est posé par les textes et l'avoir fait dans l'esprit des textes.

La juridiction administrative applique dans certaines affaires le contrôle de la qualification juridique des faits depuis l'arrêt *Gomel* (CE, 4 avril 1914, *Gomel*, Rec.488, *S* 1917.3.25, note Hauriou). Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut en donner trois types d'exemples.

Le premier type est relatif à la définition de diverses catégories types, qui sont souvent matérialisées par un adjectif qualificatif. Ainsi en est-il de qualifier une organisation syndicale de "représentative" (CE ass., 17 avril 1970, *CFDT*, Rec.263, pour la reconnaissance de la... CFTC), une affaire de "courante" (CE ass. 4 avril 1962, *Synd. rég. des quotidiens d'Algérie*, Rec.210, *S* 1952.3.49, concl. Delvolvé, *RD publ.* 1952.1029, note Waline, s'agissant d'un gouvernement chargé de les expédier), un ouvrage d'exceptionnellement dangereux (CE sect., 5 juin 1992, *Min. de l'équipement c/ Cala*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1993.67, concl. Le Chatelier, *AJDA* 1992.696, chr.).

Le second type est relatif à la protection des libertés publiques. Ainsi, la jurisprudence illustrant les aspects particuliers du contrôle juridictionnel des mesures de police amène le juge à apprécier si une réunion est de nature à troubler l'ordre public, (dans la négative, illégalité de la mesure de police l'interdisant : CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec.541, *D* 1933.3.354, concl. Michel, *S* 1934.3.1, note Mestre), si une publication est licencieuse (dans l'affirmative, légalité de son interdiction aux mineurs : CE, 20 décembre 1985, *Sarl Éd. du Pharaon*, Rec.391, *LPA* 4 juin 1986.10, note Pacteau), si des infractions reprochées à un individu sont politiques (dans la négative, légalité de son extradition : CE ass., 7 juillet 1978, *Croissant*, Rec.292, I 1978.559, chr.), si un groupement de fait possède les conditions requises pour être dissout (CE, 16 octobre 1992, *Battesti*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.156, obs. Théron, avec une référence à la CEDH).

Le troisième type de contrôle de la qualification juridique des faits, très important en pratique, est effectué sur les sanctions administratives disciplinaires. Le juge administratif

vérifie en effet si les faits invoqués par l'autorité administrative sont de nature à justifier une sanction disciplinaire contre des agents publics. Ainsi, le fait d'avoir invité un élève par un courrier privé à assister à des réunions à caractère religieux n'est pas une faute au regard du principe de neutralité du service public, par suite pas de sanction (CE, 28 avril 1938, *Delle Weiss*, D 1939.3.41, concl. Dayras, note Waline). De même, le juge administratif contrôle la qualification de la faute grave, lorsque son caractère de gravité produit des conséquences invoquées par l'autorité sanctionnatrice (CE sect., 24 juin 1977, *Dame Deleuse*, Rec.294, *RD publ.* 1977.1355, concl. Denoix de Saint-Marc), ou la qualification de faits ne constituant pas un manquement à l'honneur et à la probité, qui exclut l'amnistie (CE, 29 novembre 1991, *Crépin*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1992.884, concl. Lamy), même s'il ne contrôle pas la proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute.

Enfin, il faut signaler qu'à l'instar du défaut de base légale (erreur de droit), l'erreur de qualification juridique des faits est susceptible d'être corrigée par le juge lui-même par la technique de la substitution de motifs. Dans les cas certains où l'autorité administrative est de toute manière tenue de produire l'acte contesté, et où il existe un motif, tiré de la qualification juridique des faits, de nature à justifier la décision prise, le juge administratif peut restaurer la légalité de l'acte (CE sect., 16 novembre 1962, *Soc. ind. de tólerie*, Rec.608, *AJDA* 1963.170, concl. Henry; en matière d'urbanisme, CE sect., 12 février 1993, *Commune de Gassin*, Rec.xxx, *AJDA* 1993.391, chr.; CE sect., 9 avril 1993, *Commune des Contamines-Montjoie*, Rec.xxx, concl. Bonichot, *RFD adm.* 1993.1025). De même, et à la différence de l'illégalité quant aux buts de l'acte ou de l'illégalité causée par l'erreur de fait, si l'autorité administrative a invoqué plusieurs motifs parmi lesquels certains comportent des erreurs de qualification juridique des faits, et d'autres sont valides, son acte ne sera pas forcément illégal. Le juge administratif se reconnaît en effet la faculté de neutraliser les motifs illégaux dans l'hypothèse où une des qualifications juridiques des faits valide aurait à elle seule suffi à justifier la même décision (CE, 13 février 1985, *Debizet*, *AJDA* 1985.278, à propos de la dissolution par décret d'une association, où le gouvernement avait invoqué deux motifs reposant sur deux qualifications dont une seule était légale; CE, 27 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord*, Rec.461, *Dr. adm.* 1997.6 obs. R.S.).

L'apport à l'appréciation de l'illégalité par le juge est considérable dans l'hypothèse de la qualification juridique des faits. En effet, comme dans le cas de l'erreur de droit, l'autorité administrative a exercé une interprétation, le juge administratif, à l'occasion du litige, procède lui aussi à une interprétation, et comme il a pour mission de trancher le litige, sa décision s'impose. Mais alors que dans l'erreur de droit, l'interprétation portait directement sur des normes ou des combinaisons de normes, l'erreur sur la qualification juridique des faits comporte obligatoirement une interprétation des faits. Et alors que dans le contrôle de l'erreur de fait, le juge répondait à des questions fermées : les faits existent-ils ou non, les faits sont-ils établis ou non ? Dans le contrôle de l'erreur sur la qualification juridique des faits, il répond à une question complexe : dans quelles catégories juridiques les faits peuvent-ils ou doivent-ils être classés ? Le juge administratif ne se contente plus de constater les faits et d'interpréter le droit, il interprète les faits.

Il faut alors remarquer que la supériorité juridique de la décision du juge dans ce cas est seulement justifiée dans la mesure où l'interprétation des faits est strictement nécessaire à la qualification, et où la qualification est strictement nécessaire à la résolution d'une question de droit.

Troisième Partie : Le droit administratif, support de l'action administrative

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

En résumé, cette activité a deux objectifs.

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

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

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

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

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

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

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

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

Chapitre 1 : Le service public, finalité de l'action

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

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

Section I : La notion fonctionnelle de service public

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

Sous-Section I : L'identification du service public

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

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

§ 1. - La prestation de service public

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

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

§ 2. - Éléments d'identification

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

A. Lien spécial avec une personne publique.

L'activité de service public est prise en charge ou contrôlée par une personne publique. Aussi, pour qualifier l'existence d'un service public faut-il prouver ce lien spécial. Ce lien est évident quant aux services assurés par la personne publique elle-même. Il l'est moins lorsque les services sont confiés à une personne distincte. Dans ce deuxième cas, il faut séparer l'étude du transfert contractuel et du transfert unilatéral de l'activité. Dans le cas de transfert contractuel, le lien résulte du contrat lui-même, par lequel une personne distincte est chargée de gérer des prestations de services assurées jusque là par une personne publique (CE, 12 mars 1999, *Sté Stella Maillot-Orée du Bois*, *AJDA* 1999.439 note Raunet et Rousset).

Dans le cas de transfert unilatéral, la situation est moins nette. Il faut alors rechercher si la personne distincte a été fondée par une personne publique, si ses dirigeants et sa structure sont contrôlés par elle, si elle dispose de prérogatives de puissance publique. Ajoutés au but d'intérêt général, ces éléments sont ceux qui permettent de reconnaître le caractère public d'un organisme. On doit alors séparer deux cas. Soit la personne distincte est expressément une personne privée, et ces éléments aboutiront à lui faire reconnaître la gestion d'un service public en raison du transfert effectué (CE Sect. 28 juin 1963, *Narcy*, Rec.401, *AJDA* 1964.91, note A de L., *RD publ.* 1963.1186, note Waline, où le but d'intérêt général était déjà qualifié par la loi, les seuls éléments examinés par le juge sont bien ceux du lien spécial avec une personne publique ; CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, Rec.220, *AJDA* 1990.820, concl. Pochard, *JCP* 1991.21663, note Fatôme). Soit la personne distincte est innommée, et la juridiction administrative choisit alors, au choix, de reconnaître un établissement public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public.

En revanche, il convient de souligner fermement que l'existence ou l'exercice d'une prérogative de puissance publique n'est pas un critère de l'activité de service public (contra Cass. mixte, 4 nov. 2002, Bull. n° 213, 214, 215). Car non seulement elle ne déclenche pas automatiquement cette qualification, mais elle n'est nullement nécessaire à la reconnaissance d'une activité de service public (CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, précité). La prérogative de puissance publique n'est que l'un des indices possibles du lien entre personne publique et personne privée. En revanche, elle est nécessaire à la qualification d'acte administratif pris par une personne privée chargée de la gestion d'un service public (cf. Cours sur la répartition des compétences).

B. But d'intérêt général.

Cette exigence est constante dans la jurisprudence administrative (concl. Laurent sur CE, 16 novembre 1956, *Union synd. des industries aéronautiques*, D 1956.759; CE, 25 mai 1925, *Décatoire*, Rec.535; TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, Rec.614, pour les colonies de vacances). *A contrario*, l'absence d'intérêt général empêche toute qualification de service public (CE sect.

27 octobre 1999, *Rolin*, *AJDA* 1999.1043, chron., pour la Française des jeux; commercialisation de fleurs en France et à l'étranger par une SEML, CE 10 novembre 1994, *Préfet de la région Lorraine*, *CJEG* 1995, p. 202, note Truchet, *AJDA* 1995.237, note Bizet et Devès; CE, 30 octobre 1953, *Bossuyt*, Rec.466, *RD publ.* 1954.178, note Waline, et TC 10 juillet 1956, *Soc. des Steeple-Chase de France*, Rec.587, pour les courses hippiques). Depuis peu, la jurisprudence constitutionnelle a fourni un élément nouveau : l'appréciation des buts d'intérêt général est ancrée dans la Constitution (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, JO 27 juin 1986, " la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ").

C. Limites particulières

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

La jurisprudence et une partie de la théorie juridique considèrent que la gestion du domaine privé des personnes publiques n'est pas un service public (TC, 24 novembre 1894, *Loiseleur*, Rec.631, *D* 1896.3.3, *S* 1896.3.487, CE, 26 septembre 1986, *Epoux Herbelin*, Rec.221, *AJDA* 1986.714, obs. Moreau). Cette considération semble justifiée par le fait que le critère dominant du but d'intérêt général cède le pas à un critère spécial au régime du domaine et des travaux publics : l'usage public. (V. en sens inverse, Chapus, *Dr. adm.* 1, p. 407; J.-M. Auby, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration, *EDCE* 1958.35; J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984, t. I, n° 484. J. Lamarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics*, LGDJ, 1960, p. 379.)

De même, ces autorités respectent le principe non écrit selon lequel l'état des personnes échappe à la compétence du juge administratif. Tout ce qui concerne le nom patronymique, l'état-civil, les incapacités, la nationalité et la propriété subit une attraction de la compétence judiciaire sans considération pour le service public qui peut les toucher plus ou moins directement (TC, 8 décembre 1969, *SAFER de Bourgogne*, Rec.685, *RD publ.* 1970.166; TC, 26 juillet 1922, *Gastin*, Rec.651, pour l'inscription d'un nom au monument aux morts).

Enfin, les activités industrielles et commerciales, qui peuvent être reconnues comme des services publics, sont quelquefois difficiles à différencier des activités purement privées. Outre le fait qu'elles sont soumises en principe à un régime de droit privé, les dérogations à ce régime par l'usage de prérogatives de puissance publique ou l'application de principes de droit public sont interprétées de manière stricte. Ainsi, l'action en comblement de passif n'est pas applicable aux personnes publiques exerçant une mission de service public (TC, 15 novembre 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne*, *AJDA* 1999.1042, chron.), les saisies peuvent être pratiquées sur les biens des personnes privées chargées d'un service public industriel et commercial sous la seule réserve que cette procédure " ne compromette pas le fonctionnement régulier et continu du service public " (CA Paris, 11 juillet 1984, *SNCF c/ GARP*, *D* 1985.2.174; V. aussi CA Paris, 15 février 1991, *RFD adm.* 1991.497). De même les modalités de droit privé de leur fonctionnement ne doivent pas être incompatibles avec les " nécessités du service public " (CE ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, Rec.xxx, *AJDA* 1995.757 chron. ; *Petites Affiches* 1995, n° 131, p. 6, concl. J.-Cl. Bonichot).

Sous-Section II : La qualification administrative ou industrielle et commercial du service public

Depuis le début du 20^{ème} siècle, il n'est plus inconcevable que certaines activités purement industrielles et commerciales soient directement prises en charge par les personnes publiques. Le commissaire du gouvernement Romieu pensait déjà en 1903 que les personnes publiques pouvaient édicter des actes qui “ tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier dans les conditions du droit privé ” (concl. CE 22 mai 1903, *Caisse des Ecoles*, Rec.396). La solution positive résulte de deux arrêts : l'un du Conseil d'État, l'autre du Tribunal des conflits (CE, 23 décembre 1921, *Société gén. d'Armement*, Rec.1109, *RD publ.* 1922.75, concl. Rivet, nommant les “ services industriels publics ”; TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, *S* 1933.3.97). Contrairement à une idée couramment répandue, l'arrêt du Tribunal des conflits, dit du Bac d'Éloka (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *D* 1921.3.1. concl. Matter), n'utilise pas le terme de service public et ne doit être cité que comme point de départ de la construction doctrinale de la catégorie.

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

§ 1. - La qualification textuelle

L'analyse du droit positif permet d'affirmer qu'il n'existe pas aujourd'hui de service public qui soit administratif par nature ou industriel et commercial *par nature*. Une activité de service public peut être, selon les époques, selon ses modalités de gestion, soit administrative, soit industrielle et commerciale. Les assurances maritimes pendant la guerre de 1914-1918 excluaient le risque de guerre. Une loi était intervenue en 1915 pour organiser un service d'assurance ayant cette finalité. La juridiction administrative reconnut un service public dont le fonctionnement relevait du droit privé (CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'Armement*, *RD publ.* 1922.75, concl. Rivet). Mais ce service ne récupérant que les plus mauvais risques, une nouvelle loi rendit en 1917 le service public obligatoire et l'organisa de manière dérogatoire au droit des assurances. Alors, la jurisprudence estima que le contentieux entre l'État et les assurés devenait administratif (CE, 23 mai 1924, *Soc. Les Affréteurs réunis*, Rec.498, *S* 1926.3.10, concl. Rivet). Les mêmes fluctuations se reproduisirent fréquemment. Le service des télécommunications fut ainsi qualifié de service public à caractère administratif (TC, 24 juin 1968, *Ursot*, Rec.798, *AJDA* 1969.139) par le Tribunal des conflits alors que ce service public était, par rapports aux autres, le plus proche d'une activité privée. La loi du 2 juillet 1990 a finalement renversé le régime juridique de ce service et le régime contentieux des relations avec les usagers.

La qualification textuelle comporte aussi des imperfections. Elle peut ne porter que sur une partie de l'activité d'une personne morale (TC, 10 février, 1949, *Guis*, Rec.290 : Office de la navigation qualifié d'EPIC mais qui exerce une régulation administrative du transport fluvial. Il en est de même de Voies navigables de France; TC, 12 novembre 1984, *Soc. Interfrost*, Rec.450, *RFD adm.* 1985.250, concl. Genevois ; il en est de même pour les Offices agricoles). Ces personnes sont “ à double visage ”. Elle peut aussi être contraire à la réalité de l'activité. Il existe ainsi des organismes qui sont qualifiés d'établissements publics à caractère industriel et commercial par leur texte institutif, mais qui gèrent en réalité un service public administratif. Ces établissements “ s'avancent masqués ”. Si le texte fondateur est un décret, la juridiction administrative peut requalifier l'établissement et le service (TC, 24 juin 1968, *Soc. Distilleries bretonnes* et *Soc. d'approvisionnements alimentaires* (2 arrêts), Rec.801, *AJDA* 1969.311, note de Laubadère ; *D* 1969.116, note Chevallier, pour le FORMA qualifié d'Epic par le décret du 29 juillet 1961, supprimé par celui du 29 janvier 1986; ou TC 26 octobre 1987, *Centre fr. du commerce ext.*, *JCP* 1988.21402, note Dufau, CFCE qualifié d'Epic par le décret du 4 mai 1960). Si ce texte est une loi, le juge ne peut que constater la qualification et en tirer les conséquences (TC, 24 avril 1978, *Soc. Boulangerie de Kourou*, Rec.645, *D* 1978.584, note P. Delvolvé).

§ 2. - La qualification jurisprudentielle

En l'absence de qualification textuelle expresse, le mode de distinction entre service public à caractère administratif et service public à caractère industriel et commercial est posé par la jurisprudence administrative, en conséquence d'un arrêt de 1956 (CE Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec.434, *D* 1956.759, concl. Laurent, *AJDA* 1956.2.489, chr., *JCP* 1957.2.9968, note Blaevoet ; abandon de la méthode de Odent “ d'après la nature juridique propre des questions soulevées [i.e. des actes]” concl. CE 14 juin 1946, *Soc. fin. de l'Est*, *S.* 1947.3.32).

Sauf exception où le juge considère un service comme en principe industriel et commercial en raison de son objet (c'est le cas de la distribution d'eau TC, 21 mars 2005, Mme Albert-Scott, *RFDA* 2005, p. 119, note Lachaume : même si le service est déficitaire, mais à condition que des redevances proportionnelles soient perçues sur les usagers), une activité assurée directement par une personne publique est présumée être un service public à caractère administratif. Cette présomption ne tombe que lorsque trois indices à la fois sont réunis. Ces trois indices ont pour but de certifier que l'activité de service public à qualifier ressemble vraiment à celle d'une entreprise privée. Dans ce cas, le service public est reconnu être à caractère industriel et commercial. Mais si un seul des indices manque, alors la présomption ne tombe pas. Les trois indices sont les suivants : l'objet du service, son mode de financement, ses modalités de fonctionnement.

A. *Objet du service*

La question est de savoir si le service effectue des opérations d'achat, de vente, de louage, c'est-à-dire une *production de biens et de services* qui s'apparente à celle des entreprises privées. Par exemple, l'objet du service est industriel et commercial en cas de gestion d'entrepôts (TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, Rec.831, concl. Chardeau, *AJDA* 1963.88, chr.), d'exploitation hôtelière (TC, 13 février 1984, *Pomarèdes*, Rec.536), de services financiers non désintéressés (assurances : TC, 22 février 1960, *Soc. Pétronaphte*, Rec.857, *AJDA* 1960.2.102;

CE, 18 février 1976, *Soc. Soulès*, Rec.811 ; garantie : CE, 15 février 1935, *Soc. fr. de constructions mécaniques*, Rec.200).

La qualification n'est pas aisée dans certains cas. Les deux plus connus sont les suivants : pourquoi l'exploitation d'un théâtre par une municipalité présente-t-elle un caractère administratif et non industriel et commercial ? La finalité culturelle du théâtre est-elle un argument suffisant, relève-t-elle d'une politique de fidélisation des résidents, vise-t-elle à la conservation du patrimoine ? On ne le saura pas étant donné la solution implicite de l'arrêt (CE Sect., 26 janvier 1968, *Dame Maron*, Rec.69, *AJDA* 1968.293, concl. Bertrand). Pourquoi l'exploitation, par un département, d'un bac entre une île et le continent est-elle dépourvue de caractère industriel et commercial ? Bien des dessertes de ce type sont assurées par des entreprises privées. Pourtant, le Conseil d'État retient le caractère administratif par une solution également implicite (CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec.274, *AJDA* 1974.298, chr., *RD publ.* 1975.467, note Waline, *Rev. adm.* 1974.440, note Moderne, *D* 1975.393, note Tedeschi). Pourquoi certaines activités financières furent-elles déclarées administratives (CE, 23 mai 1924, *Soc. Les Affréteurs réunis*, Rec.498, *S* 1926.3.10, concl. Rivet : assurances ; TC, 15 janvier 1979, *Caisse de crédit municipal de Toulouse*, *JCP* 1980.II.19328, note Kerninon : crédit) ?

En cas de doute, les circonstances de travaux publics ou de police administrative sont attractives, et tendent à faire qualifier les activités de services publics à caractère administratif, quel que soit le mode d'exploitation et même si leur utilisation donne lieu à perception d'une redevance. C'est notamment le cas des tunnels, ponts et autoroutes (TC, 20 janvier 1986, *Soc. an. Roblot*, Rec.298, *AJDA* 1986.267, note Richer ; CE, 2 octobre 1985, *SEM du pont Saint-Nazaire/Saint-Brévin*, *AJDA* 1986.38, concl. Jeanneney ; CE, 6 juillet 1994, *Soc. des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, Rec.349).

B. Sources de financement

En pratique, l'origine des ressources est le point central du mode de financement qui permet de découvrir la nature administrative ou industrielle et commerciale du service. Si le service fonctionne grâce à des redevances perçues sur les usagers, analogues au prix des services marchands, l'origine des ressources est le chiffre d'affaires, ce qui tend à une qualification de service public à caractère industriel et commercial (CE, 20 janvier 1988, *SCI la Colline*, Rec.21, *AJDA* 1988.407, obs. J.-B. Auby, *CJEG* 1988.328, concl. de la Verpillière, note Delpirou). A l'inverse, si le service fonctionne grâce à des subventions d'une personne publique, ou si la prestation fournie l'est à titre gratuit, le caractère administratif est patent, car un tel mode de financement est exclusif du caractère industriel et commercial, c'est-à-dire de toute ressemblance avec une entreprise privée (CE, 16 mai 1941, *Toublanc*, Rec.xxx ; CE sect., 30 juin 1950, *Soc. Merrienne*, Rec.408 ; TC, 12 janvier 1987, *Comp. des Eaux et de l'Ozone*, Rec.442, *RFD adm.* 1987.284, concl. Massot ; TC, 24 octobre 1994, *Préfet de Mayotte*, Rec.607).

Cependant, cet indice n'est pas toujours déterminant et son absence n'a pas toujours été un empêchement absolu à la qualification de service public à caractère industriel et commercial (service des Monnaies et médailles : CE, 9 janvier 1981, *Bouvet*, Rec.4). Il faut à cette occasion remarquer que l'utilisation de la redevance comme mode de financement en matière d'assainissement ou d'enlèvement des ordures ménagères est un indice du caractère industriel et commercial du service, même s'il est assuré par la personne publique elle-même (Cass. com. 4 juin 1991, *Blot c/ Trésorier princ. de Chinon*, *D* 1991.457, concl. Jéol ; TC, 2 décembre 1991, *Commune de Carqueiranne*, Rec.xxx, pour l'assainissement ; CE avis, 10 avril 1992, *SARL Hofmiller*, *AJDA* 1992.687, note Prétot, *RFD adm.* 1994.160, concl. Arrighi de Casanova, pour l'enlèvement des ordures ; il est de même d'autres activités : CE, 10 novembre 1993, *Commune de Mirebeau*, Rec.314, *CJEG* 1994.145, concl. Pochard, télévision

par câble, CE sect., 10 février 1995, *Ch. synd. du transport aérien*, Rec.69, *CJEG* 1995.146, concl. Arrighi de Casanova, *AJDA* 1995.403, note Broussole, infrastructures portuaires). Alors que, de façon générale, le financement du service par une taxe ou par un droit d'entrée serait l'indice de son caractère administratif (CE avis, *SARL Hofmiller*, préc. ; CE, 13 février 1984, *Commune de Pointe-à-Pitre*, Rec.356 ; CE, 7 mai 1982, *Verdier*, Rec.565).

C. Modalités de fonctionnement

Le fait que le service à qualifier soit assuré directement par la personne publique est un indice tendant à faire présumer son caractère administratif (CE Sect., 14 juin 1963, *Époux Hébert*, Rec.364, concl. Méric, *AJDA* 1964.63, note Moreau, *D* 1964.326, note C. Lalumière; TC, 19 décembre 1988, *Ville de Cannes*, Rec.497, *AJDA* 1989.274, obs. Prétot, *RD publ.* 1990.571, *D* 1989.330, note Poujade). Cependant, la présomption tombe parfois, sans que le juge soit très précis dans ses motivations (TC 14 mai 1990, *Époux Laperrouze*, *Dr. adm.* 1990.385; Cass. com. 4 juin 1991, *Blot c/ Trésorier princ. de Chinon*, préc.).

Le fait que le service soit assuré d'un monopole légal constitue une modalité de fonctionnement indiquant en principe le caractère administratif du service (CE, 22 novembre 1907, *Coste* ; TC, 24 juin 1968, *Ursot*, Rec.798, *D* 1969.416, note du Bois de Gaudusson, *AJDA* 1969.1.139, art. Lemasurier, à propos des P. et T.; TC, 15 janvier 1979, *Dame Le Cachey*, Rec.561, concl. Morisot). Mais là encore, le principe connaît des exceptions, le monopole n'exclut pas totalement le caractère industriel et commercial du service (TC, 22 février 1960, *Soc. Pétronaphite*, Rec.857, *AJDA* 1960.2.102, s'agissant d'un monopole d'assurance fluviale contre les risques de guerre; CE, 9 janvier 1981, *Bouvet*, Rec.4, à propos du service des Monnaies et médailles, qui outre son financement public est un monopole).

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

Section II : La fondation et la suppression des services publics

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

§ 1. - Les autorités compétentes

A. Compétence de principe des personnes publiques

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

Avant 1958, il était admis sans texte qu'un service public ne pouvait être fondé que par la loi, soit qu'elle en décide explicitement l'existence, soit qu'elle autorise une autorité administrative à procéder à une création (CE Sect., 13 novembre 1953, *Chambre synd. des industries et du commerce des cartouches de chasse*, Rec.487, D 1954.553, note Reuter, où la création d'un service de fabrication et de vente par les poudreries nationales est jugée illégale en raison de l'insuffisance des crédits ouverts par la loi de finances).

Depuis la Constitution de 1958, et l'interprétation que le Conseil constitutionnel fait du bloc de constitutionnalité, cette compétence législative est apparemment fondée sur les dispositions plaçant les libertés sous la protection de la loi (Déclaration des droits de l'Homme, art. 4, et Constitution de 1958, art. 34), lorsque la création du service public a pour effet de limiter certaines libertés. On peut concevoir en effet que, par nature, la fondation d'un service public à caractère administratif impose l'existence de certaines sujétions, et que celle d'un service public à caractère industriel et commercial porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (CC, 3 mars 1976, Rec.50). De plus, la forme de cette fondation en réserve souvent la décision institutive au législateur : c'est le cas lorsque le service public est assuré par un ou des établissements publics constituant une catégorie d'établissements publics (Comp. CC, 25 juillet 1979, *Agence nationale pour l'emploi*, Rec.45; D 1980.201, note L. Hamon; et CE, 11 octobre 1985, *Synd. général de la recherche agronomique CFDT*, Rec.278, *AJDA* 1985.718, chr., *RD publ.* 1987.828) ou par la nationalisation d'entreprises privées. De même, le domaine matériel d'intervention entraîne la compétence du législateur en application de l'article 34 de la Constitution : défense nationale, justice, enseignement (CC, 20 janvier 1984, *Indépendance des enseignants-chercheurs*), marché de l'emploi, sécurité sociale (CC, 17 novembre 1970, *Mutualité sociale agricole*, Rec.47).

C'est pourquoi l'autorité réglementaire n'est compétente qu'en application de dispositions législatives, explicites ou générales. On pourrait soutenir l'hypothèse théorique de la compétence de principe du pouvoir réglementaire national, lorsque ni la nature du service public ni les modalités de sa fondation ne portent atteinte aux libertés et ne relèvent d'une obligation formelle de l'article 34 de la Constitution (art. 37 et loi du 17 août 1948 qui

autorise la suppression de services publics nationaux par le gouvernement). Les situations pratiques répondant à ces critères semblent extrêmement rares et limitées à la mise en jeu du domaine public et au pouvoir de substitution d'action. En revanche, l'exercice du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales pour fonder des services publics, conséquence d'une compétence attribuée par la loi, pourrait donner un fondement plus général aux fondations de services publics locaux en application de la loi constitutionnelle votée par le Congrès (nouvel art. 72 de la Constitution). Enfin, comme en d'autres domaines, il est impossible qu'une autorité compétente pour fonder un service public renonce pour l'avenir à exercer sa compétence (CE, 9 mars 1951, *Ville de Villefranche-sur-Saône*, Rec.144).

B. Possibilité d'un "service public virtuel" à l'initiative des personnes privées

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

Cette théorie du service public virtuel a pu sembler abandonnée (CE, 13 juillet 1966, *Leygues*, Rec.475 : un service public ne saurait être découvert et assuré à l'initiative d'une personne privée). Mais elle connaît un renouveau spectaculaire depuis peu. Il s'agit d'une nouvelle façon de concevoir l'intervention, car un arrêt circonstancié pose que « l'activité d'une personne privée » peut se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements » (CE sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 284736).

C. Exception apparente des collaborateurs occasionnels et bénévoles

La jurisprudence administrative admet que, dans certains cas exceptionnels, des personnes privées puissent collaborer spontanément, de leur propre initiative à un service public, voire se substituer à lui en cas de défaillance du service. Cette exception, destinée à résoudre surtout des problèmes de responsabilité, est très strictement encadrée.

Le principe en a été reconnu par l'arrêt CE Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, (Rec.279, *D* 1947.375, note Blaevoet) où les intéressés avaient accepté bénévolement à la demande du maire de tirer un feu d'artifice à l'occasion d'une fête locale. Il a été confirmé par l'attribution de la qualité de collaborateur bénévole à des personnes qui ont participé à une arrestation (CE Sect., 17 avril 1953, *Pinguet*, Rec.177, *D* 1954.7, note

Morange, *S* 1954.3.69, note Robert, service public de la police judiciaire), accompli des travaux pour une collectivité territoriale (CE Ass., 27 novembre 1970, *Consorts Appert-Collin*, Rec.709, *AJDA* 1971.37, chr., *D* 1971.270, note Moderne).

La reconnaissance de services publics assurés occasionnellement par des collaborateurs bénévoles est néanmoins limitée par la qualité des personnes privées concernées.

Il peut s'agir de fonctionnaires de fait, personnes qui ne sont pas investies de fonctions administratives, mais dont les actes sont assimilés à des décisions administratives (CE, 5 mars 1948, *Marion*, Rec.113, *D* 1949.147, *S* 1948.3.53, où un comité d'habitants avait décidé de réquisitions en mai 1940 après le départ des autorités communales), car la continuité du service public doit être assurée même dans des circonstances exceptionnelles.

Il peut s'agir aussi de sauveteurs bénévoles qui, volant au secours d'une personne en danger, suppléent les services publics de sauvetage, généralement municipaux (CE Sect., 11 octobre 1957, *Commune de Grigny*, Rec.524, *AJDA* 1957.2.499, chr., *D* 1958.768, note Lucchini, *RD publ.* 1958.306, concl. Kahn, note Waline, intoxication par le gaz; CE Sect., 25 septembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer*, Rec.540, *AJDA* 1971.37, chr., *D* 1971.55, concl. Morisot, *RTD S.S.* 1971.294, note Dubouis, noyade du sauveteur).

Dans les deux cas, le dénominateur commun qui permet de qualifier d'activité de service public des agissements de personnes privées hors de toute décision d'une autorité publique, c'est l'urgence. Si le service public normalement compétent s'abstient volontairement d'intervenir parce que la situation ne présente pas, selon lui, de caractère d'urgence, la jurisprudence ne reconnaîtra pas la qualité de collaborateur bénévole (CE, 16 juin 1989, *Pantalon*, Rec.144, *AJDA* 1989.648, chr.). Cette reconnaissance est soumise au contrôle du juge de cassation (CE, 31 mars 1999, *Hospices civils de Lyon*, Rec.xxx, *AJDA* 1999.528, note R.K.).

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

§ 2. - Un droit au service public ?

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

Cependant, même si le Conseil constitutionnel déclare depuis 1986 que “ la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ” (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, Rec.61; CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec.141) ou que ces services publics seraient “ exigés par la Constitution ”, il n'a jamais été amené à préciser de quels services publics il s'agit précisément (dans les décisions citées, aucune des entreprises à privatiser n'exerçait une activité de service public exigée par la Constitution, la télévision par voie hertzienne ne constituait pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle). En l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il faut donc considérer que des services publics constitutionnellement obligatoires tiennent

leur existence implicite du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire éventuellement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. L'évolution jurisprudentielle est potentiellement porteuse de limitations considérables pour l'action du gouvernement comme du Parlement. Pour le Conseil constitutionnel, les services publics obligatoires sont ceux imposés par la Constitution. La juridiction administrative tente cependant de minimiser la portée de cette interprétation car, lorsqu'une loi interdit au gouvernement le transfert au secteur privé des entreprises publiques "dont l'exploitation présente le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait", termes pourtant identiques à ceux du Préambule, le Conseil d'Etat recherche d'abord si l'entreprise transférée constitue ou non un service public (CE, 30 juin 1995, *Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts*, CJEG 1996.23, concl. Bonichot, à propos du CLF).

Certains services publics français sont un droit pour leurs usagers en raison de conventions internationales. Le service public de la navigation aérienne découle de la convention de Chicago de 1941. Il doit être assuré par chaque État signataire et le service public existe quelle que soit la forme de gestion des aéroports et aérodromes (TC, 23 février 1981, *Chambre de commerce et d'industrie de Périgueux*, Rec.81). Le service public de l'admission des demandeurs d'asile politique résulte de la convention de Genève du 28 juillet 1951. Il est, en France, géré par l'OFPRA (Office français pour la protection des réfugiés et apatrides).

De même que les usagers ont le droit au fonctionnement normal d'un service public dans les conditions existantes, lorsque la fondation d'un service public a été décidée par le législateur ou l'autorité réglementaire compétente, la décision doit être suivie d'effet. Les usagers potentiels ont droit à l'édiction de mesures d'application permettant la mise en œuvre matérielle et effective du service (CE Sect., 6 juillet 1934, *Soc. van Outryve*, Rec.786, S 1934.3.166).

Quant à la suppression, les usagers d'un service public n'ont aucun droit à son maintien. L'autorité compétente pour fonder un service public peut également le supprimer (CE Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec.60, concl. Kahn, *AJDA* 1961.74, chr., pour la suppression de certains standards d'émission en télédiffusion). Cependant, l'exercice du pouvoir de l'autorité administrative est, en ce domaine, surveillé par le Conseil d'État qui lui applique un contrôle restreint, comprenant donc la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 25 avril 1980, *Institut technique privé de Dunkerque*, *AJDA* 1980.491 concl. Théry).

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

A. Limites générales

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

Une limitation demeure toujours présente face à la fondation de services publics : le respect de la liberté d'entreprendre. Il s'impose à l'autorité réglementaire, tout comme au législateur qui ne sauraient ni l'un ni l'autre y apporter des restrictions " arbitraires ou abusives ", ou qui méconnaîtraient simplement les dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme (CC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec.18, *AJDA* 1982.209, note Rivero). Cependant, lorsque les activités de service public s'accomplissent sur le domaine public,

l'autorité réglementaire reste fondée à refuser des autorisations nécessaires à l'occupation de ce domaine à toute entreprise privée concurrente, ce qui de fait, garantit un monopole et porte donc directement atteinte à la liberté d'entreprendre (CE, 29 janvier 1932, *Soc. des autobus antibois*, Rec.117, D 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blaevoet; CE Sect., 28 octobre 1960, de *Laboulaye*, Rec.570, *AJDA* 1961.20, concl. Heumann, *Dr. Soc.* 1961.141, note Teitgen).

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

Le juge administratif a posé les limites générales à l'intervention par voie de service public. Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique. Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. Pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée (CE ass., 31 mai 2006 ; *Ordre des avocats*, n° 275531, TGD).

Les détails de cette limitation résultent de l'interprétation du juge. La plus classique interdit de fonder des services publics dans un intérêt exclusivement financier. Le Conseil d'État a toujours été prompt à faire jouer l'incompatibilité entre besoin collectif et usage public d'une part, et besoin financier de la personne publique d'autre part (CE, 19 mai 1933, *Blanc*, S 1933.3.86, note Alibert, où la création d'une buanderie annexée à un établissement de bains avait pour but essentiel de compenser le déficit probable des installations). Cependant, certains services publics peuvent avoir pour but sinon de rapporter de l'argent du moins d'en économiser (CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, *AJDA* 1970.430, concl. Braibant, *RD publ.* 1970.1423, note Waline, et le cas de l'UGAP). La réalisation de bénéfices n'est pas interdite, c'est le mobile financier, but exclusivement lucratif qui l'est (CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*; D 1956.759, concl. Laurent). De même, le mobile financier s'il ne justifie pas la fondation de services publics, est admis pour leur extension (CE, 18 décembre 1959, *Delansorme*, *AJDA* 1960.3.213, concl. Mayras, D 1960.3.371, note Lesage). Au contraire, la suppression d'un service public peut reposer sur des considérations financières (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, *RD publ.* 1933.117, concl. Josse, note Jèze), sauf si le service public concerné est obligatoire.

B. Limites propres aux services publics locaux

Il faut rappeler que depuis la mise en œuvre de la décentralisation “ les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence ” (loi du 7 janvier 1983, art. 1er). Il s'agit là d'une clause générale de compétence, mais elle est délicate à mettre en œuvre, en raison de la méfiance traditionnelle du législateur qui reste toujours libre de préciser ou de transférer ces compétences (art. 34 et 72 de la Constitution), sous réserve du contrôle que le Conseil constitutionnel exerce sur la notion de libre administration des collectivités locales (CC, 12 décembre 1967, Rec.39; CC, 13 novembre 1970, Rec.43; CC, 6 octobre 1976, *Centre de formation des personnels communaux*, Rec.63; CC, 25 février 1982). Il faut y ajouter la circonspection non moins traditionnelle du juge administratif.

• Il existe au plan local, bien plus clairement qu'au plan national, des **services publics obligatoires**, ce qui limite d'autant les possibilités de suppression par les collectivités territoriales. Cette obligation ne peut provenir que de la loi, et des règlements pris pour son application. Par exemple, pour les communes, le service public des pompes funèbres (CGCT, art. L. 2223-1), celui de l'entretien des voies publiques (CGCT, art. L. 2321-2), de l'enlèvement des ordures ménagères (CGCT, art. L. 2224-15), des archives communales (CGCT, art. L. 1421-3), de police municipale (CGCT, art. L. 2212-1, compétence du maire). Par exemple, pour les départements, l'aide médicale et sociale constitue un service public obligatoire (CGCT, art. L. 3214-1), ainsi que celui de la voirie (CGCT, art. L. 3213-3 et 4), de lutte contre l'incendie (CGCT, art. L. 1424-1, compétence d'organisation du département mais mise à disposition des maires), du transport scolaire (loi du 22 juillet 1983). En revanche, il ne semble pas exister de service public obligatoire pour les régions, si ce n'est de participer à la planification par le plan régional (CGCT, art. L. 4251-1). Cela se traduit notamment par le fait que les dépenses obligatoires des régions ne concernent pas des interventions directes (CGCT, L. 4321-1), contrairement à celles des départements, mais des financements propres à l'institution.

• En dehors de ces cas, les collectivités territoriales peuvent intervenir, **facultativement**, en application de la notion d'affaires locales. Par exemple, pour les communes, la distribution de gaz, le chauffage urbain, les transports publics urbains, les abattoirs, bien que fréquents, sont facultatifs. Pour les départements, ces services publics optionnels sont plus rares : musées, transports publics interurbains, ports fluviaux et voies d'eau. Pour la région, ils sont essentiellement économiques : formation professionnelle, aménagement du territoire. La loi du 6 février 1992, sur l'administration territoriale de la République, contient d'importantes potentialités de création et de d'organisation de services publics, en raison des formes de coopération inter-collectivités qu'elle institue. De plus, l'article 92 de cette loi dispose que "les communes, départements et régions financent par priorité les projets relevant des domaines de compétence qui leur ont été dévolus par la loi". Mis en relation avec la coopération locale, cela permet à une collectivité territoriale de participer au financement de services publics relevant d'autres collectivités.

Le problème essentiel se pose lorsqu'une collectivité territoriale souhaite fonder un service public à caractère industriel et commercial. Tout comme l'intervention de l'État, celle des collectivités infra-étatiques se heurte au principe de la liberté d'entreprendre et à son corollaire spécialisé, la liberté du commerce et de l'industrie. La jurisprudence avait au tournant du XX^{ème} siècle adopté une attitude restrictive face au "socialisme municipal", c'est-à-dire à la tendance des communes à fonder des services publics en matière industrielle et commerciale. L'arrêt CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec.333, S 1901.3.73, note Hauriou, exigeait des circonstances exceptionnelles pour justifier la création de services publics locaux risquant de concurrencer l'initiative privée. Puis, sous l'influence de l'évolution sociale et des décrets-lois de 1926, le Conseil d'État accepta que les communes puissent fonder des services publics lorsqu'en raison de circonstances particulières de temps et de lieu un intérêt public justifie cette intervention (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec.583, *RD publ.* 1930.530, concl. Josse, ce n'était pas le cas en l'espèce pour une épicerie municipale).

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

Les services publics locaux sont considérés comme légaux lorsqu'ils pallient l'insuffisance quantitative ou qualitative que l'initiative privée apporte à satisfaire les besoins d'intérêt général. Ainsi, peuvent être fondés par les collectivités territoriales, une boucherie municipale (CE, 24 novembre 1933, *Zénard*, Rec.1100, S 1934.3.105, concl. Detton, note Mestre, établissement destiné à entraîner une baisse de prix chez les bouchers privés), un cabinet dentaire municipal (CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec.562, *AJDA* 1964.686, chr., les dentistes privés pratiquaient des tarifs dissuasifs pour la clientèle

modeste), un café-hôtel-restaurant municipal (TA Clermont-Ferrand, 21 octobre 1983, *Tay*, *AJDA* 1984.166, note Madec et Marillia). Cependant, le Conseil d'État tient à rappeler d'une part que les entreprises ayant un caractère commercial restent en principe réservées à l'initiative privée (CE, 4 juillet 1984, *Département de la Meuse*, *RD publ.* 1985.199, note de Soto) ; d'autre part, que les personnes publiques ont en principe la possibilité de produire elles-mêmes les biens et prestations "nécessaires au fonctionnement des services" sans recours au marché (CE, 27 juin 1930, *Bourrageas*, Rec.309), sans que le respect de la liberté du commerce et de l'industrie soit ipso facto ignoré (CE, *Unipain*, préc.). Les collectivités territoriales disposent d'une certaine marge de manœuvre. L'intérêt général est apprécié largement : il ne se confine pas dans la commune et peut être celui des touristes ou vacanciers (CE Sect., 17 avril 1964, *Commune de Merleville-Franceville*, Rec.231, *AJDA* 1964.288, chr.). Un service public peut être fondé s'il constitue le complément naturel d'un service public existant (CE Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme*, *AJDA* 1960.3.213, concl. Mayras, *D* 1960.3.371, note Lesage).

Quand à la suppression de services publics, qui doit être réalisée lorsque l'initiative privée s'est développée de manière suffisante, elle peut être différée pour permettre l'amortissement des investissements opérés lors de la création (CE, 23 juin 1933, *Lavabre*, Rec.677, *S* 1933.3.81, concl. Rivet, note Alibert).

À titre exceptionnel, la prise en considération de l'initiative privée n'est pas nécessaire, l'intérêt public seul justifiant la prise en charge des besoins collectifs à satisfaire. Le premier type d'exception est celui où le service public est assuré avec usage du domaine public (CE Sect., 2 juin 1972, *Féd. franç. des synd. professionnels de pilotes maritimes*, Rec.407, *AJDA* 1972.647, concl. Rougevin-Baville). Le second type est celui où une personne publique satisfait par ses propres moyens les besoins de ses services ou ceux d'une autre personne publique (CE, 14 octobre 1955, *Association des concerts Colonne*, Rec.xxx; CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, *AJDA* 1970.430, concl. Braibant, *RD publ.* 1970.1423, note Waline), ce qui n'exclut pas le recours au droit privé même au sein d'une personne publique (Conseil de la concurrence, 29 mai 1991, *Dr. adm.* 1991, n° 471, note Israël). Enfin, le troisième type d'exception résulte d'une tendance jurisprudentielle des années 1970, dont l'interprétation en l'absence de postérité est délicate aujourd'hui (CE Sect., 23 décembre 1970, *Commune de Montmagny*, Rec.788, *AJDA* 1971.153, chr., *RD publ.* 1971.248, concl. Kahn; CE Sect., 23 juin 1972, *Soc. la plage de la forêt*, Rec.477, *AJDA* 1972.452, chr., *RD publ.* 1972.1259, concl. Bernard) Plus que de domaines d'intervention qui appartiendraient "par nature" aux collectivités territoriales, profondément renouvelés par les lois de décentralisation depuis lors, on verra plutôt là les prémices de la jurisprudence posée généralement pour toutes les personnes publiques : « pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment », mais pas seulement, de la carence de l'initiative privée (CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats*, préc.). Une collectivité territoriale soucieuse de l'intérêt public peut investir divers domaines : hygiène, parcs de stationnement, logements sociaux, restaurants économiques pour les plus défavorisés, etc.

Section III : Les principes cardinaux de fonctionnement du service public

Les activités qui sont qualifiées de services publics, qu'elles soient exercées par des personnes publiques ou par des personnes privées, quel que soit leur caractère, administratif ou industriel et commercial, sont soumises à un ensemble de règles de droit, à un régime juridique. En quelle manière peut-on alors parler d'un régime juridique de service public ? A l'évidence, il n'existe pas un régime juridique commun à tous les services publics. C'est de cette constatation que résulte d'ailleurs la preuve de l'échec de l'École de Bordeaux. Les services publics à gestion publique se distinguent fondamentalement à cet égard des services publics à gestion privée. Mais il est légitime de se demander s'il existe des points communs entre les différents services publics, des principes généraux qui s'appliqueraient sans distinction de leur mode d'exercice. L'observation fait en effet apparaître des principes cardinaux qui correspondent à la nature essentielle du service public. Ils ont été formalisés par le Professeur Louis Rolland et sont présentés sous l'expression commode de "lois du service public" ou "lois de Rolland". Les lois du service public sont avant tout une découverte jurisprudentielle, certaines sont assimilables en cela à des principes généraux du droit. Les trois lois du service public sont l'égalité, la continuité, la mutabilité. On notera de manière liminaire qu'il n'existe pas de principe de gratuité du service public. Il s'agit d'une évidence quant aux services à caractère industriel et commercial, dont le fonctionnement est par nature comparable aux activités privées. Pour ce qui est des services à caractère administratif, il faut distinguer entre les services obligatoires et les services facultatifs pour la personne publique responsable. Les services publics administratifs et facultatifs peuvent être facturés par des redevances aux utilisateurs sans condition de principe (CE, 10 novembre 1993, *Commune de Mirebeau*, Rec.314, *CJEG* 1994.145, concl. Pochard). Les services publics administratifs obligatoires ont vocation à être gratuits, à moins qu'ils ne profitent directement et personnellement à des particuliers (CE, 5 décembre 1984, *Ville de Versailles*, Rec.399, *RFD adm.* 1985.522, note Prétot).

SOUS-SECTION I : L'égalité devant le service public

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

§ 1. - Application nuancée d'un principe solennel

Le statut du service public est le même pour tous. L'origine de ce principe se trouve dans la jurisprudence du Conseil d'État. Déjà implicite dans l'arrêt CE, 29 décembre 1911, *Chomel*, *RD publ.* 1912.36; il est expressément affirmé par les arrêts CE, 10 février 1928, *Chambre synd. des propriétaires marseillais*, Rec.222; CE, 6 mai 1931, *Tondut*, Rec.477. Les conséquences de ce principe sont nombreuses.

A. Les usagers des services publics

La frontière entre l'administré et l'utilisateur est longtemps restée floue. Même les textes les plus récents, comme le décret du 28 novembre 1983, relatif aux rapports entre l'administration et ses usagers, n'évitent pas une certaine confusion. Il existe pourtant, pour la théorie juridique, une distinction entre administré et usager. Pour être usager, le particulier doit d'une part bénéficier d'une prestation fournie par une autorité administrative ou une personne privée chargée d'un service public. Il est d'autre part nécessaire que la prestation lui profite de façon individualisée. Le service dont il bénéficie n'est pas indistinctement assuré au profit à la collectivité, il lui est personnellement fourni. C'est ce qui différencie par exemple le service public fiscal ou celui de la police, qui n'ont pas à proprement parler d'utilisateurs (CE ass., 30 octobre 1996, *Wajs et Monnier*, *AJDA* 1996.1041, chron.; *RFD adm.* 1997.726, concl. Combrexelle), du service public des transports ou de la distribution d'eau, qui en ont.

L'utilisateur est donc le bénéficiaire à titre personnel d'un service que la collectivité accepte d'assurer à chacun pour la satisfaction de tous. Il n'en demeure pas moins, que, pour les services publics à caractère administratif, les deux qualités sont parfois confondues et difficiles à séparer. La notion d'utilisateur du service public a tendance, dans ce contexte, à s'étendre par imprécision de sa définition. Le juge administratif s'est, par ailleurs, appliqué à dessiner les contours de l'utilisateur du service public à caractère industriel et commercial. Il a ainsi conféré à cette notion d'utilisateur un sens plutôt extensif. L'utilisateur d'un service public à caractère industriel et commercial n'est pas obligatoirement lié au prestataire par un contrat. L'utilisateur irrégulier, frauduleux, d'un train est un utilisateur du service public à part entière (TC, 5 décembre 1983, *Niddam*, Rec.541). Le candidat à l'usage du réseau d'eau est un utilisateur du service public (CE, 21 avril 1961, *Veuve Agnesi*, Rec.253). L'utilisateur indirect, par contrat interposé, des services portuaires (CE, 8 mars 1991, *SA Usinor*, Rec.88) est un utilisateur du service public.

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

Quant à l'accès aux services publics :

Le Conseil d'État annule les discriminations injustifiées entre utilisateurs (CE Ass., 1er avril 1938, *L'Alcool dénaturé de Coubert*, Rec.337, *RD publ.* 1939.487, concl. Latournerie, à propos de discriminations dans le prix de vente des alcools; CE Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec.151, *Dr. Soc.* 1951.368, concl. Letourneur, note Rivero, à propos de l'accès des associations musicales à la retransmission radiophonique de leurs concerts; TA Amiens, 31 octobre 1978, *Hosten*, *AJDA* 1979.32, note Richer, à propos de l'accès d'un journal à l'information municipale; TA Paris, 19 mars 1986, *Lévy*, Rec.308, *AJDA* 1986.389, note Richer, et CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c. Lévy*, Rec.157, *Dr. Soc.* 1989.767, note Prétot, à propos d'une distinction, pratiquée par la ville de Paris, et fondée sur la nationalité, en matière d'attribution d'une allocation sociale).

Quant à la situation de l'utilisateur :

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

droit de demander l'annulation de décisions illégales qui lui feraient grief (CE, 1er avril 1949, *Chaveneau*, Rec.161).

Contrairement au précédent, l'utilisateur des services publics à caractère industriel et commercial est dans une situation contractuelle de droit privé, même si dans certains cas les rapports contractuels sont accompagnés de clauses réglementaires. De là découle qu'en général l'utilisateur du service public à caractère industriel et commercial doit supporter les modifications unilatérales des conditions des prestations à venir (Cass. req., 4 mai 1921, *D* 1922.1.41, à propos de modifications de polices d'abonnement en cours pour des prestations d'assurance futures). En revanche, lorsque la prestation est effectuée et que l'utilisateur est devenu débiteur de sa valeur, aucune modification ne peut plus lui être imposée (CE, 25 juin 1948, *Soc. du journal L'Aurore*, Rec.189, *S* 1948.3.69, concl Letourneur).

Dans tous les cas, les usagers qui remplissent les mêmes conditions ont droit aux mêmes prestations (CE, 16 mars 1977, *Association Loisirs et Défense...*, Rec.139; CE Sect., 19 décembre 1979, *Meyet*, Rec.475).

2. Cependant, ce principe connaît des tempéraments.

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

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

Le problème se pose principalement pour les différenciations tarifaires. L'exemple le plus connu est celui du bac de l'île de Ré. Le Conseil d'État, appelé à se prononcer sur la légalité d'un tarif réduit au profit des habitants de l'île de Ré, en avait accepté le principe. En revanche, il estimait insuffisante la différence de situation entre les habitants de la partie continentale de la Charente-Maritime et le reste des français continentaux pour fonder un tarif intermédiaire (CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec.274, *AJDA* 1974.298, chr., *RD publ.* 1975.467, note Waline). La loi du 12 juillet 1979 déterminant le régime des bacs et des ponts à péage, au contraire, a prévu le cas de tarifs propres aux usagers " ayant leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements concernés ". Il se trouve que cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel, qui a jugé que le législateur n'avait pas usé de critères contraires au principe d'égalité (CC, 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, Rec.31, *AJDA* 1975.46, *RD publ.* 1979.1726). Pour un autre exemple, le refus d'être admis à un tarif réduit, CE, 19 juin 1992, *Bouchon*, Rec.238, *RFD adm.* 1993.689, concl. Pochard, *AJDA* 1992.528.

De manière générale, une série d'éléments objectifs permettent de fonder aussi bien la différenciation tarifaire, que des niveaux différents de prestation : le lien avec la personne publique responsable du service (domicile, lieu de travail ou de résidence, qualité de contribuable), les revenus (avec ou sans quotient familial). La nature de la prestation de service public, culturel, commercial, de proximité ou de première nécessité n'est pas déterminante (CE sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers, Commune de Nanterre*, Rec.499, *RFD adm.* 1998.539, concl. Stahl, *AJDA* 1998.102, chr.).

Quant aux exigences de l'intérêt général :

Souvent invoquées à propos des tarifications différenciées, les "nécessités d'intérêt général" doivent être, selon la formule jurisprudentielle, "en rapport avec les conditions d'exploitation du service" ou avec "l'objet du service" (CE Sect., 19 décembre 1979, *Meyet*; CE Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*; CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, préc.). La rupture d'égalité, justifiée au regard de ces critères peut également résulter d'une action positive (CE, 29 juin 1951, *Synd. de la raffinerie du soufre fr.*, *D* 1951.661, note Waline; CE, 12

novembre 1958, *Synd. de la raffinerie du soufre français*, *AJDA* 1959.13, concl. Fournier, à propos de subventions ou d'avantages), ou résulter d'une intervention graduée, l'application d'une taxe variant suivant la taille de l'entreprise (CE Sect., 13 octobre 1967, *Peny*, Rec.365).

B. Les personnels des services publics

La première conséquence du principe d'égalité dans le fonctionnement des services publics est l'égal accès aux emplois publics sans discrimination pour d'autres motifs que les compétences du candidat (CE Ass., 28 mai 1954, *Barel et autres*, Rec.308, *D* 1954.594, note Morange, *RD publ.* 1954.509, concl. Letourneur, note Waline, excluant les discriminations fondées sur les opinions politiques, en l'occurrence communistes, de candidats à l'ENA). Le juge est particulièrement rigoureux dans l'appréciation des conditions matérielles des épreuves du concours (CE, 4 février 1983, *Lifffran*, *AJDA* 1983.558, chr.527, annulation du concours d'entrée à l'ENM en raison de l'autorisation donnée à une partie seulement des candidats d'utiliser certains documents)

La deuxième conséquence est l'égalité de traitement entre les fonctionnaires assurant le service public (CC, 15 juillet 1976, *Statut général des fonctionnaires*, Rec.35, *JCP* 1977.18760, note Nguyen Quoc Vinh; CE Sect., 26 octobre 1979, *Millan*, Rec.396, *AJDA* 1980.99, en ce qui concerne du moins les fonctionnaires titulaires).

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs reconnu un lien direct entre l'égalité d'accès aux fonctions publiques et l'égalité des usagers devant le service public (CC, n° 98-396 DC, 19 février 1998, *Recrutement exceptionnel de magistrats*, Rec.153, *AJDA* 1998, p. 380, chron. J.-E. Schoettl ; *JCP* 1998, II, 10104, note A. Quint ; *Petites affiches*, 27 novembre 1998, p. 12, note L. Baghestani-Perrey).

La troisième conséquence est que les personnels ont, dans l'exercice des activités de service public, une obligation de neutralité (CE avis, 3 mai 2000, *Mademoiselle Marteaux*, *AJDA* 2000.602, chron., *D.* 2000.747, note Geneviève Koubi, *RFD adm.* 2001.146, concl. Schwartz).

C. Les fournisseurs des services publics

Toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent se trouver régies par les mêmes règles, y compris les cocontractants actuels ou potentiels du service public (CE, 9 juillet 1975, *Ville des Lilas*, *AJDA* 1976.91 (marchés); TA Paris, ord., 2 novembre 1994, *Groupement des Sociétés Eiffage*, Rec.710, *AJDA* 1995.147, note C. Bréchon-Moulènes (concessions)). Pour la plupart des contrats administratifs, ces règles sont aujourd'hui formalisées, soit dans le Code des marchés publics (art. 1^{er}), soit dans la loi du 29 janvier 1993 modifiée en ce qui concerne les délégations de service public (art. L1411-1 CGCT et ord. 1^{er} décembre 1986 ; Cons. const., 92-316 DC, 20 janvier 1993, Loi sur la prévention de la corruption : *Rec.*14, *RFD adm.* 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *JCP* 1993.I.3670, chron. Picard). De surcroît, le droit et la jurisprudence communautaires assurent le respect du principe d'égalité d'accès à la commande publique.

§ 2. - Les corollaires du principe

A. La neutralité du service public

Le principe d'égalité devant le service public a un corollaire : la neutralité du service public. D'après le Conseil constitutionnel (CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec.141, *AJDA* 1987.102, note Wachsmann), ce principe interdit que le service public soit assuré de façon différenciée en fonction des convictions politiques ou religieuses du personnel ou des usagers du service public (application à la laïcité en milieu scolaire, CE Avis, 27 novembre 1989, *AJDA* 1990.39, note J.-P. C.; circulaire du 12 décembre 1989, JO du 15 décembre, p. 15577, *RFD adm.* 1990.10, note Durand-Prinborgne).

En conséquence, comme en contrepartie de la neutralité dont chacun bénéficie dans ses rapports avec le service public, il peut être imposé aux usagers (et au personnel, cf. *supra*) de limiter les manifestations de leurs opinions dans les établissements accueillant des services publics (CE, 28 novembre 1985, *Rudent*, Rec.316, *AJDA* 1985.712, chr., *RD publ.* 1986.244, note Llorens, *RFD adm.* 1986.630, concl. Laroque). On en arrive à considérer que les locaux même du service public doivent être des espaces neutres (TA Nice, 30 mars 1984, *Caressa*, Rec.656, *RFD adm.* 1985.552, note Baldous, s'agissant d'une interdiction de distribuer des écrits politiques dans les locaux d'un service public). C'est en ce sens que doivent être interprétés l'avis, puis l'arrêt du Conseil d'Etat à propos de l'affaire dite du Foulard islamique. La laïcité est certes interprétée comme une acceptation des différences, mais elle implique que les manifestations d'appartenance religieuse ne soient pas excessives, c'est-à-dire qu'elles ne constituent pas un acte de prosélytisme (CE Avis, 27 novembre 1989; circulaire du ministre de l'Education nationale du 12 décembre 1989; J. Rivero, "Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse", *RFD adm.* 1990.1; CE ass., 2 novembre 1992, Kherouaa et autres : Rec.389, *RFD adm.* 1993, p. 112, concl. D. Kessler, *AJDA* 1992, p. 833, chron., *RD publ.* 1993, p. 220, note P. Sabourin; D. 1993, jur. p. 108, note G. Koubi) Ces manifestations doivent être compatibles avec les nécessités du fonctionnement scolaire et ne pas créer de trouble à l'ordre public (CE ass., 14 avril 1995, *M. Koen et Consistoire central des israélites de France* (2 arrêts), *AJDA* 1995.572, chr.; D 1995.J.481, note G. Koubi; CE, 10 juillet 1995, *Assoc. Un Sisyphes et Melle Saglamer*, *AJDA* 1995.644, concl. Schwartz), ni d'atteinte à la sécurité des élèves (CE, 20 octobre 1999, *Ait Ahmad*, req. n° 181486 : D. 2000, jur., p. 251 concl. R. Schwartz ; *JCP* 2000, II, 10306, note G. J. Guglielmi et G. Koubi).

B. L'égalité par le service public

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

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

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

jurys de concours ou dans les postes de direction, il ne s'agit pas de la traduction du principe de parité entendu par la Constitution pour la seule représentation politique.

Certains services publics sont conçus comme fondamentalement inégalitaires parce qu'ils excluent des catégories d'usagers. L'aide sociale ne s'adresse ainsi qu'aux nécessiteux, les zones d'éducation prioritaire concentrent sur certains établissements des moyens qui pourraient être répartis sur tout le territoire. De telles interventions ne sont nullement contraires au droit puisqu'elles correspondent à une demande sociale et se réalisent par voie législative. Cependant, elles posent un problème d'application du droit et vont dans une certaine mesure contre l'unité du droit en général et certains principes juridiques en particulier. Il est donc nécessaire de les cerner très précisément et de ne pas les présenter comme constituant le régime juridique de principe de l'intervention.

Dans la mesure où de tels choix relèvent d'une conciliation entre normes de portée générale et objectifs de valeur législative ou constitutionnelle, il est nécessaire qu'ils soient formalisés dans une loi.

SOUS-SECTION II : La continuité du service public

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

§ 1. - La nature du principe

A. Sources du principe de continuité

Le principe de continuité des services publics est le versant administratif du principe de continuité de l'État. Pour la théorie du service public qui ne considérait l'État que comme un faisceau de services publics, la valeur de ce principe est fondamentale. Le commissaire du gouvernement Tardieu affirmait ainsi " la continuité est de l'essence du service public " (CE, 7 août 1909, *Winkell*, S 1909.3.145, note Hauriou qui en accepte l'idée; cet arrêt justifie une révocation pour fait de grève par le principe de continuité des services publics).

Aujourd'hui, le principe de continuité des services publics est un principe à valeur constitutionnelle (CC, 25 juillet 1979, *Continuité du service public de la radio-télévision*, Rec.33, *AJDA* 1980.191, note Legrand).

Le Conseil d'État a également souligné son importance en le qualifiant de " principe fondamental " (CE, 13 juin 1980, *Dame Bonjean*, Rec.274, justifiant lui aussi une retenue sur traitement pour absence de service fait) ce qui signifie bien sûr qu'il s'agit d'un principe général du droit (ce que l'on savait déjà, mais sous le terme de simple "principe", CE Sect., 30 mars 1979, *Secr. d'Ét. aux universités*, Rec.141, *AJDA* 1979.10.18, chr.)

B. Contenu du principe de continuité

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

Le principe de continuité peut être aussi apprécié en terme de consistance du service public à condition qu'un texte la définisse explicitement. Ainsi la continuité du service public de l'enseignement n'est pas assurée si les élèves ne bénéficient pas de la totalité des enseignements prévus dans le programme (CE, 27 janvier 1988, *Giraud*, Rec.40, *AJDA* 1988.352, note Moreau). Le service public hospitalier ne serait pas continûment assuré en l'absence d'un de ses éléments constitutifs, sécurité physique des personnes, continuité des soins dispensés, et des services hôteliers fournis aux hospitalisés (CE, 7 janvier 1976, *CHR d'Orléans*, Rec.10; CE, 4 février 1976, *Synd. CFDT du centre psychothérapeutique de Thuir*, *AJDA* 1978.50).

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

La continuité du service public justifie en général l'exercice d'un pouvoir réglementaire d'organisation du service public (*Cf. infra*) qui ne se distingue pas, dans son exercice, du pouvoir réglementaire de tout chef de service (CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec.172, *S* 1937.3.113, note Rivero). Il sera traité à ce titre. Plus spécifiquement, la continuité peut rencontrer d'importants principes juridiques dans deux domaines : les contrats et l'exercice du droit de grève.

A. Principes régissant les contrats

Dans le domaine des contrats administratifs, par exemple, la continuité est garantie par trois éléments : la mutabilité des contrats permet à la personne publique de modifier unilatéralement les clauses du contrat pour les besoins du service; la théorie des sanctions reconnaît comme la faute la plus grave, l'interruption du service et autorise la personne publique responsable à y remédier par séquestre (concession ou affermage), ou par mise en régie ou marché de substitution (marchés publics); enfin, le principe de continuité du service public est le fondement principal de la théorie de l'imprévision qui prévoit que, si des événements imprévus bouleversent l'équilibre du contrat au point que le cocontractant ne puisse continuer à assurer le service sans ruine, la personne publique est tenue de lui allouer des fonds compensatoires (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec.125, *RD publ.* 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note Jèze, pour une concession; CE, 5 novembre 1982, *Soc. Propétrol*, *AJDA* 1983.261 pour un marché public).

B. Principes régissant la grève

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

Depuis la Constitution de 1946, le droit de grève est reconnu aux agents des services publics. Cela pose immédiatement un problème de conciliation entre ce droit, constitutionnellement reconnu, et le principe de continuité des services publics. Le problème de fait n'a pas été vraiment résolu, le plus souvent la grève entraîne en effet l'interruption du service. Le problème de droit peut être ainsi exposé. Le Conseil constitutionnel a reconnu que le législateur peut limiter le droit de grève pour assurer la continuité des services publics (CC, 25 juillet 1979, *Continuité du service public de la radio-télévision*, préc.). Cependant, le législateur n'est pas à ce jour intervenu de manière générale dans ce domaine, et ses dispositions spéciales à certains agents publics restent rares. Le Conseil d'État a donc reconnu un principe général du droit autorisant le pouvoir réglementaire, en l'absence de loi, à réglementer l'exercice du droit de grève afin d'assurer le "bon fonctionnement des services publics" (CE Ass., 7 juillet 1950, *Debaene*, Rec.426, *RD publ.* 1950.691, concl. Gazier, note Waline; position opposée, Cass. soc. 7 juin 1995, D 1996.75, note Mathieu). Cette compétence est reconnue à tout chef de service pour les personnels qu'il dirige (CE Sect. 19 janvier 1962, *Bernardet*, *Leb.* p. 49 ; CE Ass. 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la Radiodiffusion-Télévision française et autres et syndicat libre de la RTF*, *Leb.* p. 82), aux maires pour le personnel communal (CE 9 juillet 1965, *Pouzeuc*, *Leb.* p. 421) et aux organes dirigeants des établissements publics (CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris (CGC)*, *Leb.* p. 175 ; CE 14 octobre 1977, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales*, *Leb.* p. 383) Cette compétence réglementaire peut, bien entendu, en vertu du pouvoir réglementaire du chef de service, résulter d'une de ses circulaires (CE, 13 novembre 1992, *Synd. nat. des ingénieurs des études*, Rec.966, *AJDA* 1993.221, obs. Mathieu). Mais elle ne saurait cependant aller jusqu'à supprimer le droit de grève à certaines catégories d'agents (CE, 24 février 1961, *Isnardon*, Rec.150, *AJDA* 1962.204). Le juge administratif vérifie que les dispositions statutaires applicables aux agents ne sont pas incompatibles avec les "nécessités du service public" (CE ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, *Petites Affiches* novembre 1995, n° 131, p. 6, concl. Bonichot, *AJDA* 1995.757 chron.), alors que la Cour de cassation se borne à faire prévaloir le principe le plus favorable aux salariés (Cass. Soc. 17 juillet 1996, *SNCF c/ M. Boj, M. Vizcaino et CFDT*, *CJEG* 1997.97, note Pouyaud). En revanche, le gouvernement n'avait pas compétence pour organiser un service minimum dans une entreprise de service public (CE, 17 mars 1997, *Féd. Nat. des synd. des industries de l'énergie élec. et gazière*, *AJDA* 1997, 533, note Bellanger et Darcy – EDF- ; CE, 1^{er} déc. 2004, *Onesto*, Dr. adm. 2005, n° 19 – RATP-).

La loi du 21 août 2007 (CC, n° 2007-556 DC du 16 août 2007), sans instaurer un tel service, précise les conditions d'encadrement du droit de grève dans les seuls transports publics terrestres de voyageurs. L'autorité organisatrice des transports doit définir les dessertes prioritaires et les niveaux de service en fonction des perturbations attendues. Les employeurs et les syndicats doivent conclure des conventions collectives de prévisibilité de service. Un second préavis de grève ne peut plus être déposé pendant les négociations portant sur le premier.

SOUS-SECTION III : L'adaptation du service public

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

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

§ 1. - Conditions d'application

Le principe d'adaptation trouve à s'appliquer en cas de changement des circonstances de fait. La personne publique responsable du service public peut aménager le service en conséquence, et pour ce faire, modifier la réglementation ou les conditions d'exécution des contrats (CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen*, Rec.5, S 1902.3.17, note Hauriou).

Il s'applique également en cas de changement de l'état du droit. La personne publique responsable peut alors procéder de même, à condition de supporter en matière contractuelle les conséquences de ces changements. C'est ainsi que peuvent être supprimés des services inutiles dont le fondement juridique aurait disparu (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, RD publ. 1933.117, concl. Josse, note Jèze).

§ 2. - Régime de l'adaptation

Les usagers du service n'ont pas de droit au maintien en vigueur du régime des services publics. Les usagers des services publics à caractère administratif ne peuvent donc s'opposer à la nécessaire adaptation (CE, 12 février 1982, *Université de Paris-VII*, Rec.70, à propos du prétendu droit à terminer ses études à l'endroit du service public de l'enseignement supérieur où on les a commencées). Il en est de même des usagers des services publics à caractère industriel et commercial (Cass. req., 4 mai 1921, D 1922.1.41, note Appleton, à propos de modifications de polices d'abonnement en cours pour des prestations d'assurance futures). Les usagers n'ont, sauf exception législative de service public obligatoire, aucun droit au maintien de l'existence du service (CE Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec.60, concl. Kahn, AJDA 1961.74, chr., pour la suppression de certains standards d'émission en télédiffusion; CE Sect., 18 mars 1977, *Chambres de commerce de La Rochelle, Belfort, Lille*, Rec.153, concl. Massot, pour la suppression de dessertes aériennes).

En contrepartie, les usagers du service public ont droit au fonctionnement normal du service tant qu'il n'a pas été modifié (CE, 27 janvier 1988, *Giraud*, Rec.40, AJDA 1988.352, note Moreau; et CE, 17 octobre 1986, *Erhardt*, AJDA 1986.694, chr.). Les modifications ne

sont pas rétroactives (CE, 25 juin 1948, *Soc. du journal L'Aurore*, Rec.189, S 1948.3.69, concl Letourneur)

Les personnels du service public n'ont, pas plus que les usagers, la possibilité d'invoquer un droit acquis au maintien d'une situation ou d'un avantage, qu'il s'agisse de fonctionnaires ou d'agents contractuels (CE, 4 novembre 1942, *Association nat. des officiers de réserve*, Rec.302, CE, 11 octobre 1995, *Institut géographique national*, Rec.620 dans ce cas les contractuels peuvent prétendre à indemnité compensatrice), qu'il s'agisse d'un service public à caractère administratif ou d'un service public à caractère industriel et commercial (CE, 1er mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, Dr. Soc. 1969.33).

Chapitre 2 : Le pouvoir réglementaire

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

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

Ce pouvoir pose indéniablement un problème de sources. D'une part, la reconnaissance à une autorité administrative d'un pouvoir réglementaire ne peut résulter en principe que d'un texte (CE, 27 novembre 1995, *Assoc. départ. des pupilles de l'enseignement public du Gard*, Rec.618). Cependant à titre exceptionnel, la jurisprudence administrative a reconnu un pouvoir réglementaire à certaines autorités en l'absence de détermination explicite de la loi. D'autre part, le Conseil constitutionnel estime que l'article 37 alinéa 1 de la Constitution fonde l'ensemble du pouvoir réglementaire général, c'est-à-dire le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Le Conseil d'Etat, en revanche, estime que la source du pouvoir réglementaire autonome est l'article 37, mais que celle du pouvoir réglementaire d'exécution des lois est l'article 21. En conséquence, dans le premier cas, il contrôle que le décret a été pris en matière réglementaire (CE sect. 27 janvier 1961, *Dannizeau*, Rec.57, *AJDA* 1961, chron.). Dans le second, il contrôle si les décrets sont nécessaires à l'application de la loi, et dans l'affirmative, ils peuvent intervenir dans le domaine législatif sans être annulés (CE ass. 8 mai 1964, *Soc. La Verrierie d'Arques*, Rec.279). En effet, estimer que des décrets nécessaires à l'application d'une loi empiètent sur le domaine législatif, c'est relever que la loi a implicitement méconnu l'article 34 de la Constitution, ce que le juge se refuse à faire.

Section I : Le pouvoir réglementaire général

Le pouvoir réglementaire général n'est que le pouvoir réglementaire reconnu au gouvernement par l'article 37 de la Constitution de 1958. Il faut rappeler ici que le domaine de compétence du législateur est limitativement énuméré par l'article 34 alors que toutes les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi sont réglementaires. La source unique du pouvoir réglementaire est l'article 37 (CC, 2 décembre 1976, *Vote par procuration*, Rec.67, *RD publ.* 1977.458). C'est ce qui explique la dénomination de "général" accolée au pouvoir réglementaire du gouvernement. En revanche, il peut exister plusieurs titulaires du pouvoir réglementaire général (le plus célèbre, désigné par la Constitution, est le Premier ministre). Les deux questions doivent être distinguées (§ 1 et 2). Il existe aussi un cas particulier de détention d'un pouvoir réglementaire spécial de police générale dont le fondement est différent (B du §1). Il est étudié ici de manière à le distinguer du pouvoir réglementaire général.

§ 1. - Le domaine du pouvoir réglementaire général

A. Cas général

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

Les matières de la compétence exclusive et totale du législateur, dans lesquelles il **fixe les règles**, sont : les droits civiques et garanties fondamentales des libertés publiques, la nationalité, la capacité et l'état des personnes, le droit pénal et la procédure pénale, les principes fondamentaux de l'organisation juridictionnelle, la fiscalité, la monnaie, le droit électoral, la création de catégories d'établissements publics, les garanties statutaires des fonctionnaires, les nationalisations et privatisations. Dans ces domaines, la loi peut descendre dans les détails des mesures d'application et le pouvoir réglementaire ne trouve qu'un domaine résiduel (CE, 14 février 1964, *Soc. d'Oxygène et d'Acétylène d'Extrême-Orient*, et *Haberstroh* (deux arrêts), *AJDA* 1964.181 chr.). Cependant, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois peut parfois être utilisé pour étendre des dispositions législatives existantes à des matières qui n'en relevaient pas (régime électoral prévu pour les autres consultations appliqué à la consultation référendaire CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, cité infra).

Le législateur est également compétent pour **déterminer les principes fondamentaux** de l'organisation générale de la défense nationale, de la libre administration des collectivités locales, de l'enseignement, du droit de la propriété et des obligations, du droit du travail et du droit social. Dans ces domaines, le gouvernement dispose d'un domaine propre qui s'étend à toutes les mesures qui ne compromettent pas les principes fondamentaux (l'appréciation est délicate : CC, 27 novembre 1959, *S* 1960.102, note Giffard, *D* 1960.533, note Hamon, *Dr. soc.* 1961.141, note Teitgen; CE, 28 octobre 1960, *de Laboulaye*, Rec.570, *AJDA* 1961.20, concl. Heumann, *Dr. soc.* 1961.141, note Teitgen).

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

comme édictés par une autorité incompétente. Rien ne semble exclure d'ailleurs qu'un parlementaire utilise cette procédure en raison de l'atteinte portée aux prérogatives du Parlement (CE Ass., 24 novembre 1978, *Schwartz*, Rec.467, *AJDA* 1979.3.45, concl. Latournerie).

Par ailleurs, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, attrait dans le bloc de constitutionnalité par le Préambule, pose que les limites de la liberté "ne peuvent être déterminées que par la loi", ce qui a une influence décisive sur les domaines touchant à la liberté individuelle, à la liberté d'opinion, à la liberté d'expression (notamment de la presse CC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi sur les entreprises de presse*, Rec.78, *AJDA* 1978.684, note Bienvenu, *RD publ.* 1986.395, note Favoreu) et à la propriété.

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

Il faut ajouter à ce domaine défini par les textes constitutionnels, ceux qui résultent de la jurisprudence réservant à la loi la possibilité d'écarter un principe général du droit (Cf. infra, CE Sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec.413, *D* 1951.593, note F.M., *Dr. soc.* 1951.246, concl. Delvolvé, *S* 1951.3.85, note Auby et de Font-Réaulx; CC, 26 juin 1969, *Protection des sites*, Rec.27, *AJDA* 1969.563), un principe relevant de la responsabilité publique (CE, 27 novembre 1985, *Consorts Fraysse*, *Dr. adm.* 1986.62), ou un principe relevant du droit des contrats administratifs.

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

Dans toutes les autres matières qui ne font l'objet d'aucune allusion dans les dispositions constitutionnelles précitées, le gouvernement a la faculté de prendre par voie réglementaire toutes les décisions de principe ou de détail : c'est ce que l'on a appelé les règlements autonomes (expression confirmée dans un arrêt CE, 8 février 1985, *Assoc. des centres E. Leclerc*, Rec.26, *RD publ.* 1986.256). Mais il faut préciser que ce pouvoir de prendre des règlements autonomes doit s'exercer dans le respect des principes généraux du droit (CE, 26 juin 1959, *Synd. gén. des ingénieurs-conseils*, Rec.394, *AJDA* 1959.1.153, chr., *RD publ.* 1959.1004, concl. Fournier, *S* 1959.202, note Drago, *Rev. adm.* 1959.381, note Georgel).

Le domaine réglementaire est également protégé contre les éventuels empiétements du législateur. Ainsi, dans le cas où une loi antérieure à la Constitution de 1958 aurait porté sur le domaine désormais réglementaire en vertu de l'article 37, son texte peut être modifié par un décret pris après avis du Conseil d'Etat. Dans le cas où une loi postérieure à 1958 pourrait empiéter sur le domaine réglementaire, le gouvernement dispose de deux moyens de faire respecter le domaine réglementaire. Pendant la procédure législative, d'une part, le gouvernement peut en application de l'article 41 de la Constitution, opposer l'irrecevabilité des propositions ou amendements qui ne seraient visiblement pas du domaine de la loi (le Conseil constitutionnel peut être amené à statuer en cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'assemblée). Après promulgation, d'autre part, le gouvernement en application de l'article 37 al. 2 peut demander au Conseil constitutionnel de constater le fait que la loi est intervenue dans le domaine réglementaire et en modifier le texte par décret simple. Enfin, dans une situation intermédiaire, à l'issue de la procédure législative, mais avant promulgation, la loi peut également être soumise au Conseil constitutionnel par les moyens habituels sur le fondement de cette incompétence matérielle. Cependant, au cas où la loi a été votée en matière réglementaire, elle n'est pas inconstitutionnelle de ce simple fait (CC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, Rec.57, *Rev. adm.* 1983.360, note de Villiers), car le gouvernement n'est pas obligé d'opposer l'irrecevabilité, de même qu'il n'est pas obligé de récupérer les matières réglementaires occupées par le législateur. Ces lois seront simplement délégalisées à coup sûr par le Conseil s'il est saisi par la procédure adéquate.

En pratique relèvent du pouvoir réglementaire autonome : l'organisation administrative de l'Etat, la procédure administrative (non contentieuse ou juridictionnelle), procédure civile, contraventions de police, sous réserve bien sûr des zones qui à l'intérieur de ces champs de compétence relèvent de la loi (statut des magistrats, création d'ordres de juridiction, garanties des libertés publiques).

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

Le pouvoir de prendre des règlements de police en vue d'assurer l'ordre public sur l'ensemble du territoire national appartient au Premier ministre. Cette solution provient de la jurisprudence Labonne (CE, 8 août 1919, *Labonne*, Rec.737). À l'occasion du recours d'un automobiliste à qui on avait retiré son permis de conduire, le Conseil d'État affirme la légalité du décret par lequel le Président de la République avait institué un Code de la route, sur le fondement de “ ses pouvoirs propres ” et “ en-dehors de toute habilitation législative ”.

Pour la détention de ce qui est sans doute le premier “ pouvoir réglementaire autonome ”, le Président du Conseil a succédé au Président de la République sous la IVème République (CE Ass., 13 mai 1960, *Soc. à resp. lim. Restaurant Nicolas*, Rec.324, à propos de la consommation du gibier), et le Premier ministre l'a remplacé à l'avènement de la Vème (CE, 2 mai 1973, *Assoc. cult. des israélites nord-africains de Paris*, Rec.313, à propos de l'abattage des animaux).

On en déduit que la Constitution de 1958, dans son article 34, n'a pas retiré au Premier ministre le pouvoir réglementaire de police générale (CE, 17 février 1978, *Assoc. dite CLER*, Rec.82; CE, 22 janvier 1982, *Assoc. Auto-défense*, D 1982.494, note Pacteau, pour la ceinture de sécurité; CC, 20 février 1987, *Code rural*, Rec.22). Il appartient au gouvernement de prendre les mesures de police nécessaires sur l'ensemble du territoire (CE Sect., 25 juillet 1975, *Chaigneau*, Rec.436, *RD publ.* 1976.342, note Auby, quant aux limitations de vitesse). Il est frappant que les références à la Constitution de 1958 aient disparu des arrêts, le pouvoir de police du Premier ministre semble ainsi ne pas être fondé sur l'article 37 (CE, 17 février 1978, *Union nat. des cadres et techn. de l'affichage*, Rec.80, *AJDA* 1978.685, *RD publ.* 1979.569, rééditant la formule “ en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute délégation législative l'y habilitant spécialement ”) et constituer un pouvoir réglementaire spécial, limité à la police, mais général dans son application, et dont le fondement paraît purement jurisprudentiel.

§ 2. - Les titulaires du pouvoir réglementaire général

A. Principe

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

En application de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire général sous réserve des dispositions de l'article 13, c'est-à-dire des cas où le décret est délibéré en Conseil des ministres (la constitutionnalité de l'ordonnance du 28 novembre 1958 relative à la nomination aux emplois civils et militaires est douteuse : CC, n° 95-177 L, 8 juin 1995, *RD publ.* 1995.1, note Luchaire) : dans ce cas, le pouvoir réglementaire appartient au Président de la République. Or, d'une part, la Constitution ne détermine pas (sauf art. 36 et 38) les cas où le Conseil des ministres doit être saisi. D'autre part, il est théoriquement interdit au législateur de préciser la nature des actes réglementaires requis pour appliquer les lois (n° 87-149 L, CC, 20 février 1987, *Code rural et protection de la nature*, sauf si la désignation de l'autorité réglementaire compétente met en cause un principe relevant du domaine de la loi : n° 67-45 DC, CC, 9 mai 1967, *Organisation générale de la défense*, Rec.29). Le Conseil d'État a donc été amené à préciser que tous les décrets délibérés en Conseil des ministres quelle qu'en soit la raison ressortissent à la compétence réglementaire du Président de la République (CE Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, *RD publ.* 1992.1799, concl. Kessler, *RD publ.* 1992.1822, note Le Bos-Le Pourhiet, *AJDA* 1992.643, chr., *RFD adm.* 1993.55, note Pouyaud; revirement de CE, 10 octobre 1987, *Synd. auton. des enseignants de médecine*, Rec.310, *D* 1988.199, art. Chapus). En conséquence, il est le seul à pouvoir modifier ces décrets (au besoin en ne consultant pas à nouveau le Conseil des ministres si cette formalité n'était pas obligatoire). En revanche, un décret réglementaire du Premier ministre ne peut pas modifier un décret pris par le Président de la République en Conseil des ministres (CE, 23 mars 1994, *Comité d'entre prise de la RATP*, Rec.151, *Dr. adm.* 1994.247). Mais un décret du Président de la République peut prévoir que son contenu est susceptible d'être modifié ultérieurement par décret du Premier ministre (si la consultation du Conseil des ministres n'était pas obligatoire, bien sûr) (CE, 9 septembre 1996, *Collas*, Rec.247, *D* 1997.129, note Gohin).

B. Sanction

S'il arrive qu'un décret réglementaire non délibéré en Conseil des ministres soit revêtu de la signature du Président de la République en plus de celle du Premier ministre appelé à le contresigner, le décret sera considéré comme valable (CE, 27 avril 1962, *Sicard*, Rec.279, *AJDA* 1962.284, chr., la signature du Président de la République est considérée comme surabondante, seule celle du Premier ministre compte). En application de la jurisprudence Meyet, la signature du Président de la République suffit maintenant à la validité d'un décret délibéré en Conseil des ministres : la signature du Premier ministre appelé à le contresigner en vertu de l'article 19 doit être considérée comme une obligation formelle liée à l'élaboration et à l'application des actes en cause, et non comme un indice de compétence de l'auteur de l'acte. Cette décision produit en outre deux types de conséquences. Tout d'abord, le Président de la République peut maintenant édicter des règlements autonomes, puisqu'il n'est plus limité par une définition textuelle des décrets en Conseil des ministres. Ensuite, se pose la question d'une hiérarchie entre les pouvoirs réglementaires du Premier ministre et du Président de la République. En effet, si le pouvoir réglementaire général est attribué par principe au Premier ministre en vertu de l'article 21, force est de constater que le Président de la République dispose aujourd'hui de la compétence de sa compétence. Il lui suffit d'évoquer en Conseil des ministres un décret réglementaire pour s'approprier le pouvoir réglementaire dans la matière correspondante et le soustraire au Premier ministre. On peut alors se demander ce qu'il advient de la légalité d'un décret simple, pris en vertu du pouvoir réglementaire du Premier ministre lorsqu'il renvoie des mesures d'application à un décret en Conseil des ministres (cas du décret simple du 22 janvier 1959 qui pose en principe l'exigence d'un décret en conseil des ministres pour fixer les attributions des ministres).

C. Exceptions notables

L'article 21 de la Constitution dispose en son alinéa 2 que le Premier ministre peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Il en résulte que le pouvoir réglementaire général du Premier ministre est susceptible de délégation au ministre choisi par le Premier ministre (CE, 27 mai 1966, *Soc. de crédit com. et immob.*, Rec.365). Il serait bon de considérer que cette exception doit être limitée aux délégations générales exigées par les absences et empêchements du Premier ministre. En réalité elle concerne également des délégations spéciales mais permanentes pour l'organisation du gouvernement lors de sa fondation, et notamment l'institution des "ministres délégués" qui, pour cette raison, devraient tous procéder du Premier ministre (mais ce n'est pas la pratique actuelle).

Il arrive que des lois confèrent aux ministres l'exercice d'un pouvoir réglementaire, souvent spécial à la matière. On peut se poser la question de la compatibilité de ces attributions de pouvoir réglementaire avec l'article 21 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a jugé que le fait de confier à une autre autorité que le Premier ministre le pouvoir de prendre des mesures d'application d'une loi n'était pas contraire à l'article 21, à la condition que l'habilitation législative ne concerne " que des mesures d'application de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu " (CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec.141, *AJDA* 1987.102, note Wachsmann, *Rev. adm.* 1986.458, note Etien; et CC, 17 janvier 1989, *Liberté de communication*, Rec.18, *RFD adm.* 1989.215, note Genevois, *Rev. adm.* 1989.223, note Autin). Il faut remarquer que depuis cette jurisprudence, la loi ne renvoie plus seulement aux ministres mais aux autorités administratives indépendantes, à des institutions publiques personnalisées (Conseil des bourses de valeur CC, 28 juillet 1988 ; Banque de France CC, 3 août 1993 ; ART, CC, 23 juillet 1996) et à des établissements publics (CE Sect., 22 décembre 1978, *Féd. nat. des distributeurs de films*, Rec.527, pour le Centre national de la cinématographie; CE Avis, 17 mai 1979, *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 210). Bien que dictée par la nécessité de respecter les contraintes de la production normative et les objectifs de déconcentration du pouvoir réglementaire, cette innovation semble dépasser de beaucoup la limite des textes, et devrait résulter, à mon sens, d'une modification constitutionnelle.

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

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

A. La loi d'autorisation

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

Circonscriptions électorales, Rec.31, *AJDA* 1977.258, note J.-P. Lebreton, *D* 1979.181, note Hamon, *RD publ.* 1977.468).

Le gouvernement (et la loi d'autorisation) doit tout d'abord préciser la finalité des mesures qu'il entend prendre. En effet, en vertu de l'article 38, elle doivent permettre l'accomplissement d'un programme (sans toutefois que ce terme soit assimilable aux déclarations de politique générale ou aux lois de programme). Il doit aussi préciser les matières, les domaines d'intervention qui relèvent normalement du pouvoir législatif, dans lesquels il souhaite intervenir (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, Rec.61, *AJDA* 1986.575, note Rivero). Toutes ces indications doivent être précises et ne pas aboutir à une habilitation générale.

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

B. L'édition

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

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

Enfin, le Conseil constitutionnel peut fixer, lorsqu'il est saisi, des réserves d'interprétation que le gouvernement devra respecter dans l'exercice du pouvoir réglementaire par voie d'ordonnances (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, préc.; CC, 1er et 2 juillet 1986, *Découpage électoral*, Rec.78, *AJDA* 1987.263, note Boulouis).

C. La validité

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

Un cas d'invalidité, directement prévu par la Constitution de 1958 mais jamais intervenu jusqu'à présent, serait l'absence de dépôt par le gouvernement du projet de loi de ratification sur le bureau du Parlement, ou le refus de ratification par celui-ci. Les ordonnances deviendraient alors caduques : elles disparaîtraient de l'ordre juridique comme par l'effet d'une annulation, c'est-à-dire rétroactivement.

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

Les ordonnances, tant qu'elles ne sont pas ratifiées, sont des actes administratifs de nature réglementaire, et, comme tels, elles sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort, examinera la

conformité des ordonnances à la loi d'habilitation et le cas échéant à l'interprétation du Conseil constitutionnel (CE Ass., 24 novembre 1961, *Féd. nat. des synd. de police*, Rec.658, *AJDA* 1962.114, note J.T, *D* 1962.424, note Fromont, *S* 1963.59, note Hamon ; CE, 1^{er} décembre 1997, *CPAM de la Sarthe*, *D* 1998.IR.37 ; TC 20 octobre 1997, *Albert*, *JCP* 1998.10012, concl. Arrighi de Casanova). Si le contrôle du Conseil d'État ne peut pas toujours être approfondi en raison de l'objet souvent large des lois d'habilitation (CE, 27 mai 1960, *Lagaillarde*, Rec. 369, *AJDA* 1960.1.101, chr.), le gouvernement ne saurait cependant, sauf s'il y est autorisé par la loi d'autorisation, écarter des principes généraux du droit (CE, 16 mars 1956, *Garrigou*, *AJDA* 1956.2.220, chr., *D* 1956.253, concl. Laurent).

Au contraire, une fois ratifiées, les ordonnances sont des textes à valeur législative, dont le contrôle échappe au Conseil d'État. Il n'est pas toujours aisé cependant d'identifier des ordonnances ratifiées, car le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État acceptent que cette ratification puisse être indirecte, c'est-à-dire qu'elle résulte d'une loi qui “ sans avoir cette ratification pour objet, l'implique nécessairement ” (CE, 10 juillet 1972, *Comp. Air-Inter*, Rec.537; CC, 29 février 1972, *Participation des salariés*, Rec.31, *AJDA* 1972.638, note Toulemonde). Une simplification résulte du fait que la validation d'une partie significative d'une ordonnance vaut ratification implicite de l'ensemble (CE, 7 février 1994, *Ghez*, Rec.xxx, *AJDA* 1994.412, note Guglielmi). Le Conseil constitutionnel assure un contrôle indirect des ordonnances car s'il est saisi de la loi de ratification, il examinera cette loi au regard de la conformité des ordonnances à la Constitution (CC, 4 juin 1984, *Ordonnances financières*, Rec.45).

Notule : Il existe d'autres extensions du pouvoir réglementaire : celles résultant de l'article 47 de la Constitution de 1958 qui permet au gouvernement de mettre en vigueur les dispositions du projet de budget; celles résultant de lois référendaires, comme les tristement célèbres ordonnances de la loi du 13 avril 1962, autorisant le Président de la République à arrêter par voie d'ordonnances toute mesure législative ou réglementaire relative à l'application des accords d'Evian (le Conseil d'État a refusé de voir là un transfert du pouvoir législatif et, par analogie au régime des ordonnances de l'article 38, a annulé celles des mesures qui dépassaient l'objet de l'habilitation référendaire et les principes généraux du droit : CE, 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec.552, *AJDA* 1962.627, note de Laubadère, *JCP* 1963.2.13068, note Debbasch, *Rev. adm.* 1962.623, note Liet-Veaux). Il existe également des cas réels de transfert du pouvoir législatif au gouvernement ou au Président de la République : article 92 de la Constitution, pour une période, il est vrai, limitée à la mise en place des institutions; article 16 de la Constitution, pour celles des mesures prises par le Président de la République qui pourraient être du domaine de la loi.

Section II : Le pouvoir réglementaire d'autres autorités administratives

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

§ 1. - Les ministres et chefs de service

Tout chef de service a le pouvoir de prendre les mesures, réglementaires ou non, nécessaires au bon fonctionnement du ou des services placés sous son autorité. Ce pouvoir s'exerce en dehors de toute habilitation législative expresse. Le principe en a été posé par l'arrêt Jamart (CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec.172, S 1937.3.113, note Rivero).

A. Le pouvoir réglementaire de tout chef de service

On entend par chef de service des autorités qui sont hiérarchiquement au sommet d'un ensemble de bureaux. Il peut s'agir des ministres, mais aussi de directeurs de régies indirectes, services non personnalisés de l'État (CE Sect., 19 janvier 1962, *Bernardet*, Rec.49, *AJDA* 1962.310, *D* 1962.202, note Leclercq) dans les services centraux; des préfets, des recteurs, TPG, dans les services déconcentrés; des directeurs d'établissements publics (CE, 4 février 1976, *Sect. synd. CFDT du centre psychothérapique de Thuir*, Rec.970, *AJDA* 1978.50, note F.H.).

Le pouvoir d'organisation reconnu à tout chef de service par la jurisprudence Jamart s'exerce dans deux directions. Le chef de service peut, par des mesures internes, réglementer la situation des agents placés sous son autorité (CE Sect., 24 avril 1964, *Synd. nat. des médecins des éta. pénitentiaires*, Rec.242, *AJDA* 1965.38; CE, 10 janvier 1986, *Féd. nat. des travailleurs de l'État CGT*, Rec.5, *AJDA* 1986.189, note Salon). Il peut également réglementer la situation des usagers des services (CE Ass., 1er avril 1949, *Chaveneau*, Rec.161, *D* 1949.531, concl. Gazier, note Rolland).

Les limites de ce pouvoir réglementaire des chefs de service sont nombreuses. Pour l'organisation interne, le chef de service ne peut intervenir que dans les domaines où existent des lacunes textuelles (CE, 13 novembre 1992, *Synd. nat. des ingénieurs d'études et de l'exploitation de l'aviation civile*, Rec.966, *AJDA* 1993.221, obs. B. Mathieu). Pour la situation des usagers, il ne peut au contraire intervenir que pour appliquer ou préciser des dispositions déjà existantes (CE sect., 20 décembre 1963, *Conféd. gén. des vignerons du Midi*, Rec.648). Les décisions réglementaires des chefs de service sont soumises au respect des normes supérieures et au contrôle du juge administratif.

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

Le ministre ne possède pas de pouvoir général de prendre des mesures réglementaires. Aucune Constitution, aucune loi n'a prévu un pouvoir réglementaire qui appartiendrait de plein droit au ministre même dans la seule limite des matières entrant dans leurs attributions. Le Conseil d'État a explicitement refusé ce pouvoir réglementaire au ministre (CE Sect., 6 octobre 1961, *Soc. Duchêne*, Rec.548, *AJDA* 1961.640), il l'a explicitement maintenu (CE Sect., 23 mai 1969, *Soc. Distilleries Brabant*, Rec.264, concl. Questiaux, *AJDA* 1969.640, note Tournié, *D* 1970.762, note Fromont). Il n'existe donc pas de pouvoir réglementaire sans texte pour ces autorités administratives. Le ministre ne dispose que d'un pouvoir réglementaire spécial.

Cependant, le texte n'est pas obligatoirement une loi (ce peut être un décret : par exemple décret du 28 juin 1973 renvoyant à des arrêtés ministériels les modalités d'application de l'obligation de port de la ceinture de sécurité). Il n'a pas non plus forcément à être explicite (il peut être implicite : lorsqu'un texte charge le ministre de prendre des mesures individuelles d'application, dont l'édition même suppose une réglementation préalable CE Sect., 6 novembre 1964, *Réunion des assureurs maladie des exploitants agri.*, Rec.521, *AJDA* 1964.692, chr.).

§ 2. - Les autorités administratives indépendantes

A. Position de l'institution (rappel)

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

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

à faire respecter cette indépendance en jugeant que le gouvernement ne pouvait mettre fin au mandat du président d'une autorité administrative indépendante au motif que le fonctionnaire qui avait cette fonction atteignait la limite d'âge de son corps d'origine (CE Ass., 7 juillet 1989, *Ordonneau*, Rec.161, *AJDA* 1989.598, chr.).

B. Nature réglementaire de certains de leurs actes

Les fonctions des autorités administratives indépendantes se résument en un mot : contrôler. Les deux principaux domaines couverts par leur activité demeurent les libertés publiques et l'activité économique. Dans l'exercice de ces fonctions, les autorités administratives indépendantes disposent de certains pouvoirs : celui d'émettre des recommandations (au sens d'avis et propositions), est classique et assimilable à celui des organismes consultatifs. L'originalité des autorités administratives indépendantes est qu'elles peuvent également prendre des décisions. Le Conseil d'État avait déjà reconnu sa compétence à l'égard du médiateur (CE, 10 juillet 1981, *Retail*, Rec.303, *RD publ.* 1981.1441, concl. Franc, note Auby, *AJDA* 1981.486, chr., *Rev. adm.* 1981.493, note Rials). Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'une autorité administrative indépendante est, “ à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité ” (CC, 18 septembre 1986, préc.). Ces décisions sont donc toujours susceptibles de recours devant le Conseil d'État, sauf pour le Conseil de la Concurrence qui relève de la Cour d'appel de Paris en application de la loi du 6 juillet 1987 (CE Ass. 22 décembre 1982, *d'Orcival*, Rec.437; CE, 5 juillet 1985, *Soc. à resp. lim. Ipsos*, Rec.219, *AJDA* 1985.554, concl. Jeanneney; CE 11 décembre 1987, *Soc. Ipsos*, Rec.555, *RFD adm.* 1988.495, concl. Guillaume; pour la commission des sondages).

Le pouvoir réglementaire a été explicitement attribué par la loi à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (loi du 6 janvier 1978), à la Commission des opérations de Bourse (lois du 14 décembre 1985, du 2 août 1989), au Conseil du marché à terme (loi du 31 décembre 1987, devenu une personne juridique en vertu de la loi du 2 août 1989), au Conseil supérieur de l'Audiovisuel (loi du 17 janvier 1989). Il est d'ailleurs soumis au contrôle du Conseil d'État (CE Ass., 12 mars 1982, *CGT*, Rec.107, *AJDA* 1982.541, concl. Dondoux, *RD publ.* 1982.1697, note Auby, pour la Commission nationale de l'informatique et des libertés; CE Ass. 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, Rec.157, *AJDA* 1985.412, chr., *RFD adm.* 1985.554, concl. Roux, pour la Haute autorité de l'audiovisuel), dont le contrôle autrefois rigoureux (CE, 16 novembre 1990, *SA La Cinq*, Rec.xxx, *RFD adm.* 1991.635, note Truchet, *AJDA* 1991.214, concl. Stirn) semble s'assouplir jusqu'à reconnaître un pouvoir qualifié de “ quasi réglementaire ” par interprétation des textes (CE, 22 mars 2002, *CNIL*). Il n'y a pas de raison de considérer que les modalités de l'attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes soient différentes de celles du pouvoir réglementaire du ministre. L'habilitation de l'autorité administrative indépendante peut résulter d'un texte, à condition, comme pour le ministre qu'elle soit de portée limitée tant par son champ d'application que par son contenu (CC, 3 août 1993, *Autonomie de la Banque de France*, Rec.xxx, *RFDC* 1993, n° 16, p. 843, note Gaia), mais elle peut probablement être implicite.

§ 3. - Les autorités des collectivités territoriales

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

Bien que ces personnes publiques soient également des collectivités politiques et que leurs organes procèdent tous de l'élection, le système juridique légué par l'histoire est conçu de telle manière qu'elles ne tiennent leurs compétences que de la délégation que leur en a fait l'Etat. Cette délégation intervenait par voie législative le plus souvent puisque la libre administration des collectivités territoriales est citée dans l'article 34, et par voie réglementaire pour certains aspects, car la loi ne détermine que les principes fondamentaux de cette libre administration. Aussi, en l'état actuel de la forme de l'État français, un texte est toujours nécessaire pour fonder le pouvoir réglementaire d'une autorité d'une collectivité territoriale (CE, 27 novembre 1992, *Fédération Intercé-CFDT et autres*, Rec.426, *AJDA* 1993.208, obs. F.-X. Aubry, loi insuffisamment précise laissant subsister un pouvoir réglementaire antérieur). Ainsi que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont eu l'occasion de le reconnaître, le souci de donner aux collectivités territoriales les moyens juridiques leur permettant de mettre efficacement en œuvre les attributions qui leur sont confiées, a justifié que leur soit reconnu un pouvoir réglementaire.

Le fondement textuel a pu être explicite, par exemple une loi attribuant un pouvoir réglementaire à une autorité locale qui n'en disposait pas auparavant (pouvoirs de police de gestion du domaine départemental conférés au président du conseil général par la loi du 2 mars 1982, art. 25). Mais ce fondement pouvait aussi être implicite (CE 13 février 1985, *Synd. communaut. d'aménag. de l'aggl. nouvelle de Cergy-Pontoise*, Rec.37, *AJDA* 1985.271, note Moreau, *RFD adm.* 1985.367, note Douence). Si une loi régit l'organisation d'un service dépendant d'une collectivité territoriale sans en préciser les modalités d'application, l'autorité locale possède implicitement la compétence réglementaire nécessaire. Elle est alors attribuée à l'organe délibérant.

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

La question demeurera cependant de savoir d'une part si, dans les cas où une loi ne prévoit pas les mesures d'application, le Premier ministre en vertu du pouvoir réglementaire général d'application des lois pourra édicter un décret pour les prendre. Et de savoir d'autre part, face à une loi trop imprécise pour être mise en œuvre, si l'intervention de mesures nationales est nécessaire pour la rendre applicable par les collectivités territoriales (CE sect. avis art. 12, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, Rec.123, *AJDA* 1992.293, concl. Toutée).

§ 4. - Les personnes privées, autorités administratives

Il peut arriver que les personnes privées se comportent comme des autorités administratives et détiennent à ce titre un pouvoir réglementaire. C'est le cas tout d'abord, du pouvoir d'organisation du service public reconnu à ses autorités gestionnaires. Il a été depuis longtemps reconnu que les organisateurs d'un service public pouvaient prendre unilatéralement des mesures de nature réglementaire qui affectent la situation des

personnels (CE, TC, 15 janvier 1968, Époux Barbier, Rec. p. 789 concl. Kahn, RDP 1968, p. 193, note Waline, AJDA 1968, p. 225, chron). Avec un lien plus ténu encore, la loi du 11 février 2004 a ainsi attribué au Conseil national des barreaux le pouvoir d'édicter « par des dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat » qui manifestent la participation au service public de ces « auxiliaires de justice ». Elle est intervenue après une divergence avérée entre le Conseil d'Etat (CE, 21 juil. 2001, Ordre des avocats au barreau de Tours, Rec.395, AJDA 2001.852, chron.) pour lequel les recommandations et l'harmonisation de ces règles et usages ne manifestait pas l'existence d'un tel pouvoir et le Tribunal des conflits, qui au contraire l'avait reconnu (TC, 18 juin 2001, Ordre des avocats au barreau de Tours, Rec.745).

Section III : L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire

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

On peut poser en principe que l'autorité qui possède le pouvoir réglementaire n'est pas tenue de l'exercer en raison de simples situations de fait, sauf en matière de police (CE Sect., 23 octobre 1959, *Doublet*, Rec.540, *RD publ.* 1959.1235 concl. Bernard, et 802, note Waline, *D* 1960.191, note Lavroff, à la condition que la situation de fait rende absolument indispensable la production d'une réglementation). En revanche, il existe une obligation d'exercer le pouvoir réglementaire dans deux cas principaux : l'application d'un texte; l'abrogation des règlements illégaux.

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

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

L'obligation ne concerne cependant que l'application de textes conformes à la hiérarchie des normes. Ainsi, le gouvernement n'a pas l'obligation de réglementer pour appliquer une loi qui se trouverait contraire aux objectifs d'une directive (CE, 24 février 1999, *Assoc. de patients de la médecine d'orientation anthroposopbique*, Rec.19, *AJDA* 1999.823, note R. Ricci) et de façon plus générale aux engagements internationaux de la France (CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, *AJDA* 2000.959, *Petites Affiches* 2000, n° 230, note Alain Laquière, *RFD adm.* 2000.116).

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

Il faut attendre les années 1950 pour que le Conseil d'État pose les jalons de reconnaissance de cette obligation (CE Sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, Rec.403). Puis la jurisprudence administrative, successivement, annula le refus d'édicter les règlements nécessaires à l'application d'un texte à valeur législative (CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec.475, *D* 1963.606, note Auby), et condamna l'Etat à la réparation du préjudice causé par la non-édiction des règlements nécessaires à l'application d'un décret (CE Ass, 27 novembre 1964, *Veuve Renard*, Rec.590,

concl. Galmot, *AJDA* 1964.678, chr., *D* 1965.632, note Auby, *RD publ.* 1965.716 ; CE, 27 juillet 2005, Assoc. Bretagne Ateliers).

Cette obligation ne s'entend que de l'édition par voie réglementaire de mesures d'application rendues nécessaires par l'imprécision du texte à appliquer. Il va de soi que si l'acte est directement applicable, le problème ne se pose pas (CE sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, Rec. 403 ; 30 décembre 1998, *Portejoie*, Rec.510). Elle ne s'entend que de l'application d'actes eux-mêmes réguliers (pour les actes irréguliers, Cf. infra). Le délai mentionné par le texte pour la production de ses mesures d'application n'est pas considéré comme impératif à moins d'avoir été prescrit à peine de nullité, mais il doit rester raisonnable. L'appréciation de ce caractère revient à la jurisprudence : les treize ans de l'affaire *Veuve Renard* excédaient le raisonnable en 1964, les trois ans de l'association *Bretagne ateliers* l'excèdent en 2005, par ailleurs le juge est sensible au fait que le délai fixé par la loi soit clairement une garantie pour les particuliers (CE, 13 mai 1996, *Commune de Franconville-la-Garenne*, Rec.178). Le défaut d'exécution ouvre la possibilité de poursuivre le Gouvernement par la voie de l'astreinte (CE, 24 juin 1992, *Soulat*, *AJDA* 1992.691, obs. Letourneur; CE, 11 mars 1994, *Soulat*, *AJDA* 1994.387, concl. Denis-Linton, 1000 fr. par jour de retard ; puis loi du 8 février 1995).

En revanche elle est dotée d'un corollaire intéressant, lorsque la modification de l'organisation administrative a une conséquence sur une situation statutaire, l'autorité administrative est tenue de prendre dans un délai raisonnable les mesures nécessaires pour en placer les bénéficiaires dans la position à laquelle ils ont statutairement droit (CE, 6 novembre 1991, *Synd. des services ext. de l'agri.*, Rec.378, *RFD adm.* 1992.153).

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

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

Le principe de l'obligation d'abroger les règlements illégaux résulte de l'arrêt *Alitalia* (CE Ass., 3 février 1989, *Comp. Alitalia*, Rec.44, *AJDA* 1989.387, note Fouquet, *RFD adm.* 1989.391, concl. Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis). Il s'agit d'un principe (s'il n'est pas expressément qualifié de principe général du droit c'est au moins un principe de procédure) qui préexistait au décret du 28 novembre 1983 (aujourd'hui abrogé), et que ce dernier ne saurait modifier, puisque les principes généraux du droit ont une autorité supérieure à celle des règlements. Ce principe a été ensuite repris formellement par la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

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

Le Conseil d'État avait, tardivement il est vrai reconnu l'obligation pour le détenteur du pouvoir réglementaire d'abroger les règlements illégaux (CE, 12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon*, Rec.246, *AJDA* 1977.261, note Ceoara; *CJEG* 1976.167, note Virole). Mais il en avait rapidement limité la portée en enfermant la demande d'abrogation dans le délai du recours contentieux (CE Sect., 30 janvier 1981, *Soc. Afrique France Europe Transaction*, Rec.32, concl. Hagelsteen, *AJDA* 1981.245, chr., *D* 1982.37, note J.-M. Auby). Bien que l'exception d'illégalité soit perpétuelle contre les règlements (CE, 29 mai 1908, *Poulin*, Rec.580; CE Ass., 22 janvier 1982, *Butin et Ab Won*, (deux arrêts), Rec.27 et 33, *AJDA* 1982.440, chr., *RD publ.* 1982.816, concl. Bacquet, note Drago, *Rev. adm.* 1982.287, note Pacteau), cette solution n'était guère satisfaisante. L'arrêt *Alitalia* pose le principe de

l'obligation d'abroger sur demande, " soit que ce règlement ait été illégal dès sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances droit et de fait postérieures ”.

Aujourd'hui le détenteur du pouvoir réglementaire général est tenu de l'exercer pour abroger les règlements illégaux. Cette obligation ne s'entend que de l'abrogation (suppression pour l'avenir) et non du retrait (suppression rétroactive). Il faut que la demande soit explicitement adressée à l'autorité possédant le pouvoir réglementaire : cette autorité n'a pas l'obligation de procéder à l'abrogation de sa propre initiative. Cette demande peut être présentée sans considération de délai et quelle que soit la nature de l'illégalité : illégalité initiale, changement de l'état du droit ou changement des circonstances de fait (abandon de la distinction issue de CE Ass., 10 janvier 1964, *Synd. nat. des cadres des bibliothèques*, Rec.17, *AJDA* 1964.150, chr., *RD publ.* 1964.459, concl. Questiaux, *S* 1964.234, note Auby, délai de deux mois en cas de changement de l'état du droit; et CE Ass. 10 janvier 1964, *Simonnet*, Rec.19, *AJDA* 1964.152, chr., *RD publ.* 1964.182, concl. Braibant, *S* 1964.234, note Auby, pas de délai en cas de changement des circonstances de fait).

2. Exigence d'une demande

La formulation de l'arrêt *Alitalia* ne laisse aucun doute. L'abrogation est obligatoire sur demande d'un particulier y ayant intérêt. Néanmoins l'autorité administrative est responsable de la légalité de sa réglementation. En effet, les conséquences dommageables d'un défaut d'abrogation engagent sa responsabilité, même si la demande n'a pas été formée (CE sect., 5 mai 1986, *Fontanilles-Laurelli*, Rec.127, *AJDA* 1986.510, concl. D. Latournerie). Il ne faut pas pour autant en déduire qu'il existerait pour l'autorité compétente une obligation de mettre en question, par une veille systématique, les textes applicables, pour abroger plus vite que son ombre toute réglementation devenue illégale.

Chapitre 3 : La police administrative

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

Aujourd'hui la signification du terme reste multiple. "Police" désigne à la fois l'ensemble du corps de fonctionnaires ainsi nommé (la plus grande partie est rattachée à l'Etat mais il existe une police municipale dans 3000 communes sur le fondement du CGCT, art. L. 2212-5 et s., L. 2213-16 et s.), une partie des personnels des personnes publiques chargés de compétences particulières (la police de la route composée surtout de gendarmes et aussi de certaines autorités administratives), ou encore l'activité même exercée par ces personnes, voire au sens large, toute l'activité de production de la réglementation qui a pour but de prévenir les atteintes à l'ordre public.

Section I : Service public ou ordre public ?

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

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

Il a été dit que service public et police s'opposent apparemment car “ le procédé normal de la police est la prescription, alors que le procédé normal du service public est la prestation ” (Vedel et Delvolvé, *Dr. adm.* 2, p. 663). En réalité, il est nécessaire de rappeler, et ce n'est pas un argument purement rhétorique, que l'activité de police n'est, dans son aspect de production des normes qu'un secteur particulier du cas général de la production de normes par les personnes publiques. Or, lorsque cette production normative a pour but de réglementer l'activité privée avec un but d'intervention directe (interdiction, réglementation), on est en présence à n'en point douter d'un service public. L'exemple le plus clair en est fourni par l'arrêt *Monpeurt* qui constate que l'activité normative des comités d'organisation est “ l'exécution d'un service public ” (CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec.239, *RD publ.* 1943.57, concl. Ségalat, note Bonnard). La particularité des mesures de police est d'être, à titre général, pénalement sanctionnées en application de l'article R. 610-5 du Code pénal (l'infraction “ aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police ” est une contravention).

L'activité de police, d'autre part, dans son aspect de maintien de l'ordre est un service public fonctionnel qui a pour but de satisfaire le besoin d'ordre social. C'est une spécificité de cette activité qui se distingue des autres activités des personnes publiques ne visant que l'intérêt général (CE, 28 février 1986, *Ngako Jauga*, Rec.49, *Rev. adm.* 1986.257, note Pacteau ; sect. 10 avril 1992, *Aykan*, Rec.152, *RFD adm.* 1993.541, concl. Denis-Linton, *JCP* 1992.I.3621, chron. Picard ; 12 novembre 1997, *Communauté tibétaine en France*, *RFD adm.* 1998.191).

Il n'est pas impossible de soutenir que l'activité de police soit un service public obligatoire pour l'Etat en application de la Constitution. En effet, d'une part, les articles 12 et 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen posent l'existence d'une “ force publique ” et assurent les moyens de son financement. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a confirmé, à l'occasion de l'examen de la loi du 21 janvier 1995, que la sécurité (“ sûreté individuelle ” dans la phraséologie révolutionnaire) est un droit fondamental dont le respect garantit l'exercice de toutes les libertés (CC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec.170, *RD publ.* 1995.575, note Luchaire, *RFDC* 1995.362, note Favoreu).

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

Le service public de la police administrative possède une particularité qui explique deux aspects de son statut. Tout acte ou fait de police restreint la liberté des citoyens, c'est-à-dire

leur possibilité d'accomplir une activité licite ou de faire valoir leurs droits. De cette constatation, il résulte d'une part que le service public de la police administrative ne peut être transféré ni par voie contractuelle, ni de manière unilatérale, à une personne privée (CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec.595, D 1932.3.26, concl. Josse; CE Sect., 28 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec.301; CE, 23 octobre 1974, *Valet*, *AJDA* 1975.363, note Vier). Il en résulte d'autre part que les actes de police ne sont légaux que s'ils sont nécessaires pour atteindre le but d'ordre public (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec.541, S 1934.3.1., concl. Michel, note Mestre).

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

Tout d'abord, l'ordre public est un "objectif à valeur constitutionnelle" (CC, 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*, Rec.48 ; 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, Rec.224 19è cons., *RFD adm.* 1993.871, note Genevois ; 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec.170 2è et 3è cons.).

"L'ordre public au sens de la police est l'ordre matériel et extérieur" (Hauriou, *Précis*, p. 549). Cette expression signifie que l'ordre public ne saurait s'appliquer à ce qui relève de la sphère privée, du phénomène du for intérieur. L'inspiration de cette notion est surtout locale, elle provient de la police municipale et du débat déjà ancien sur le pouvoir municipal (V. Henrion de Pansey, *Du pouvoir municipal*, 1820). En matière de police générale, les communes assuraient l'ordre public dans trois directions : la sécurité publique, la tranquillité publique et la salubrité publique, en application des lois du 14 décembre 1789 (art. 50), et du 24 août 1790 (tit. II, art. 3 ss.).

Cette conception extérieure de l'ordre public a progressivement évolué. La satisfaction de besoins collectifs nouveaux, l'expansion des libertés réelles, le souci d'efficacité ont augmenté à la fois l'exigence de précision des mesures et leur diversité. L'exemple le plus classique est certainement la réglementation de la circulation qui justifie par l'ordre public l'interdiction de circulation de certains véhicules, à certaines heures, l'interdiction ou la limitation du stationnement, l'institution de stationnements réservés, payants, de l'obligation de posséder un garage (CE sect. 5 janvier 1968, *Préfet de Police*, Rec.14, *RD publ.* 1968.905, concl. Fournier ; sect. 9 novembre 1990, *Ville d'Angers*, Rec.320, *RFD adm.* 1990.1107), la suspension du permis de conduire (CE, 3 novembre 1989, *Blanquie*, Rec.817)..

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

Tout d'abord, la jurisprudence administrative a toujours refusé d'accepter comme relevant de la police administrative générale, la protection de l'esthétique (CE, Sect., 18 février 1972, *Ch. synd. des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne*, Rec.153, *AJDA* 1972.215, chr., *JCP* 1973.17446, note Bouyssou, pour la réglementation des types de monuments funéraires; CE, 9 juillet 1975, *Commune de Janvry*, Rec.410, *AJDA* 1976.148, *RD publ.* 1976.383, pour les dépôts de ferrailles et carcasses). Il existe en effet si nécessaire des polices spéciales à cet effet.

Ensuite, la protection générale de l'ordre moral, c'est-à-dire des troubles de conscience qui pourraient être provoqués par certains agissements publics, ne saurait être une des composantes de l'ordre public (Cf. *contra* R. Chapus, *DAG1* n° 775). La loi ne prévoit pas en effet ce type d'attribution de police générale. Mis à part quelques arrêts anciens évoquant "l'ordre public et les bonnes mœurs" pour fonder des interdictions émises par des autorités de police (CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*, Rec.504, *RD publ.* 1961.828, note Waline, à propos d'une "maison"), il ne reste que deux cas où cet ordre moral soit pris en compte par le Conseil d'État. Le premier est celui de l'interdiction par le maire de projections cinématographiques. Mais il faut alors préciser. La jurisprudence fondatrice (CE Sect., 18 décembre 1959, *Soc. Les films Lutetia*, Rec.693, *AJDA* 1960.1.20, chr., D 1960.171, note Weil, S 1960.9, concl. Mayras) juge légale l'interdiction municipale de projection à

deux conditions : celle où la projection est susceptible de causer des dégâts matériels; celle où la production est de nature à porter préjudice à l'ordre public “ en raison du caractère immoral du film et des circonstances locales ”. Or, la première condition n'est que la traduction de la nécessité d'assurer un ordre public extérieur (sécurité et tranquillité). La seconde condition, rarement utilisée par la jurisprudence administrative depuis lors, ne traduit que le pouvoir d'appréciation du maire quant à la nécessité de mesures de prévention, par des actes de police, de troubles extérieurs et quant à leurs risques de survenance (pour un sex-shop : CE ord. réf. 8 juin 2005, Commune de Houilles).

Le second cas de prise en considération d'une composante morale dans l'ordre public est, depuis l'introduction en droit français de la CEDH, la protection de l'individu contre les traitements inhumains et dégradants (TA Versailles, 25 février 1992, *Soc. Fun Productions*, RFD adm. 1992.1026, note Flauss). La dignité de la personne humaine est expressément élevée au rang de composante de l'ordre public et dans ce cas l'autorité de police n'a plus à se fonder sur les circonstances locales (CE ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence* (2 arrêts), AJDA 1995.878, RFD adm 1995.1204, concl. Frydman, JCP 1996.II.22630, note F. Hamon, D 1996.177, note G. Lebreton).

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

Là encore, pour protéger la décence et les bonnes mœurs, il existe des polices spéciales à fondement législatif (loi du 11 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, par exemple; ord. du 3 juillet 1945 sur les visas de contrôle attribués par le ministre chargé du cinéma), dont l'encadrement est plus apte à garantir les libertés publiques que l'élargissement du pouvoir de police administrative générale des autorités exécutives. Le cas des visas cinématographiques destinés à la protection de la jeunesse est exemplaire. Le juge administratif exerce à l'occasion de son contrôle une appréciation sur la qualification de message pornographique ou d'incitation à la violence (CE, 30 juin 2000, Mazaudier, Rec. 265, concl. Honorat) et sur l'obligation d'utiliser le visa interdisant la diffusion aux mineurs de 18 ans pour les scènes de violence ou de sexe ayant un caractère particulièrement cru ou explicite (CE, 4 févr. 2004, Assoc. Promouvoir, JCP A 2004 n° 1286, concl. Da Silva).

Mais surtout, on peut se demander si cette conception française de l'ordre public peut subsister face à celle mise en œuvre par le droit communautaire. En effet, dans une décision du 14 mars 2000, *ESF*, le CJCE a posé que *l'art. 73 D du traité CE (devenu 58 CE) doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas un régime d'autorisation préalable qui se limite à définir de façon générale [les objets concernés] comme de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique, de sorte que les intéressés ne sont pas en mesure de connaître les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable est nécessaire*. En conséquence, les textes nationaux régissant des restrictions, pour cause d'ordre public, à l'application de principes fondamentaux du droit communautaire, doivent préciser dans leur rédaction, *les circonstances spécifiques et objectives dans lesquelles une autorisation préalable est nécessaire*. Ils ne peuvent pas s'en tenir à une désignation qui se borne à *définir de façon générale les comportements concernés comme de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique*.

Section II : Éléments distinctifs de la police administrative

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

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

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

A. La police administrative générale

1. Titulaires du pouvoir de police administrative générale

Le pouvoir de police administrative générale appartient aux autorités administratives de l'Etat, des départements et des communes. Les régions et les établissements publics ne possèdent pas ce pouvoir sauf si une loi le leur attribue expressément (CE, 15 juin 1987, *Soc. navale Delmas-Vieljeux*, Rec.216, *RFD adm.* 1988.508, concl. Schrameck).

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

Quant aux départements, le pouvoir de police administrative générale appartient concurremment au président du Conseil général et au préfet. Le président du Conseil général exerce ces pouvoirs au nom de la collectivité territoriale (CGCT, art. L. 3221-4), pour ce qui est de la police afférente à la gestion du domaine départemental, notamment en ce qui concerne la circulation. Le préfet exerce les pouvoirs de police administrative générale au nom de l'Etat, qu'il s'agisse du maintien de l'ordre sur l'ensemble de l'aire départementale (D. du 14 mars 1986) ou des mesures excédant le territoire d'une seule commune (CGCT, art. L. 2215-1 et s. ; cas des ventes d'alcool dans les stations-service : CE, 3 juillet 1992, *Soc. Carmag*, Rec.280 ; ou des restrictions d'arrosage l'été : CE, 23 septembre 1991, *Commune de Narbonne*, Rec.313, *AJDA* 1992.154, note Moreau). Il dirige la police, la gendarmerie dans les activités de police administrative. Il prépare avec le Parquet

et les élus locaux, les Contrats locaux de sécurité (loi du 18 mars 2003). Les préfets adjoints à la sécurité qui peuvent être institués (décrets du 29 septembre 1972 et du 13 septembre 1989) ne disposent d'aucun pouvoir de police supplémentaire par rapport au préfet de leur département.

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

Quant aux communes, le pouvoir de police administrative générale exercé au nom de la commune, appelé pouvoir de police municipale, est attribué au maire et non au conseil municipal (CGCT art. L.2212-1 ; CE, 9 janvier 1980, *Consorts Champault*, Rec.625). La ville de Paris est dotée d'un régime particulier, car le pouvoir de police administrative générale est partagé entre le maire (loi du 29 décembre 1986, art. 9) et le préfet de police (arrêté du 12 messidor an VIII).

Mais il faut signaler que les communes chefs-lieux de département sont toutes des communes à police d'État (CGCT, art. L. 2214-1) et que les autres peuvent demander à bénéficier de ce régime, si elles comptent plus de 20000 habitants et sont affectées par une délinquance de type urbain. L'étatisation de la police municipale a deux conséquences : les policiers deviennent des fonctionnaires de l'Etat; les pouvoirs de police du maire relativement à la répression des atteintes à la tranquillité publique sont transférés au préfet, par exemple pour les attroupements ou rassemblements *occasionnels* de personnes (CGCT, art. L.2212-2 et CE, 28 avril 1989, *Commune de Montgeron*, Rec.119, *AJDA* 1989.644, obs. Prétot, véritable transfert car la compétence du préfet est exclusive de celle du maire). Mais le maire reste compétent pour d'autres cas (art. L. 2212-2) et notamment pour les grands rassemblements habituels (CGCT, art. L. 2214-4 ; TA Orléans, 7 avril 1987, *Maire de Dreux*, *AJDA* 1987.693, note Duvillard, à propos des fêtes et foires traditionnelles).

Le maire concourt aux missions de sécurité publique et de prévention de la délinquance et dispose de l'aide d'un Conseil local de sécurité et de prévention composé de services de l'Etat, services locaux, professions concernées par la sécurité.

Depuis la loi du 13 août 2004, les présidents d'établissements publics intercommunaux peuvent exercer des pouvoirs de police qui leur sont délégués par les maires de communes membres (déchets, gens du voyage, manifestations culturelles et sportives, circulation et stationnement). Ils peuvent recruter des agents de police municipale (loi du 27 févr. 2002).

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

2. Concours des polices administratives générales.

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

Les principes de solution sont les suivants. 1. L'autorité de police administrative générale qui a la compétence géographique la plus limitée ne peut pas édicter des dispositions plus libérales que celles qui résultent des actes des autorités de police administrative générale détenant la compétence géographique la plus étendue (CE, 8 août 1919, *Labonne*, Rec.737, un maire ne peut pas relever la vitesse maximale autorisée par le Code de la route pour la traversée de sa commune). 2. Au contraire, cette autorité qui possède la compétence géographique la plus limitée peut augmenter les exigences fixées par les actes des autorités de police administrative générale détenant la compétence géographique la plus étendue, à condition, bien sûr, de respecter le principe de la nécessité des mesures de police et de se

fonder sur des circonstances locales (réduction de la vitesse maximale autorisée en raison de l'état de la voirie communale ou dans un but de tranquillité publique; exigences supplémentaires destinées à limiter le camping municipal : CE Sect., 23 octobre 1959, *Doublet*, Rec.540, *RD publ.* 1959.1235 concl. Bernard, et 802, note Waline, *D* 1960.191, note Lavroff).

B. Les polices administratives spéciales

1. Différenciation de la police générale

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

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

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

Le second indice est la spécialité du but de police poursuivi. Ce but est différent du seul maintien de l'ordre public. Ainsi en est-il de toutes les polices domaniales qui visent à garantir l'intégrité des biens appartenant aux personnes publiques, des polices de protection de l'esthétique (loi du 29 décembre 1979, sur l'affichage ; CE, 31 juillet 1996, *Commune de Quéigny*, *JCP* 1997.22770, note Strebler), des polices préfectorales de la chasse (Code rural, art. L. 220-1) et de la pêche. En conséquence de la spécialité du but poursuivi, mais sans qu'il s'agisse d'un indice autonome, on peut rappeler que les destinataires de la réglementation de police sont des publics circonscrits et identifiables (les nomades, les étrangers, les taxis, les éditeurs, les piétons, les conducteurs, les chasseurs, les manifestants). Enfin, le troisième indice est la spécialité du contenu de la réglementation de police, et des procédures dans lesquelles elle est enfermée. Un contenu précis et détaillé, des pouvoirs de police précisément définis et sanctionnés, des procédures particulières et formalistes sont l'indice de pouvoirs de police spéciale. Par exemple, en matière de police des édifices menaçant ruine, le maire peut prescrire l'exécution de travaux nécessaires aux propriétaires d'immeubles délabrés par un "arrêté de péril" (C. constr., art. L. 511-1). Les établissements classés dangereux, incommodes, insalubres, nuisibles à l'environnement, sont soumis à une

autorisation d'exploitation délivrée par le préfet, qui peut la retirer dans certaines conditions (loi du 19 juillet 1976, modifiée).

2. Concours entre police spéciale et police générale

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

Le principe en ce cas est que l'existence d'une police spéciale ne fait pas obstacle à l'exercice d'un pouvoir de police générale **dans le domaine spécial considéré**, sauf s'il existe un texte qui en dispose autrement en attribuant de façon exclusive la compétence de police spéciale (CE, 20 juillet 1935, *Soc. Ets SATAN*, Rec.847, cas de la police des gares et aérodromes réservée aux préfets) et sauf si cet usage, hors cas d'urgence, a pour effet de ne pas respecter la procédure prévue pour la police spéciale (CE, 22 décembre 1993, *Commune de Carnoux-en-Provence*, RD publ. 1994.588).

L'existence de polices spéciales (comme celles de l'affichage ou des établissements classés par les préfets) ne fait pas obstacle à la légalité de mesures prises au titre de la police générale **pour la protection de l'ordre public** (par les maires, CE Sect. 22 décembre 1978, *Union des ch. synd. d'affichage*, Rec.530, D 1979.IR.91, obs. Delvolvé, interdictions de publicité dans certaines zones; CE, 15 janvier 1986, *Soc. Pec-Engineering*, Rec.635, *AJDA* 1986.191, obs. Richer, RD publ. 1987.831, arrêtés de péril dans certains établissements classés). Mais, on doit préciser que le contrôle du juge administratif est alors très rigoureux sur la nécessité des mesures de police générale.

L'exercice de pouvoirs de police spéciale n'est pas non plus exclusif de **mesures complémentaires, plus rigoureuses**, prises en vertu de pouvoirs de police générale. Ainsi en est-il de l'intervention des maires, dans les spectacles cinématographiques pour des raisons de tranquillité publique, ou dans l'affichage et la publicité pour des raisons de sécurité publique. Ce principe peut recevoir application alors que c'est la même autorité qui détient à la fois un pouvoir de police spéciale et un pouvoir de police générale. Elle n'est pas alors obligée d'utiliser des mesures de police spéciale, mais peut s'inspirer de fondements de police générale (CE, 16 novembre 1977, *Sevin*, Rec.436), notamment lorsque des mesures nécessaires ne sont pas prévues par les textes régissant la police spéciale (CE, 20 juillet 1971, *Méhu*, Rec.567, *AJDA* 1972.251, note Moderne).

Enfin, en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles, de péril imminent pour les installations classées, l'autorité de police générale peut intervenir, même en cas d'attribution exclusive à l'autorité de police spéciale. Mais en ce cas, c'est à titre d'exception (interprétation stricte) et à condition que cette intervention ne porte pas sur l'objet même de la police spéciale (sauf circonstances exceptionnelles) (CE, 10 avr. 2002, Min. du logement, Rec.123).

3. Concours entre polices spéciales

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

CE Ass., 7 octobre 1977, *Nungesser*, Rec.378, *AJDA* 1977.624, chr.; J. Moreau, *J.-Cl. adm.* fasc. 200 ; D. Maillard Desgrées du Lou, *Police générale, polices spéciales*, th. Rennes, 1988.

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

A. Position du problème

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

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

Le contentieux de la police judiciaire dans les mêmes hypothèses appartient au contraire à la juridiction judiciaire, sauf dans un cas : l'action contre une personne publique des personnels de police ou des collaborateurs occasionnels de la police en réparation des dommages qu'ils auraient pu subir (CE Sect., 17 avril 1953, *Pinguet*, Rec.177 (sol. impl.), *D* 1954.7, note Morange, *S* 1954.3.69, note Robert; CE Sect., 11 octobre 1957, *Commune de Grigny*, Rec.524, *RD publ.* 1958.298, concl. Kahn, note Waline, *AJDA* 1957.2.499, chr.).

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

B. Principe de distinction

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

Le juge administratif recherche l'intention des auteurs de la mesure de police, le but de la décision ou de l'opération à qualifier. Il y a police judiciaire si les actes ou les faits juridiques à qualifier sont en relation avec une infraction pénale déterminée (CE Sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, Rec.265, *S* 1952.3.13, concl. J. Delvolvé, note Drago, mort d'un tiers dans la

recherche de personnes ayant commis des infractions). A l'inverse, en l'absence de relation avec une telle infraction, les mesures appartiennent à la police administrative (TC, 7 juin 1951, *Dame Noualek*, Rec.636, concl. J. Delvolvé, S 1952.3.13., note Drago, blessures occasionnées par une arme à feu à un tiers lors d'une opération de maintien de l'ordre; TC, 26 mars 1990, *Devosset*, Dr. adm. 1990.331).

C. Mise en œuvre du principe

1. Précisions

Relèvent de la police judiciaire les actes et opérations qui sont destinées à réaliser la répression d'une infraction déterminée. Une infraction déterminée n'est pas forcément déjà commise, il peut s'agir d'infractions sur le point d'être commises (cas des souricières pour les flagrants délits : TC, 27 juin 1955, *Dame Barbier*, Rec.624). Une infraction déterminée n'est pas une infraction qui sera certainement commise. Seule suffit la possibilité de commission de l'infraction. Si le comportement d'un individu est de nature à laisser croire qu'il va commettre un délit, les opérations de contrôle d'identité, de poursuite et d'arrestation relèvent de la police judiciaire (TC, 15 juillet 1968, *Consorts Tayeb*, Rec.791, D 1968.417, concl. Schmelck; CE, 19 mai 1982, *Volbrecht*, Rec.563). Enfin, une infraction déterminée n'est pas une infraction réellement commise. Ces opérations sont qualifiées de police judiciaire même si le flagrant délit ne se produit pas, même si le délit prévu ne s'est pas concrétisé, et surtout, même s'il s'agit d'une erreur de l'autorité de police judiciaire qui a cru reconnaître un délit, là où il n'y en avait pas (CE, 18 mai 1981, *Consorts Ferran*, Rec.148, D 1981.IR.283, obs. Delvolvé, RD publ. 1981.1464, mise en fourrière par erreur d'une voiture, compétence judiciaire de l'action en responsabilité pour dommages causés au véhicule; sur la distinction entre police administrative et police judiciaire en cette matière, CE, 13 janvier 1992, *Grasset*, Rec.xxx, RD publ. 1992.1470, note J.-M. Auby).

Le domaine des mesures et opérations de police judiciaire n'est donc pas si limité qu'il y paraît. Peu importe par exemple que les mesures aient été accomplies sur instruction du Parquet.

2. Intérêt

Le critère actuel de distinction présente trois intérêts. Tout d'abord il est conforme au principe de séparation des pouvoirs, qui interdit à la juridiction administrative de s'immiscer dans la compétence judiciaire. Ensuite, il est en harmonie avec les dispositions de l'article 14 du C. Pr. pén. qui définit la police judiciaire. Enfin, il permet au juge administratif d'exercer un contrôle très approfondi de la réalité matérielle, et notamment de requalifier en mesures de police administrative des mesures présentées par leurs auteurs comme relevant de la police judiciaire (CE Ass., 24 juin 1960, *Soc. Le Monde* et *Soc. Frampar* (deux arrêts), Rec.412, concl. Heumann, AJDA 1960.1.154, chr., D 1960.744, note Robert, S 1960.348, note Debbasch : les préfets détenaient de l'article 30 C. pr. pén. le pouvoir, relevant de la police judiciaire, de faire saisir les éléments de preuve des infractions pénales; le Préfet d'Alger avait invoqué ce fondement pour faire saisir l'intégralité des numéros des journaux Le Monde et France Soir, alors qu'il ne s'agissait que d'un moyen de maintenir l'ordre public. En l'absence d'infraction déterminée, le Conseil d'État affirmant sa propre compétence a jugé qu'il s'agissait en réalité d'un acte de police administrative).

3. Difficultés

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

Une opération de police administrative peut ainsi devenir une opération de police judiciaire. Par exemple dans l'affaire *Demoiselle Motsch* (TC, 5 décembre 1977, *Demoiselle Motsch*, Rec.671, *AJDA* 1978.444, chr.). Un automobiliste qui avait pris en charge une auto stoppeuse force un barrage établi en vue de réaliser un contrôle d'identité. Il brûle alors plusieurs feux et prend une voie à sens interdit. Un policier tire sur la voiture et blesse la passagère. L'action en dommages et intérêts de celle-ci dirigée contre une personne publique, l'Etat, relève de la compétence judiciaire, parce que les opérations qui suivent le franchissement du barrage sont des opérations de police judiciaire (utilisation d'une arme dans l'intention d'arrêter l'auteur de plusieurs infractions).

D'autres cas sont apparemment plus difficiles à régler, mais le Tribunal des conflits adopte un principe unificateur destiné à simplifier la matière. Ainsi, dans l'affaire *Le Profil* (TC, 12 juin 1978, *Soc. Le Profil*, Rec.648, concl. Morisot, *AJDA* 1978.444, chr., *D* 1979.IR.50, obs. Moderne). La caissière d'une société se rend à la banque pour y retirer des espèces, escortée par des agents de police. Malgré cela des malfaiteurs lui arrachent la mallette et s'enfuient sans que les policiers puissent intervenir ou jugent bon de le faire. La société saisit le tribunal administratif, elle invoque une mauvaise organisation des services. Saisi de la question de la qualification des opérations, le Tribunal des conflits reconnaît la compétence de la juridiction administrative au motif que le préjudice, intervenu au cours d'une opération qui, de police administrative (protection des personnes et des biens), est devenue une opération de police judiciaire (infraction constituée, inaction des policiers dans la poursuite), résulte essentiellement des conditions d'organisation de la police administrative. Il est donc inutile d'exercer deux actions en réparation en séparant ce qui relèverait de la police administrative et de la police judiciaire. La nature de l'opération a changé mais on n'en tient pas compte : la réparation relève pour l'ensemble de la juridiction administrative. La solution ainsi adoptée se résume au principe que la compétence est établie en considération de la nature de l'opération de police dans laquelle le dommage trouve sa cause. Cette solution explique une jurisprudence traditionnelle, concernant les dommages à l'occasion du franchissement de barrages de police lorsqu'ils ne sont pas suivis d'infractions pénales distinctes. La compétence pour juger de l'action en responsabilité des victimes est toujours administrative parce que le dommage a essentiellement sa cause dans l'opération de police administrative (CE Ass., 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, Rec.307, *RD publ.* 1949.583, note Waline, *S* 1949.3.61, concl. Barbet).

Section III : Contrôle de légalité des mesures de police administrative

La police administrative est peut-être plus contrainte qu'on ne le croit en général, dans la mesure où, essentiellement, elle ne peut être exercée que par des mesures " sèches " d'interdiction. D'autres mesures préventives et complémentaires sont traditionnellement exclues par le juge administratif, en ce qu'elles constituent de toutes façons des limitations aux libertés publiques. Ainsi, il n'est pas possible à l'autorité de police d'imposer, à l'exercice d'une activité privée, un régime de déclaration ou d'autorisation qui n'aurait pas été prévu par une loi (CE ass. 22 juin 1958, *Daudignac*, Rec.363, D 1951.589, note J.C. ; sauf en cas d'usage du domaine public, CE 22 juin 1983, *Ville de Lyon*, Rec.269). De même, l'interdiction ne peut pas être assortie de la prescription des moyens appropriés pour la respecter (CE ass., 4 janvier 1935, *Dame Baron*, Rec.16, DH 1935.150). Enfin, une interdiction ne peut pas prévoir elle-même sa propre exécution forcée, puisqu'elle n'appartient pas en général aux pouvoirs de l'autorité administrative (CE ord., 29 juillet 1997, *Commune de Sorgues*, RFD adm. 1998.383, note Frier).

§ 1. - Conditions générales de légalité

A. Contraintes tirées de la nature des actes

Les conditions générales de légalité des mesures de police administrative sont celles de tout acte administratif : l'auteur doit être compétent, les formes et procédures prévues pour leur édicton doivent être respectées. Ces mesures doivent aussi avoir été prises en vue du maintien de l'ordre public et conformément aux règles de fond du droit qui leurs sont applicables. A cet égard, tout le principe de légalité leur est applicable, comme l'a rappelé le juge administratif en soumettant l'exercice d'une police spéciale au respect du droit de la concurrence (CE sect. Avis, 22 novembre 2000, *Sté L&P publicité*, AJDA 2001.198, note M.-C. Rouault, RD publ. 2001.393 note C. Guettier : la réglementation de l'affichage publicitaire ne doit pas placer un afficheur en situation d'abuser de sa position dominante). On doit cependant signaler que ces conditions générales sont marquées d'un principe qui est la conséquence du fait que les personnes publiques ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs de police à des personnes privées : les actes de police administrative sont obligatoirement des actes unilatéraux. Une autorité de police ne pourrait pas limiter sa propre compétence en plaçant par exemple l'exercice de ses pouvoirs de police administrative dans le cadre d'un contrat. Ce contrat serait de nul effet entre les parties (CE, 5 novembre 1943, *Leneveu*, Rec.243), inopposable aux tiers qui pourraient en demander l'annulation (CE, 8 mars 1985, *Assoc. Les amis de la Terre*, Rec.73, AJDA 1985.382, note Moreau; RFD adm. 1985.363, concl. Jeanneney), dépourvue de portée en matière de responsabilité (CE, 28 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec.301, AJDA 1958.309, chr.).

Enfin, les mesures de police administrative n'ont jamais été considérées comme des sanctions. Leur nature est différente : même individuelles, elles sont prises avant tout dans un but d'ordre public. Il en résulte, d'une part que la CESDH ne leur est pas applicable

(pas d'équivalence avec une accusation en matière civile ou pénale ; CE, 3 novembre 1989, *Blanquie*, Rec.429) ; d'autre part que la sanction applicable est régie par les textes en vigueur au moment de la décision même s'ils sont plus sévères qu'au moment des faits (CE, 30 janvier 1988, *Elfenzj*, Rec.17, *AJDA* 1988.223, concl. Vigouroux).

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

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

Tout d'abord, l'autorité de police compétente est tenue de prendre les mesures de police nécessaires à l'application d'une réglementation existante. L'autorité compétente peut être la même que celle qui a édicté la réglementation. Les mesures d'application peuvent être des opérations matérielles, des actes individuels, ou des actes réglementaires (CE, 3 avril 1968, *Jardin*, Rec.233, *AJDA* 1968.480, le refus d'un maire de prendre les mesures nécessaires à l'application d'un règlement municipal, par lui édicté, interdisant l'exposition nocturne des poubelles, est illégal; CE Ass., 20 octobre 1972, *Marabout*, Rec.664, *AJDA* 1972.625, concl. Guillaume, chr., *RD publ.* 1973.832, note Waline, le préfet doit assurer l'application des interdictions de stationnement qu'il édicte; CE, 23 juin 1976, *Latty*, Rec.329, *RD publ.* 1977.865, le maire doit faire respecter la réglementation préfectorale).

Mais de plus, dans certains cas, une autorité de police peut être tenue soit d'exercer son pouvoir réglementaire (CE Sect., 23 octobre 1959, *Doublet*, Rec.540, *RD publ.* 1959.1235 concl. Bernard, et 802, note Waline, *D* 1960.191, note Lavroff), soit de prendre des décisions individuelles (CE, 21 juin 1968, *Dame Spiaggeri*, Rec.380), hors de toute référence à une réglementation existante. Il appartient à l'autorité administrative « de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public » (CE ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *préc.*). Elle ne peut pas déléguer les missions de police à des tierces personnes (sauf le cas des présidents de EPCI). La police du stationnement sur la voie publique (hors parcs privés), doit être assurée par la commune en régie (CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, Rec.175). Il en est de même des patrouilles de police dans les quartiers (CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*).

La jurisprudence soumet cette obligation d'exercer les pouvoirs de police à trois conditions. Il faut que l'intervention par mesure de police soit indispensable; qu'elle ait pour but de faire cesser un péril grave; que ce péril provienne d'une situation dangereuse pour l'ordre public. Mais le juge administratif constate rarement que ces conditions sont réunies s'agissant d'annuler des actes (dernier ex. CE, 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*, Rec.281). En revanche, il a fréquemment accepté d'indemniser les victimes de préjudices causés par l'abstention de certaines mesures de police -sans préciser toujours les motifs de l'obligation de prendre ces mesures- (CE, 5 mars 1971, *Le Fichant*, Rec.185, *AJDA* 1971.680, note Moreau; CE Sect., 13 mai 1983, *Dame Lefebvre*, Rec.194, *AJDA* 1983.476, concl. Boyon, pour le défaut de mesures destinées à assurer la sécurité des baigneurs; CE, 22 décembre 1971, *Commune de Mont-de-Lans*, Rec.789, *JCP* 1973.17289, note Rabinovitch, quant à la sécurité des skieurs; CE Ass., 9 avril 1993, *M. G...*, Rec.xxx, concl. Legal, *RFD adm.* 1993.583, *AJDA* 1993.381, chr., produits sanguins non chauffés, carence dans l'utilisation des pouvoirs de police sanitaire, responsabilité pour faute simple).

Enfin, le manquement à l'obligation d'assurer la sécurité publique au moyen de la police administrative n'est pas en soi une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens du référé-liberté (CE ord., 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu la Napoule*, RFDA 2001.1138)

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

Il est clair que l'appréciation de la nécessité d'une mesure de police est subjective. La pratique de l'appel, qui conduit le Conseil d'État, juridiction du second degré, à juger une nouvelle fois les faits et à procéder lui-même à la qualification juridique de ces faits le montre à l'envi. Nombreuses sont les affaires où la solution s'inverse entre les premiers juges et les seconds (CE, 13 mars 1968, *Époux Leroy*, préc.; CE, 16 juin 1976, *Ville de Menton*, Rec. 1032, RD publ. 1977.243).

A. Principe

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

La nécessité des mesures de police est contrôlée par le juge administratif. C'est-à-dire que la nécessité est ici une condition de la légalité. On trouve l'expression de ce principe dans la jurisprudence Benjamin (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec.541, D 1933.3.354, concl. Michel, S 1934.3.1, note Mestre, TGD, illégalité de l'interdiction d'une réunion publique, interdiction non nécessaire dès que d'autres moyens auraient pu être employés pour assurer la tranquillité publique; à CE, 26 juin 1987, *Guyot*, AJDA 1987.689, obs. Prétot, RD publ. 1988.582, illégalité de la fermeture d'un bal, cette mesure n'étant pas nécessaire pour assurer la tranquillité).

Les mesures de police administrative sont ainsi reconnues légales lorsque l'ordre public n'aurait pas pu être maintenu sans qu'elles aient été prises, ce qui est une preuve de leur nécessité (CE Sect., 3 février 1978, *CFDT et CGT*, Rec.47, AJDA 1978.388, note Durupty, RD publ. 1979.535, note Waline, interdiction de distribuer des documents aux occupants des voitures en circulation sur la voie publique). Les atteintes à l'ordre public ne peuvent pas être évitées par des mesures moins contraignantes (CE, 21 janvier 1994, *Commune de Dannemarie-les-Lys*, RD publ. 1994.589).

B. Interdictions générales et absolues

Il est d'usage de dire que les interdictions générales et absolues sont toujours reconnues illégales par le juge administratif. En réalité, ces interdictions sont souvent illégales parce qu'il n'est pas nécessaire qu'elles soient générales ou absolues. Un exemple classique en est donné dans la jurisprudence dite des photofilmeurs. A l'époque où il n'existait ni procédé polaroïd, ni caméscope, certains photographes prenaient un cliché de personnes passant sur la voie publique en leur proposant de tirer le lendemain la photo contre paiement. Certains maires avaient par arrêté interdit l'exercice de cette activité sur la voie publique. Le Conseil

d'État a annulé des décisions contraires à la liberté du commerce et de l'industrie, parce que, au lieu de limiter cette interdiction à certains lieux encombrés ou à certaines heures ou encore à l'assentiment des personnes photographiées, quelques maires avaient tout bonnement interdit l'activité, c'est-à-dire pour certains photographes, l'exercice de l'essentiel de leur profession (CE Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec.363, *D* 1951.589, note J.C.). Cette jurisprudence a reçu de nombreuses illustrations dans des domaines variés (CE, 5 février 1960, *Commune de Mougins*, Rec.83, interdiction absolue des aboiements de chiens; CE, Sect. 4 mai 1984, *Guez*, Rec.164, *AJDA* 1984.393, concl. Dutheillet de Lamothe, interdiction générale et permanente de toutes activités musicales et artistiques dans une zone piétonnisée autour du Centre national d'Art et de Culture; CE, 16 janvier 1987, *Auclair*, Rec.848, *Dr. adm.* 1987.65, interdiction absolue de vendre des glaces sur le domaine public, spécialement sur les plages ; CE, 10 mars 2004, *Assoc. Promouvoir*, *AJDA* 2004.983, concl. Boissard, refus légal d'interdire une publication).

Le préfet de la Manche, lui aussi, avait interdit l'activité des photofilmeurs pendant la saison touristique sur la route menant au Mont-Saint-Michel et sur les aires de stationnement attenantes. A l'inverse du cas précédent, le Conseil d'État juge que l'interdiction est légale parce qu'il apparaît que cette activité pratiquée dans ces lieux présente des dangers "auxquels il n'était pas possible de remédier par une mesure moins contraignante" (CE, 13 mars 1968, *Époux Leroy*, Rec.178, *AJDA* 1968.221, chr.). Peuvent ainsi se trouver justifiée des interdictions très sévères (CE, 15 décembre 1961, *Chiaretta*, Rec.709, *AJDA* 1962.57, chr., *Rev. adm.* 1962.44, concl. Braibant; CE, 22 février 1961, *Lagoutte et Robin*, Rec.135; CE, 14 mars 1973, *Almela*, Rec.213).