

Droit administratif

I

L'action administrative

La collection « Le droit en plus » est animée par Patrick Maistre du Chambon, doyen honoraire de la faculté de droit de Grenoble et Bruno Petit, agrégé des facultés de droit, en liaison avec le département de télé-enseignement de la faculté de droit de Grenoble.



Le code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

© PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENoble, 2004
BP 47 – 38 040 Grenoble cedex 9
Tél. : 04 76 82 56 51 – Fax : 04 76 82 78 35
pug@pug.fr – www.pug.fr

ISBN 2 7061 1195 X

Michel Rousset et Olivier Rousset

Droit administratif
I
L'action administrative

Deuxième édition

PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE

DANS LA MÊME COLLECTION

- Bendjouya Georges, *Procédure civile*, 2001
- Benoît Aude, *Droit de l'emploi*, 1995
- Chianéa Gérard, *Histoire des institutions publiques de la France*
Tome I – *Du démembrement à la reconstitution de l'État (476-1492)*, 1994
Tome II – *Essor et déclin de l'État monarchique (1492-1789)*, 1995
Tome III – *L'État moderne en formation (1789-1870)*, 1996
- Conte Philippe, Maistre du Chambon Patrick, *La Responsabilité civile délictuelle*, 2000, 3^e édition
- Conte Philippe, Petit Bruno, *Les Incapacités*, 1995
- Euzéby Alain, *Introduction à l'économie politique*
Tome I – *Concepts et mécanismes*, 2000, 2^e édition
Tome II – *Politiques économiques*, 1998
- Gondouin Geneviève, Rouxel Sylvie, *Les institutions juridictionnelles*, 2004
- Granet Frédérique, *Le Droit de la famille*, 1997
- Jacquier Bernard, *Relations internationales*
Tome I – *Les acteurs du système international*, 1993
Tome II – *Les rapports internationaux contemporains*, 1993
- Leroy Paul, *Les Régimes politiques du monde contemporain*,
Tome I – *Les régimes politiques des États libéraux*, 2001
Tome II – *Les régimes politiques des États socialistes et des États du tiers-monde*, 2003
Tome III – *Le régime politique et l'organisation administrative de la France*, 2001
- Maistre du Chambon Patrick, *Le Régime des obligations civiles*, 1992
- Montanier Jean-Claude,
– *Les Régimes matrimoniaux*, 2003, 4^e édition ;
– *Le Contrat*, 2000
- Montanier Jean-Claude, Samuel Geoffrey, *Le Contrat en droit anglais*, 1999

Montain-Domenach Jacqueline, avec la collaboration de Chantal Dufresne, *Droit des collectivités territoriales*, 1997

Petit Bruno

– *Introduction générale au droit*, 2003, 5^e édition

– *Les personnes*, 2003, 3^e édition

Radé Christophe, *La Responsabilité civile contractuelle – Les quasi-contrats*, 2001

Rousset Michel, *Droit administratif – Tome II – Le Contentieux administratif*, 2004

Saintourens Bernard, *Droit des affaires*, 2002, 2^e édition

Salvage Philippe, *Droit pénal général*, 2001, 5^e édition

Salvage-Gerest Pascale, *Les Sûretés*, 1994

Simler Philippe, *Les Biens*, 2001, 2^e édition

Tauran Thierry,

– *Droit de la sécurité sociale*, 2000

– *Droit des assurances*, 2001

DU MÊME AUTEUR

L'idée de puissance publique en droit administratif, Dalloz, 1960.

L'administration marocaine, IIAP et Berger-Levrault, 1970.

Le royaume du Maroc, IIAP et Berger-Levrault, 1978.

Institutions administratives marocaines, Publisud, 1991.

Traduction en arabe, Rabat, 1993.

Droit administratif marocain (en collaboration), 6^e édition, 2003, Ed. La Porte, Rabat, (4^e éd. en arabe, 1988).

Contentieux administratif, édition la Porte, Rabat, 1992, 2^e éd. 2001.

Le service public au Maroc, Ed. La Porte, 2^e éd. 2002.

L'Action internationale des collectivités locales, LGDJ coll. « Systèmes » 1998.

Hommage à Hassan II : Regard sur la modernisation de l'État, PUG, 2004, 2^e éd.

La Démocratie locale au Maroc, coll. « Confluences », Rabat, 2004.

AVERTISSEMENT

On s'est efforcé de ne citer que les arrêts de principe reproduits dans les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, 14^e éd. Sirey, 2003. Lorsque d'autres arrêts ont été cités, la référence qui en est donnée est celle du *Recueil des décisions du Conseil d'État*, publié par Sirey. Elle est indiquée par la lettre « R » suivie de la page du recueil correspondant à l'année de la décision.

Ce premier tome consacré à l'action administrative, est suivi d'un second tome qui présente le contentieux administratif.

Liste des abréviations

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

Ass. : Assemblée du contentieux

CAA : Cour administrative d'appel

CE : Conseil d'État

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

RDP : Revue du droit public

Sect. : Section du contentieux

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

Introduction

Dans une première approximation, on peut être tenté de définir le droit administratif comme le droit qui s'applique à l'administration ; mais une telle définition revêt la fausse simplicité des évidences trompeuses.

En effet, une série de questions préalables appellent impérativement une réponse avant qu'il soit possible de dire de façon précise ce qu'est le droit administratif.

La première question porte sur le point de savoir ce qu'est l'administration (section I) ; la seconde peut se formuler de la façon suivante : que signifie l'expression « droit applicable à l'administration » ? ; nous verrons que la réponse dépend du système administratif existant (section II) ; il restera alors à préciser les caractères du droit administratif tel qu'il se présente dans le système administratif français (section III).

SECTION I

QU'EST-CE QUE L'ADMINISTRATION ?

Le terme administration peut être pris en un double sens : l'administration c'est un ensemble d'institutions qui se voient confier la gestion des affaires publiques ; le terme administration est pris ici dans un sens organique, il désigne les structures administratives. Mais l'administration peut être également considérée dans un sens fonctionnel : l'administration c'est alors la fonction de gestion des affaires publiques, la fonction administrative.

L'importance de ces deux acceptions du mot « administration » mérite qu'on s'y attarde quelque peu.

§ 1 – LA FONCTION ADMINISTRATIVE

Administrer c'est gérer les affaires publiques dit-on, ce qui se décompose en une action de gestion appliquée à un objet : la notion d'affaires publiques.

A. L'action de gestion publique

L'action de gestion implique que soit confié à des personnes déterminées, les autorités administratives, le pouvoir de prendre les multiples décisions générales ou individuelles nécessaires à l'application des lois et des règlements ; administrer c'est donc exercer un pouvoir d'action juridique, exercer une compétence, dans un but d'utilité sociale.

L'autorité responsable de cette fonction de gestion des affaires publiques doit donc disposer des moyens juridiques, mais aussi des moyens matériels, qui lui permettront d'assurer à la collectivité les prestations de biens ou de services qui correspondent à la satisfaction des besoins d'intérêt général ; et c'est précisément en cela que consiste la notion d'affaires publiques.

B. La notion d'affaires publiques

La notion d'affaires publiques est une notion dont le contenu est variable.

Il varie selon les époques et il est clair qu'au début du siècle, le contenu des affaires publiques était beaucoup plus limité que de nos jours.

Mais il varie également en fonction des idéologies : le libéralisme et le socialisme donnent à cette notion un contenu très différent, bien que ces différences se soient quelque peu atténuées du fait de l'apparition de la social-démocratie d'une part, et de l'évolution qui a abouti à l'émergence du néolibéralisme d'autre part ; pour les uns et les autres, il existe un minimum d'intervention de la puissance publique qui, en tout état de cause, est beaucoup plus développée que ce que recouvrait la notion d'affaires publiques au début du siècle.

Enfin, la notion d'affaires publiques évolue en fonction des circonstances : les crises internationales et les crises économiques ont conduit l'État à se préoccuper de questions qui, en des temps plus ordinaires, étaient considérées comme relevant de l'initiative privée.

C'est donc sous le bénéfice de ces indications que l'on peut dire que la notion d'affaires publiques recouvre trois grands types d'activité :

1. – La police administrative destinée à assurer l'ordre public. L'ordre public c'est naturellement la paix sociale, mais c'est aussi la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique.

L'ordre public recouvre également la conciliation des activités privées avec l'intérêt général ainsi qu'avec certains intérêts spécifiques que l'administration doit protéger : par exemple l'environnement, les espèces animales ou végétales ; la police peut aussi concerner des activités particulières telles que le cinéma, l'affichage, l'habitat, etc. L'administration est ainsi amenée à réglementer les activités des particuliers afin de les rendre compatibles entre elles et avec l'ensemble des intérêts recouverts par la notion d'ordre public.

2. – Le service public constitue la deuxième activité qui entre dans la composition de la notion d'affaires publiques.

L'activité de service public consiste à procurer à la collectivité les biens et les services qui lui sont nécessaires et que, pour cette raison, on considère comme d'intérêt général.

Sans entrer pour l'instant dans la définition détaillée du contenu de cette notion que l'on retrouvera en étudiant les activités de l'administration, on peut indiquer que la production des biens et des services considérés comme d'intérêt général, a connu une prodigieuse expansion depuis le début du siècle. Le développement des services et activités d'intérêt général est particulièrement visible dans le domaine social et culturel ; il est sans aucun doute la conséquence de l'avènement de « l'État providence » et il concerne non seulement l'État, mais aussi les autres collectivités publiques, régions, départements et communes.

Par ailleurs, l’administration a pris en charge de nombreuses activités de production de biens divers : fourniture de l’eau ou de l’électricité, mise en place des infrastructures nécessaires aux télécommunications, développement des différents systèmes de transport etc. tout cela entre dans le champ du service public.

Mais il faut ajouter qu’avec l’avènement de la démocratie économique et sociale au lendemain de la deuxième guerre mondiale, les activités de l’administration se sont enrichies et diversifiées du fait que l’État a assumé un nouveau rôle ; c’est lui qui désormais assure la direction du développement économique et social.

3. – L’État assure la direction du développement économique et social. Sans doute la manière d’exercer cette fonction, comme le contenu qu’elle recouvre, ont-ils connu une assez profonde évolution depuis la libération ; au dirigisme autoritaire a succédé un interventionnisme plus respectueux de l’autonomie de la volonté et de la liberté du commerce et de l’industrie ; sans doute aussi on est persuadé aujourd’hui qu’il convient de dynamiser et de responsabiliser les agents économiques par le respect des règles de l’économie de marché. D’où la privatisation de nombreuses entreprises publiques engagée dès la fin des années quatre-vingts et qui se poursuit aujourd’hui. Mais il demeure que l’État conserve un rôle important de régulateur économique et social qu’il exerce non seulement grâce aux prérogatives de la puissance publique, mais aussi par l’intermédiaire d’un éventail très étendu de services publics.

§ 2 – LES STRUCTURES ADMINISTRATIVES

Dans sa deuxième acception, le mot administration désigne un ensemble d’organes, une nébuleuse d’institutions nombreuses et diverses. L’administration c’est d’abord un ensemble d’institutions publiques auxquelles est confiée la gestion des affaires publiques ; mais c’est aussi un grand nombre d’organismes privés qui gravitent autour des institu-

tions publiques et qui ont pour particularité d'accomplir, pour le compte des collectivités publiques, des missions de service public qui leur ont été confiées.

A. Les institutions publiques

Les institutions publiques constitutives de l'administration sont les collectivités publiques : État et collectivités territoriales, dont l'autonomie a été renforcée par la loi sur la libre administration des collectivités locales du 2 mars 1982 ; et les lois se sont succédées depuis lors, notamment pour l'amélioration de la décentralisation (5 janvier 1988), le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale (12 juillet 1999) et la démocratie de proximité (27 février 2002) ; mais ce sont aussi les collectivités spéciales que l'on désigne sous le nom d'établissement public.

Ces diverses entités sont des personnes morales représentatives d'intérêts plus ou moins nombreux et complexes qui sont le plus souvent propres à un groupement humain : ce sera la collectivité nationale pour l'État, ou les collectivités locales pour les communes, départements et régions.

On rappellera que ces collectivités peuvent d'ailleurs se regrouper dans diverses configurations qui constituent également des institutions publiques dotées de la personnalité juridique : ententes régionales, syndicats, communautés d'agglomération, communautés de communes, etc.

Quant aux établissements publics, ils s'identifient fréquemment à un groupement humain particulier : tel est par exemple le cas des chambres professionnelles ; mais ils peuvent aussi correspondre à des intérêts diffus, concernant l'ensemble de la collectivité nationale, par exemple la protection et la gestion de la forêt, avec l'Office national des forêts, ou la protection des rivages maritimes ou lacustres, avec le Conservatoire national du littoral. Quel que soit le type d'intérêt confié à la collectivité publique, il s'agit dans tous les cas d'entités juridiques qui n'ont pas de réalité physique et ne peuvent donc agir que par

l’intermédiaire de leurs organes ; ces organes sont les autorités administratives individuelles ou collégiales : ministre, préfet, directeur d’administration centrale ou départementale, conseil d’administration, conseil régional, général ou municipal.

Ce sont ces autorités qui exercent au nom de la collectivité ou de l’institution publique, les compétences nécessaires pour assurer la gestion des affaires publiques relevant de celle-ci.

Le droit administratif va ainsi régler la désignation de ces autorités, préciser leur statut et les conditions d’exercice de leurs pouvoirs ; il va déterminer les conditions dans lesquelles ces autorités vont devoir, ou pouvoir agir pour atteindre le but d’utilité sociale en vue duquel leurs compétences leur ont été confiées.

B. Institutions publiques, institutions privées

Si les institutions publiques constituent, au sens fort du terme, l’administration, cela ne doit pas masquer le fait que, depuis la dernière guerre, de nombreux organismes privés se sont vus confier des missions de service public et des prérogatives diverses pour les assurer ; il existe ainsi à la périphérie de l’administration publique des relais privés qui, sous diverses formes, associations, établissements d’utilité publique, syndicats, entreprises constituées sous la forme de société d’économie mixte, ordres professionnels, etc. permettent principalement à l’État, mais aussi aux collectivités locales, de mettre en œuvre leur politique.

Mais qu’il s’agisse de l’administration au sens strict, ou que l’on se trouve en présence d’organismes privés qui collaborent à la mise en œuvre des politiques publiques, il est nécessaire que les organes de ces diverses institutions respectent les règles qui définissent les conditions de leur action.

Cette question recouvre en réalité deux problèmes ; le premier porte sur le point de savoir quel est le droit qui s’impose au respect de l’administration, et le second quel est le juge qui est chargé de le faire respecter.

Répondre à ces deux interrogations revient à définir le type de système administratif ; or l'observation des expériences étrangères conduit à constater que divers systèmes sont concevables ; c'est ce qu'il convient désormais d'exposer.

SECTION II

LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES ADMINISTRATIFS

Deux grands types de systèmes de soumission de l'administration au droit sont concevables et c'est entre eux que se partagent la plupart des systèmes administratifs contemporains.

Le premier type est constitué par un système d'unité de droit et de juridiction incarné par la Grande-Bretagne où ce système est né historiquement, et qui l'a propagé dans de nombreux pays, notamment dans les pays relevant de son ancien empire colonial. Dans ce système, aucune différence n'est faite, en principe, entre l'autorité administrative et les simples particuliers tant en ce qui concerne le droit qui leur est applicable qu'en ce qui concerne la juridiction compétente pour connaître des litiges que leur action peut engendrer.

Le second type repose sur la dualité de droit et de juridictions ; dans ce système, qui est celui de la France, l'administration est soumise, au moins pour une partie importante de son activité, à un droit spécial, un droit autonome par rapport au droit privé, appelé aussi droit commun ; en outre, elle répond de ses actes devant un juge spécial chaque fois qu'il convient d'appliquer ce droit autonome qu'est le droit administratif.

Pour être complet, on ajoutera que quelques pays se signalent à l'attention par le fait qu'ayant un seul ordre de juridiction, l'administration est cependant soumise à un droit autonome, le droit administratif.

L'examen même sommaire de ces principaux systèmes de soumission de l'administration au droit présente naturellement un intérêt intrinsèque lié aux conditions historiques de leur formation et de leur évolution ainsi qu'à leur aptitude à

atteindre l’objectif recherché : soumettre l’administration au droit.

Mais il présente aussi un intérêt du fait de leur rayonnement ; ces systèmes ont en effet essaimé principalement à la faveur de l’expansion coloniale ; mais ils ont aussi été imités, en tout ou en partie, par des pays qui ont trouvé en eux des solutions appropriées à leurs propres problèmes. Le phénomène d’emprunt a ainsi pu se développer en dehors de toute domination coloniale ; ainsi en est-il, par exemple du Conseil d’État français, qui a été adopté de façon plus ou moins fidèle d’ailleurs, par un grand nombre de pays.

§ 1 – L’UNITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE : LE SYSTÈME BRITANNIQUE

Le système britannique est caractérisé par le fait que l’administration est en principe soumise au même droit que les particuliers, la *common law*, le droit commun, et qu’elle est justiciable des mêmes tribunaux.

La formation de ce système s’explique par des raisons propres à l’histoire de la société britannique (A) ; mais l’évolution qu’il a connue au cours de la période contemporaine en a sensiblement altéré les traits originels (B).

A. Les origines historiques du système britannique

En schématisant, on peut dire que trois facteurs ont puissamment contribué à la formation de ce système.

C’est tout d’abord l’attachement des Britanniques au libéralisme : la lutte contre l’arbitraire, la protection des droits et des libertés, sont une constante de la vie politique illustrée par la fameuse *Magna carta*, la Grande Charte de 1215 et relayée par les *Bill of rights* qui, périodiquement réaffirmèrent et enrichirent ces droits et libertés face au pouvoir royal.

Cette préoccupation se manifeste d’ailleurs dans la conception britannique de la séparation des pouvoirs en vertu de laquelle l’exécutif doit être soumis aux mêmes tribunaux que les particuliers.

En effet, ces juges règlent les litiges qui leur sont soumis sur la base d'un droit qui fut à l'origine largement coutumier, le droit commun ; les juges ont progressivement forgé ce droit en fonction d'un certain état de la société et du souci d'assurer une protection convenable aux droits et libertés ; on comprend ainsi que cette *common law* et les juges qui la créaient et l'appliquaient, aient pu apparaître comme le plus sur rempart des individus contre l'excès de pouvoir administratif.

Mais un deuxième facteur a joué un rôle non négligeable dans la formation de ce système : c'est la conception empirique de l'administration qui est une caractéristique de l'histoire administrative de la Grande-Bretagne ; l'administration n'est qu'un ensemble d'institutions, de pouvoirs juridiques et de moyens matériels et humains qui doivent recevoir l'aménagement le plus approprié à la production de la plus grande utilité sociale possible.

Il n'y a donc aucune transcendance du pouvoir administratif, aucune supériorité « essentielle » de ceux qui l'exercent ; ceux-ci et celui-là ne dominent jamais la société, parce qu'ils sont un produit de cette société exclusivement destiné à lui procurer la satisfaction des besoins collectifs.

L'administration n'occupe donc pas une place particulière dans la société ; elle n'a pas besoin de pouvoirs exorbitants, ni d'un régime juridique spécial ; elle peut donc être soumise au droit de tout le monde, le droit commun.

Il faut enfin évoquer un troisième facteur qui a joué un grand rôle : il s'agit de l'importance du *local government* et du faible développement de l'administration centrale, au moins jusqu'au début du xx^e siècle. Les tâches d'utilité sociale ont été traditionnellement assurées par les collectivités locales qui, à la différence de la France, ont pu résister victorieusement aux tentatives centralisatrices de la Couronne. Ces collectivités sont proches des groupements humains qu'elles représentent et dont leurs organes sont issus. Il semble naturel qu'elles soient soumises au même droit et qu'elles relèvent du même juge

que les membres de la collectivité qu'elles représentent et pour le compte de laquelle elles agissent.

B. Le contenu du droit applicable et son évolution

Le principe est que l'administration est soumise au droit commun. Toutefois, il existe un certain nombre d'exceptions à ce principe : ce sont les « privilèges de la Couronne ». Surtout, l'évolution contemporaine a très sensiblement altéré cette situation en favorisant l'émergence d'un véritable droit administratif : l'administrative law. Cette soumission au droit commun de l'administration s'accompagne du contrôle des tribunaux qui peuvent annuler ses décisions par application de notions telles que la mauvaise foi ou le caractère « déraisonnable » de son action (*unreasonableness*).

Les tribunaux peuvent également lui adresser des injonctions de faire ou de ne pas faire, ou bien encore de cesser telle action qu'elle aurait entreprise à tort.

Cependant cette soumission au droit commun n'a jamais été totale. L'administration royale a toujours bénéficié des privilèges de la Couronne.

Ces « privilèges » correspondent en réalité aux activités de souveraineté que seule l'administration peut assurer ; le droit commun ne leur est pas applicable. Il s'agit par exemple du pouvoir de police, du pouvoir fiscal, ou bien encore du pouvoir d'expropriation ou de réquisition. Jusqu'en 1947, la Couronne a même bénéficié de l'irresponsabilité pour les dommages que son action pouvait causer. Mais, il faut bien comprendre qu'il ne s'agit que d'exceptions limitées au principe général de soumission au droit commun et au contrôle du juge.

Totalement différent est le résultat de l'évolution contemporaine de l'administration britannique qui va se traduire par l'apparition d'un véritable droit administratif.

Au début du XIX^e siècle, un auteur britannique, Dicey, affirmait que l'expression *administrative law* était inintelligible pour un esprit anglais. Or aujourd'hui, il existe des enseignements et des manuels de droit administratif en Grande-Bretagne.

La Grande-Bretagne a connu de profondes transformations depuis la crise de 1929 et la deuxième guerre mondiale ; la conséquence en a été le développement de l'interventionnisme de l'État et la création d'une puissante administration centrale ; l'arrivée au pouvoir des travaillistes au lendemain de la guerre, a accentué ce processus ; l'administration s'est dotée de nombreux pouvoirs pour agir dans des secteurs de plus en plus étendus ; elle a créé des organismes spécifiques pour appliquer les lois nouvelles qu'elle faisait voter par le parlement ; peu à peu, la *common law* s'est trouvée en concurrence avec la loi écrite, le *statute*, dont l'importance n'a fait que croître. Pour appliquer ces lois nouvelles, des organismes appropriés ont été créés ; ils ont été dotés de pouvoirs administratifs, mais aussi, très souvent, de pouvoirs juridictionnels ; chargés de mettre en œuvre une politique dans un domaine déterminé, ils ont été également investis du pouvoir de trancher les litiges qui s'élevaient à l'occasion de leur action.

Ainsi a-t-on vu se multiplier ces organismes d'intervention dont les pouvoirs étaient autant administratifs que juridictionnels ; cette situation, en parfaite contradiction avec le principe même de soumission de l'administration à la *rule of law*, a semblé suffisamment sérieuse pour que de nombreuses voix s'élèvent pour réclamer la création d'une juridiction administrative ; cette éventualité, agitée au début des années 60, a finalement été abandonnée au profit de la soumission de ces organismes au contrôle des tribunaux ordinaires ; mais il est significatif de l'évolution qui s'est manifestée qu'un tel projet ait pu être formulé.

En définitive, si la Grande-Bretagne reste attachée au principe d'unité de droit et de juridiction, ce système est désormais fortement tempéré par le développement d'un droit spécifique qui, sous le nom d'*administrative law*, règle une part importante de l'activité de l'administration sous le contrôle partiel, mais réel, d'organismes juridictionnels spécialisés.

§ 2 – LA DUALITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE : LE SYSTÈME FRANÇAIS

Le système français est un système de dualité de droit et de juridictions. Ce sont des considérations historiques qui expliquent la formation et l'évolution de ce système dont il convient de rendre compte dans un premier temps (A) ; mais il est clair que la signification de ce système s'est profondément transformée au fil du temps et qu'elle n'a plus aujourd'hui que d'assez lointains rapports avec ce qu'elle fut à ses origines (B).

A. Les origines historiques du système administratif français

Contrairement aux apparences que suggèrent les grandes lois révolutionnaires et impériales qui sont à la base du système administratif français, celui-ci puise en réalité une partie importante de sa substance dans l'ancien régime monarchique.

La monarchie administrative qui s'est développée en France à partir du début du XVII^e siècle, réussit à s'imposer à tous les pouvoirs concurrents au cours d'une évolution qui semble avoir été symétriquement inverse de celle que connaissait, à peu près à la même époque, la Grande-Bretagne.

La monarchie parvient en effet à établir un pouvoir quasi exclusif et centralisé en écrasant la féodalité, mais aussi en réduisant les autonomies locales qui reposaient sur des franchises municipales remontant souvent au Moyen Âge et que le pouvoir royal récusera. Elle fera enfin régner un pouvoir sans partage en s'affranchissant du contrôle des États généraux qui ne seront plus réunis après 1648. Enfin et surtout, la monarchie et l'administration royale vont entrer en lutte contre les parlements, parlements de province et parlement de Paris qui prétendent juger l'administration royale et même s'opposer à son action : en 1641 un édit royal interdit aux parlements de juger l'administration !

Le conflit durera jusqu'à la fin de l'Ancien Régime et laissera des traces profondes que la Révolution non seulement n'effacera pas, mais dont elle assumera en quelque sorte l'héritage.

En effet, la Révolution soucieuse d'édifier un pouvoir d'État, va prendre le relais de la politique royale et la systématiser. La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire dont on a célébré, il y a quelques années, le deux centième anniversaire, est sans équivoque à cet égard : « Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne peuvent à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Cette interdiction sera renouvelée en termes énergiques par la Convention dans le décret du 16 fructidor an III : « Itératives défenses sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient. »

Sur la base de ces textes, et en vertu d'une interprétation de la séparation des pouvoirs propre à la conception française de celle-ci, on va construire un système de règlement des litiges nés de l'action administrative qui donne à l'administration le pouvoir de se juger. On estime en effet que juger l'administration fait partie de la fonction administrative : juger l'administration c'est une autre manière d'administrer.

C'est ainsi qu'en 1790 « les réclamations d'incompétence sont portées au roi, chef de l'administration générale » ; il en est de même pour l'administration territoriale : les nouvelles institutions administratives territoriales, directoire de département et directoire de district, sont chargées de régler les différends qui naissent de l'action administrative qui est mise en œuvre sous leur responsabilité dans leur ressort territorial.

Ce système a très mal fonctionné et devait sombrer dans l'anarchie ; d'où l'effort de reconstruction entrepris par le Consulat en l'an VIII : la constitution confie au Conseil d'État qu'elle crée le soin de proposer au Premier consul la solution des litiges nés de l'action administrative.

Dans le cadre des départements, des Conseils de préfecture, présidés par le préfet, reçoivent une mission identique. Mais

tout au long du XIX^e siècle, une profonde évolution va se produire qui aboutira au vote de la loi du 24 mai 1872 ; celle-ci délègue au Conseil d'État le pouvoir de juger lui-même et le transforme ainsi en une véritable juridiction compétente soit en premier et dernier ressort, soit par la voie de l'appel des décisions des conseils de préfecture, à l'égard de l'ensemble du contentieux suscité par l'action de l'administration.

Plus tard, une évolution de même nature transformera les conseils de préfecture en juridictions indépendantes à l'égard de l'administration, faisant de ceux-ci les ancêtres de nos actuels tribunaux administratifs.

B. La signification du droit administratif

La signification du droit administratif n'est pas la même au début et à la fin de la période historique au cours de laquelle s'est formé le système administratif français.

Il est incontestable qu'au début de la période que nous envisageons, c'est-à-dire au début de la Révolution, la volonté des gouvernants est de soustraire l'administration au contrôle du juge judiciaire et à l'application du droit commun ; le législateur révolutionnaire est pénétré de l'idée que l'État, par nature transcendant par rapport à la société, ne peut être régi par le droit commun ; il lui faut un droit spécial, dérogatoire ; ceci aboutit à une conception particulièrement extensive du champ d'application de ce droit ; échappent en effet au droit commun et à l'intervention du juge ordinaire, les actes de l'administration dont un arrêté du Directoire rappelle qu'au sens des textes fondant la séparation des autorités judiciaires et administratives, ils doivent s'entendre de « toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement, par ses agents immédiats et avec les fonds fournis par le trésor public ».

Cette définition dépassait largement le cadre de la notion juridique et formelle de l'acte administratif pour englober toutes les opérations matérielles entreprises par l'administration.

Cette conception excessive fut vivement contestée par les libéraux et par les magistrats de l'ordre judiciaire, qui dénoncèrent, à l'instar du procureur général près la Cour de cassation en 1816, « ces idées bizarres qui répugnent à toutes les notions reçues » et qui ont pour résultat de transformer en actes administratifs « des baux, des transactions, des contrats quelconques » échappant à ce titre à la connaissance des tribunaux ordinaires et à l'application du droit commun !

Un siècle plus tard, le fondateur de l'École du service public, le doyen Léon Duguit, écrira : « Des actes qui émanent des agents du gouvernement, et qui, comme tels, échappent au contrôle des tribunaux, voilà, en bref, quelle était la conception impérialiste de l'acte administratif. »

Mais au moment où il écrit, au début du vingtième siècle, la situation a fondamentalement changé. Le fondement et le champ d'application du droit administratif, sont désormais entièrement liés à la nécessité pour l'administration de faire appel à des règles spéciales pour assurer la gestion des services publics ; ces règles sont donc justifiées par leur nécessité pour atteindre un but : le fonctionnement du service public.

Dès lors qu'il n'y a pas de service public, le droit commun retrouve son empire ; mais il en va de même si la gestion du service public ne rend pas nécessaire l'appel aux règles spéciales du droit administratif : on aura recours dans ce cas à la gestion privée du service public.

Cette évolution a sans doute été rendue possible par les transformations des idées qui se sont opérées au cours du XIX^e siècle ; mais il faut insister fortement sur le fait que c'est le juge administratif qui en assurera la transcription en droit positif : c'est ce que l'on veut dire lorsque l'on affirme que le droit administratif français est principalement un droit jurisprudentiel. Mais ceci nous conduit à examiner les caractères du droit administratif.

SECTION III

LES CARACTÈRES DU DROIT ADMINISTRATIF

Le droit administratif présente trois caractères principaux : c’est un droit autonome, c’est un droit jurisprudentiel, c’est enfin un droit libéral.

§ 1 – LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT AUTONOME

L’autonomie du droit administratif signifie fondamentalement que l’administration ne saurait être soumise au droit commun parce que la spécificité de son action appelle des règles appropriées qui sont, au sens fort du terme, des règles de droit administratif. Cette autonomie repose sur un fondement qui a évolué (A) ; elle recouvre par ailleurs un contenu qu’il convient de préciser (B) et elle détermine le champ d’application du droit administratif (C).

A. Le fondement de l’autonomie

L’autonomie du droit applicable à l’administration résulte des textes révolutionnaires qui, d’emblée, ont fait échapper l’administration à tout contrôle du juge ordinaire et ainsi à toute possibilité de lui appliquer aisément et naturellement le droit commun.

Mais à cette époque cette autonomie trouve son fondement dans la conception du pouvoir administratif qui n’est que la transposition de la souveraineté de l’État.

Cette conception va profondément évoluer sous l’influence des réalités, qu’il s’agisse du mouvement des idées ou de l’action du juge et de l’administration elle-même.

Si le droit administratif est un droit autonome, c’est en raison de la finalité de l’action administrative qui est le service public. L’autonomie du droit administratif trouve ainsi un fondement rationnel dans les exigences de l’action administrative.

Les particularités du droit administratif ne sont que la conséquence de la spécificité de l'action administrative ; le droit administratif et la compétence du juge administratif qui va l'appliquer ont ainsi un fondement logique : le service public exige un droit spécifique et pour appliquer ce droit il faut un juge spécialisé. C'est ce que va affirmer le fameux arrêt Blanco, rendu par le tribunal des conflits créé en 1872 pour résoudre les conflits de compétence qui s'élevaient entre les juridictions administratives et judiciaires. Cette décision du 8 février 1873 (GAJA. 1) affirme que « la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier.

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés.

Que dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître. »

C'est en se fondant sur cette décision, qui n'était d'ailleurs pas la première rendue en ce sens par la juridiction administrative, et sur la jurisprudence postérieure, que va prospérer l'École du service public animée par le doyen de Bordeaux, Léon Duguit. Pour lui, le droit administratif c'est le droit des services publics, c'est-à-dire le droit qui trouve son fondement dans l'utilité sociale, dans l'intérêt général ; dans ces conditions il est normal de faire appel au juge administratif pour trancher les litiges nés du fonctionnement du service public sur la base des règles du droit administratif.

Face à ce courant doctrinal, une autre École connaissait aussi une certaine renommée ; il s'agit de l'École de la puissance publique dont le chef de file était le doyen de Toulouse, Maurice Hauriou. Pour ce dernier, le fondement du droit administratif se trouve dans le pouvoir de commandement dont disposent les autorités administratives pour atteindre les fins

d'utilité sociale qui justifient l'existence de l'État et de son administration.

Ce pouvoir de commandement c'est ce qu'Hauriou appelle la puissance publique, caractéristique essentielle de l'action administrative qui se distingue ainsi de l'action des particuliers.

La jurisprudence et les courants de la pensée doctrinale du début du XX^e siècle, sembleront donner raison à l'école du service public ; l'un des grands arrêts de cette époque en témoigne rendu sur les conclusions éclairantes du commissaire du gouvernement Romieu qui écrivait : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux..., constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative... Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers, ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative... » (CE Terrier, 6 février 1903, GAJA. 72).

Aujourd'hui, cette querelle d'école est dépassée dans la mesure où il apparaît clairement non seulement de façon théorique, mais aussi à travers la jurisprudence, que les deux idées de service public et de puissance publique, loin d'être antinomiques, sont profondément complémentaires ; l'une, le service public, se rattache au domaine des fins de l'action administrative, tandis que l'autre, l'idée de puissance publique, relève de l'ordre des moyens.

B. Le contenu de l'autonomie du droit administratif

Le contenu de l'autonomie du droit administratif revêt un double aspect : négatif et positif.

D'un point de vue négatif, l'autonomie du droit administratif signifie que, par principe, l'activité administrative ne peut pas être régie par les règles du droit privé ; c'est ce qu'a affirmé le tribunal des conflits dans la décision Blanco précitée.

Mais l'autonomie signifie, positivement, que la spécificité de l'action administrative, ou si l'on préfère du service public, appelle des règles appropriées : c'est en quelque sorte l'action administrative elle-même qui secrète le particularisme des règles applicables. Ceci revient à dire que l'application du droit administratif ne sera justifiée que par les nécessités de l'action administrative. Au XIX^e siècle, on a fait reposer l'autonomie du droit administratif sur une théorie qui distinguait les actes d'autorité et les actes de gestion ; les auteurs faisaient valoir que lorsqu'elle usait de ses prérogatives, l'administration se comportait d'une façon irréductible au comportement des personnes privées et devait par conséquent être soumise à un droit spécial ; en revanche lorsque l'autorité administrative effectuait des actes de gestion, notamment lorsqu'elle passait des contrats, elle était assimilable à n'importe quel particulier ; ses actes pouvaient alors être régis par le droit privé. Cette théorie a été critiquée car on a fait observer qu'un certain nombre d'actes de gestion étaient indispensables pour le fonctionnement des services publics et ne pouvaient donc pas être soumis au droit privé ; la théorie va donc être abandonnée à la fin du XIX^e siècle. Elle va être remplacée par la distinction gestion publique-gestion privée du service public présentée par le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions pour l'arrêt Terrier (précité) ; celui-ci faisait valoir en effet la nécessité de « réserver les circonstances où l'administration est réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions ». Et Romieu proposait de désigner par l'expression « gestion privée » les procédés juridiques correspondant à ces situations par opposition à la « gestion publique » constituée par les situations normales, faisant appel aux règles du droit administratif et à la compétence du juge administratif.

Mais alors que Romieu n'envisageait le recours à la gestion privée du service public que comme une exception, celle-ci a pris de nos jours une ampleur considérable au point d'appar-

raître comme le procédé normal de gestion de certains services publics, les services publics industriels et commerciaux.

On ajoutera enfin que l’autonomie du droit administratif a reçu en quelque sorte une consécration constitutionnelle ; en effet, chaque fois que la nature de l’action administrative impose le recours à des procédés de gestion publique et à la compétence administrative, il n’est pas possible d’y déroger ; c’est ce qui résulte d’une décision du Conseil constitutionnel du 31 janvier 1987 qui confère au principe de séparation des autorités judiciaires et administratives la qualité de principe fondamental reconnu par les lois de la République ; en vertu de ce principe, « à l’exception des matières réservées par nature à l’autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l’annulation ou la réformation des décisions prises dans l’exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur tutelle ».

C. Le champ d’application du droit administratif

Sans entrer dans le détail de l’application respective de la gestion publique et de la gestion privée, il est d’ores et déjà possible d’indiquer de façon générale quel est le champ couvert par l’une et l’autre.

La gestion publique est utilisée dans deux types de situations. Elle s’applique en effet à des situations qui sont sans équivalent dans les rapports entre personnes privées ; l’administration exerce le pouvoir de police, elle peut poser les règles nécessaires au fonctionnement des services publics, elle peut réquisitionner les biens ou les personnes, elle peut exproprier, elle dispose du pouvoir de prendre des décisions unilatérales qui s’imposent à leurs destinataires ; dans tous ces cas, on peut parler d’un droit de la puissance publique qui comporte d’ailleurs aussi des obligations à la charge de l’autorité administrative.

Mais la gestion publique couvre aussi des situations que l'on rencontre dans les rapports entre particuliers mais qui sont si étroitement liées au fonctionnement des services publics qu'elles ne peuvent être régies par les règles du droit privé ; il s'agit par exemple de la gestion patrimoniale des collectivités publiques, de leurs contrats, des personnels qu'elles emploient ou de la responsabilité qu'elles peuvent encourir pour les dommages causés par leurs activités. Dans tous ces cas, il sera le plus souvent fait appel aux règles du droit administratif destinées à tenir compte des exigences du bon fonctionnement du service public qui doivent être conciliées avec les droits des particuliers.

Quant à la gestion privée, elle est constituée par le recours aux règles du droit privé chaque fois que les situations en cause n'appellent pas de règles spéciales ; ces situations sont relativement peu nombreuses dans le fonctionnement des services publics administratifs ; en revanche, elles constituent le principe pour la catégorie des services publics industriels et commerciaux qui se sont multipliés avec le développement de l'interventionnisme des collectivités publiques. En définitive, s'il est difficile de quantifier le résultat de cette évolution, on peut dire cependant qu'aujourd'hui une part très importante de l'activité des collectivités publiques et des organismes qui en dépendent est soumise au droit privé et relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

§ 2 – LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT JURISPRUDENTIEL

C'est une des particularités les plus remarquables du système administratif français que de reposer, pour l'essentiel, sur des principes qui ont été élaborés par le juge. En effet, en dehors du principe de séparation des autorités judiciaires et administratives qui fut posé par le législateur révolutionnaire, l'essentiel des principes de base du droit administratif a été forgé par l'action du juge : le recours en annulation pour excès de pouvoir, le régime juridique des contrats ou celui de la responsabilité de la puissance publique etc. sont l'œuvre de la jurisprudence.

L'avantage de ce mode de production du droit administratif a été maintes fois souligné. Le juge a pu adapter ses décisions aux circonstances et aux particularités changeantes de l'action administrative ; empirisme, caractère évolutif de la solution jurisprudentielle, adaptation de la décision à ce que l'on peut appeler le « seuil de tolérance administrative » afin d'en favoriser la réception par l'administration, tels semblent avoir été, notamment au XIX^e siècle, la marque de l'intervention du juge soucieux de tenir un compte aussi égal que possible des nécessités de l'action administrative et de la protection des intérêts des administrés.

Le rôle du juge administratif a été d'autant plus important qu'il lui a fallu, à l'époque contemporaine, étendre son action dans deux dimensions pour tenir compte de l'évolution de l'intervention de l'administration et de l'évolution des idées relatives aux exigences de l'État de droit.

Le juge administratif a dû approfondir son contrôle afin d'améliorer l'assujettissement de l'administration à la règle de droit, ce qui paraissait d'autant plus important que les autorités administratives se voyaient attribuer de nouveaux pouvoirs à la faveur du développement de l'interventionnisme économique et social, pouvoirs qu'il fallait contrôler.

Il demeure que des voix se sont fait entendre pour poser la question de savoir si le droit administratif doit rester indéfiniment jurisprudentiel (G. Vedel).

L'avantage de souplesse, d'adaptabilité du droit administratif, qui découle de son mode de production, présente un inconvénient sur lequel on ne s'arrête généralement pas, ou pas suffisamment : c'est l'incertitude quant à la permanence de la règle que le juge peut estimer inadaptée et qu'il peut être tenté de modifier ; on parlera alors de revirement de jurisprudence pour désigner ce qui n'est en pratique qu'un changement de la règle applicable à une situation juridique entièrement formée à une époque où la règle applicable était connue ; la question est donc posée de savoir s'il vaut mieux réserver les capacités

d'adaptation de la règle en maintenant le caractère jurisprudentiel du droit administratif, ou s'il ne vaut pas mieux privilégier la sécurité juridique en procédant à une codification des principes fondamentaux du droit administratif dégagés par bientôt deux siècles de création jurisprudentielle. Quoi qu'il en soit de ce débat, il faut en retenir que l'originalité profonde du droit administratif réside dans son caractère non écrit et dans la part fondamentale que le juge a pris dans sa formation.

§ 3 – LE DROIT ADMINISTRATIF EST UN DROIT LIBÉRAL

Cette affirmation semble aller de soi aujourd'hui où l'on célèbre volontiers les conquêtes de l'État de droit que le juge, ouvrant d'ailleurs souvent la voie au législateur, a réussi à imposer au pouvoir administratif : le système français de protection des administrés contre l'administration semble particulièrement complet même s'il n'est pas absolument parfait.

Mais ce qu'il convient de souligner c'est qu'il s'agit là de l'aboutissement d'une longue évolution dont le point de départ était bien différent.

En effet, le droit administratif, à ses origines, est un droit principalement conçu pour permettre à l'État d'assurer des fonctions qui sont les fonctions de souveraineté ; lorsque le législateur révolutionnaire proclame l'autonomie du pouvoir administratif, il est essentiellement préoccupé d'assurer une protection à l'autorité administrative, et non pas à l'individu qui est ravalé au rang d'administré ; celui-ci est placé dans une situation d'inégalité face au pouvoir administratif qui se manifeste principalement par l'exercice du pouvoir de commandement : le droit administratif est alors, au sens fort du terme, le droit de la puissance publique, un droit autoritaire.

Ce caractère du droit administratif subsiste pour partie dans le droit administratif moderne, car il est essentiel que l'autorité administrative puisse prendre les décisions nécessaires à la gestion des affaires publiques.

Mais ce caractère autoritaire, et les prérogatives dont bénéficie l'administration, sont aujourd'hui compensés par un contrôle très poussé du juge sur l'action administrative.

Le juge tente, dans l'exercice de ce contrôle, de concilier les nécessités de l'action administrative avec le respect des droits des particuliers selon la formule traditionnellement utilisée ; mais cette formule ne rend pas compte du fait que la conception que l'on se fait de nos jours des droits des particuliers est beaucoup plus exigeante, ce qui, par voie de conséquence, a eu pour effet de conduire le juge à approfondir son contrôle de l'action administrative.

Ceci s'est traduit par l'affermissement du principe de légalité et le contrôle de plus en plus poussé des actes de l'administration, par l'obligation de respecter un certain nombre de principes, les principes généraux du droit, même en l'absence d'un texte écrit en imposant le respect ; mais cette volonté de protéger de façon efficace l'individu face à l'administration, s'est également manifestée par le développement de la responsabilité civile des collectivités publiques qui a pratiquement fait disparaître les cas d'irresponsabilité, alors même que le principe originaire était celui de l'irresponsabilité de la puissance publique.

Cette action du juge qui a eu pour effet de libéraliser le droit administratif, rencontre cependant une limite ; celle-ci résulte de ce que l'action administrative a en vue l'intérêt général à travers le fonctionnement des services publics ; s'il n'est pas question de sacrifier l'individu et ses droits face au pouvoir administratif, il ne saurait non plus être question d'imposer à l'administration l'observation de contraintes qui auraient pour effet de paralyser son action.

C'est dire que le caractère libéral du droit administratif résulte d'un effort de conciliation permanente des prérogatives de l'administration et des droits des administrés auquel sont conviés tous ceux dont dépend la formation et l'évolution du droit administratif. Le législateur, le juge ou l'autorité admi-

nistrative, doivent mettre sur le même plan les nécessités de l'action administrative et le respect des droits et libertés des individus. Si ces derniers ne doivent pas être systématiquement sacrifiés au nom de l'intérêt général, celui-ci ne peut pas non plus être mis en péril du fait d'une mise en question de « l'exorbitance du droit administratif » à laquelle on assiste parfois aujourd'hui.

Cette conciliation est certes difficile ; en témoignent les critiques qui ont été rituellement dirigées contre les prérogatives que conserve l'autorité administrative, qu'il s'agisse de l'absence d'une obligation générale de motiver les décisions administratives, de l'insuffisance réelle de la jurisprudence sur le sursis à exécution des décisions administratives, ou bien encore de l'absence de voie d'exécution à l'encontre de l'autorité administrative, notamment lorsque celle-ci refuse d'exécuter les jugements qui la condamnent. Le législateur a partiellement répondu à ces critiques en créant, par exemple, le référé suspension (art. 5 de la loi du 30 juin 2000) ou bien encore le référé liberté (art. 6 de la même loi). De même la loi du 8 février 1995, a renforcé les moyens d'obtenir l'exécution des décisions des juridictions administratives par l'administration, en permettant au juge administratif de lui adresser des injonctions assorties d'astreintes. Tout ceci montre bien, en tout cas, que si le caractère libéral du droit administratif est aujourd'hui incontestable, la conquête de l'État de droit n'est jamais une œuvre achevée et qu'il subsiste des lacunes, ou des imperfections, que l'action conjuguée du législateur, du juge et de l'administration peut permettre de combler.

Que l'on se trouve sur la voie qui y conduit ne semble pas faire de doute aux observateurs les plus attentifs de l'administration et de son juge qui pensent que le droit administratif est aujourd'hui plus qu'hier, « un droit des libertés publiques » et que le juge administratif tend à se comporter comme une « juridiction des droits de l'homme » (R. Chapus).

Nous présenterons l'action administrative en trois parties :

Première partie : le principe de légalité.

Deuxième partie : les activités de l'administration.

Troisième partie : les actes de l'administration.

PREMIÈRE PARTIE

LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Pourquoi commencer l'étude du droit administratif par la présentation du principe de légalité ? À cette question, la réponse est évidente : parce qu'il s'agit d'un principe fondamental qui commande toute l'action administrative.

On n'insistera jamais assez sur l'idée que l'un des progrès majeurs de l'organisation sociale est constitué par le passage de l'État de police à l'État de droit dont le principe de légalité est un élément essentiel : les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne s'y étaient pas trompés lorsqu'ils affirmaient que la loi, expression de la volonté générale, doit être la même pour tous.

Ce qu'ils condamnaient c'étaient l'État de police qui, dans la terminologie juridique, désigne une situation dans laquelle le pouvoir agit sans qu'une règle préalablement établie trace le contour de ce qu'il peut faire et de ce qui lui est interdit.

Dans l'État de police, le pouvoir n'est pas limité par la règle de droit ; il se limite lui-même, parce qu'il le veut bien : c'est le système de l'autolimitation du pouvoir dans lequel l'individu n'a aucun droit et aucune garantie face à l'État et à son administration. Au contraire, dans l'État de droit, le pouvoir ne peut agir que si une règle préétablie le lui permet et dans la seule mesure où elle le lui permet. La règle préétablie et connue de tous, constitue une garantie essentielle pour l'individu dont

les droits et la liberté sont ainsi consacrés. C’est en ce sens que l’idéologie libérale constitue la base de l’État de droit et du principe de légalité.

Mais l’affirmation du principe de légalité n’est pas à elle seule suffisante pour faire passer dans la réalité administrative quotidienne toutes les conséquences de la soumission de l’administration au droit ; il faut la compléter par un mécanisme de contrôle ; et c’est alors qu’apparaît toute l’importance du juge administratif auquel on doit la généralisation du principe de légalité à l’ensemble de l’action administrative ; cette mission du juge n’est d’ailleurs pas achevée car elle doit se poursuivre parallèlement à la croissance des pouvoirs de l’administration.

Pour comprendre ce que signifie l’affirmation selon laquelle l’administration est soumise à la règle de droit, il faut répondre à quatre questions.

Quel est le contenu de la légalité, c’est la première question qui concerne ce que l’on a qualifié de « légalité objet » (Ch. Eisemann). Identifier ce contenu de la légalité objet implique que l’on se penche sur les sources de la légalité (chapitre I).

Que signifie pour l’autorité administrative l’obligation de respecter la règle de droit ? Quel est le contenu de cette obligation, c’est la question de la « légalité rapport » (chapitre II).

Quelles sont les limites et les contrepoids de la légalité imaginés par le juge pour tenir compte, notamment, des circonstances dans lesquelles l’administration est appelée à agir (chapitre III).

On examinera enfin les diverses sanctions du principe de légalité dont dispose l’administré pour obliger l’autorité administrative à respecter la règle de droit (chapitre IV).

CHAPITRE I

Les sources de la légalité

Il convient d'observer que la légalité, contrairement à ce que suggère l'expression, ce n'est pas seulement l'ensemble des lois ; la légalité c'est beaucoup plus que cela ; la légalité, dans le sens où l'expression est utilisée traditionnellement, désigne l'ensemble des règles de droit qui s'imposent au respect de l'autorité administrative. Ces règles proviennent de diverses sources et ont une valeur différente selon la source dont elles sont issues. Il y a en effet une hiérarchie des sources de la règle de droit à laquelle correspond très largement la hiérarchie de ces règles elle-même. C'est ce que l'on pourra vérifier en examinant les deux grandes catégories de sources du droit : les sources écrites et les sources non écrites de la légalité.

Avant d'entrer dans l'examen de ces sources, on relèvera que les sources de la légalité administrative ne présentent pas d'originalité fondamentale par rapport aux sources des autres branches du droit tout au moins en ce qui concerne les sources écrites : en revanche, on verra que la source jurisprudentielle occupe une place particulièrement importante, ce que l'on peut déjà imaginer compte tenu de ce que l'on sait du droit administratif qui présente l'originalité d'être un droit largement jurisprudentiel.

SECTION I

LES SOURCES ÉCRITES DE LA LÉGALITÉ

On classera ces sources formelles de la règle de droit en quatre rubriques : la constitution, le traité, la loi et le règlement.

§ 1 – LA CONSTITUTION

La constitution représente la source la plus élevée dans la hiérarchie des sources de la règle de droit, car c’est elle qui fonde la compétence de toutes les autorités publiques, et parce qu’elle pose les principes fondamentaux de l’ordre juridique qui doivent gouverner leur action.

Sans qu’il soit besoin de développer ce point, on rappellera que la constitution détermine la compétence des autorités qui composent le pouvoir exécutif, président de la République et gouvernement, que c’est elle également qui, depuis 1958, assigne à la loi un domaine déterminé en dehors duquel le pouvoir réglementaire a une compétence exclusive.

Mais en ce qui concerne les principes fondamentaux de l’ordre juridique, la suprématie constitutionnelle a, pendant longtemps, été plus théorique que réelle ; jusqu’en 1958, il n’existait pratiquement aucun contrôle de constitutionnalité des lois ; en outre, un doute pesait sur la valeur juridique du préambule de la constitution, doute d’autant plus paradoxal que celui-ci proclamait les principes fondamentaux du régime politique et administratif.

Ces deux hypothèques sont aujourd’hui levées.

Tout d’abord, la création du Conseil constitutionnel a permis d’exercer un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi ; l’élargissement de sa saisine en 1974 a multiplié les occasions, et donc les possibilités de mettre en œuvre son contrôle.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a pris parti sur la valeur juridique du préambule dans une décision du 16 juillet 1971.

Désormais les dispositions du préambule ont pleine valeur constitutionnelle et s'imposent au législateur ; cette décision est d'autant plus importante que le préambule de la constitution de 1958 intègre par référence, celui de la constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Toutefois, seul le Conseil constitutionnel a compétence pour censurer la loi ; s'il ne l'a pas fait parce qu'il n'a pas été saisi, la loi promulguée s'imposera au juge administratif, même si elle est contraire à la Constitution.

Le Conseil d'État a sans doute qualité pour faire respecter la constitution par l'autorité administrative ; il a même fait obligation à l'administration de respecter les dispositions du préambule dès 1960 dans un arrêt Société Eky (12 février 1960, R. 101).

Mais si l'acte administratif est pris sur le fondement de la loi inconstitutionnelle, il ne se reconnaît pas le droit de le censurer, car cela reviendrait à censurer la loi, ce qui n'entre pas dans sa compétence de juge administratif : la loi fait en quelque sorte écran entre la règle constitutionnelle et l'acte administratif.

Quoi qu'il en soit, le rôle du Conseil constitutionnel dans le renforcement de la suprématie effective de la règle constitutionnelle a été déterminant, notamment du fait qu'il a « explicité » la formule du préambule de la Constitution de 1946 qui proclamait les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ; à ce titre, ont été reconnus avec une telle valeur, le droit d'association (1971), la liberté de l'enseignement (1977), les droits de la défense (1976), l'indépendance de la juridiction administrative (1980), le domaine réservé à la juridiction administrative (1987), etc. Bien plus, le Conseil constitutionnel a même reconnu valeur constitutionnelle au principe de continuité du service public (1979) qui est sans aucun doute un principe fondamental pour le service public, mais qui ne figure dans aucun texte écrit auquel pourrait être reconnue une nature constitutionnelle.

Le Conseil d'État quant à lui, mais aussi toutes les juridictions administratives, fait respecter les normes constitutionnelles par les autorités administratives dès lors qu'il n'y a pas de loi écran. Il veille non seulement au respect des règles de compétence, par exemple en s'assurant que le pouvoir réglementaire n'a pas empiété sur le domaine de la loi, mais aussi à celui des grands principes qui sont au fondement de l'ordre juridique républicain.

C'est ainsi qu'il a décidé que constituait un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe selon lequel l'extradition d'un étranger doit être refusée lorsqu'elle est demandée dans un but politique (CE. Ass. 3 juillet 1996, Koné, GAJA. 757).

§ 2 – LE TRAITÉ

Depuis la Constitution de 1946, il est de principe que les traités régulièrement ratifiés ou approuvés, ont « une autorité supérieure à celle des lois », sous réserve de réciprocité ; l'article 55 de la Constitution de 1958 a conservé ce principe qui gouverne ce que l'on appelle la réception du traité dans le droit interne.

Le juge administratif en a déduit l'obligation pour l'administration de respecter les dispositions des traités qui font ainsi partie de la légalité (CE 30 mai 1952, Dame Kirkwood, RDP 1952. 781).

En revanche la Haute Juridiction décide que la supériorité du traité sur la loi résultant de l'article 55 de la Constitution « ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle » (CE. Ass. 30 octobre 1998, Sarran et autres, GAJA. 789).

L'application du traité par le juge administratif a cependant pendant longtemps posé un problème lorsque l'acte administratif contesté devant lui trouvait son fondement dans une loi contraire au traité, mais postérieure à celui-ci.

Le juge acceptait en effet d'écarter l'application de la loi antérieure au traité en estimant que du fait de l'article 55 de la constitution, elle avait été implicitement abrogée.

En revanche, la manifestation de la volonté du législateur inscrite dans une loi postérieure au traité, lui paraissait s'imposer à lui, bien que contraire au traité et donc à la constitution ; il estimait en effet que, juge de l'administration, il ne l'était pas de la loi. On aura reconnu la théorie de la loi écran, entre la constitution et le traité d'une part et l'acte administratif d'autre part.

Cette position consacrait une divergence entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation à propos du droit communautaire européen.

Alors que la Cour de cassation faisait prévaloir le traité sur toutes les lois même postérieures, Cass. 24 mai 1975, Société des cafés J. Vabre, (AJDA 1975. 567), le Conseil d'État refusait de censurer des actes administratifs pris sur la base d'une loi contraire aux dispositions des traités et du droit communautaire dérivé, mais postérieure à l'entrée en vigueur des règles qu'ils comportaient. (CE 1^{er} mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoule, AJDA 1968. 235). Cette contradiction entre la jurisprudence des deux plus hautes juridictions, était d'autant plus regrettable que la Cour de justice des Communautés avait estimé que les juridictions nationales ne pouvaient pas appliquer des lois contraires au droit communautaire, ce qui semble naturellement logique.

En définitive, le Conseil d'État, après une longue résistance, a modifié sa jurisprudence en décidant que le traité s'imposait à la loi dès lors que les conditions de l'article 55 de la Constitution étaient satisfaites, quelle que soit la date de la loi (Nicolo, 20 octobre 1989, GAJA. 695)

Cette position qui vaut pour les traités, vaut aussi pour le droit communautaire dérivé des traités qui ont fondé la communauté ; c'est ainsi que le Conseil d'État écarte l'application d'une loi contraire à un règlement communautaire qui, en

vertu des traités, s’impose aux États membres dans toutes ses dispositions (Boisdet, 24 septembre 1990, AJDA 1990. 906).

S’agissant des directives, la position du Conseil d’État a évolué ; la directive communautaire n’est en principe obligatoire que pour les objectifs qu’elle fixe, les États membres restant maîtres de la détermination des modalités de leur réalisation. Le Conseil d’État en avait déduit qu’en elle-même, les directives ne pouvaient avoir d’effet en l’absence des actes définissant les modalités de leur application (Cohn Bendit, 22 décembre 1978, GAJA. 648).

Le Conseil d’État a reconnu une force juridique obligatoire aux directives, même en l’absence d’un acte juridique interne développant les modalités de son application. Il annule un règlement contraire aux objectifs contenus dans une directive (Compagnie Alitalia, 3 février 1989, GAJA. 685) et, dans un arrêt d’Assemblée du 28 février 1992, (SA Rothmans International, AJDA 1992, 224), il affirme que la loi elle-même doit respecter les objectifs fixés par une directive communautaire.

On peut naturellement s’interroger – et s’inquiéter – sur les conséquences de cette jurisprudence sur la compétence du parlement dans la confection de la loi ; mais tel est, sans conteste possible, le droit positif tel qu’il découle des principes constitutionnels.

C’est d’ailleurs ce qu’a confirmé le Conseil Constitutionnel qui a décidé que « la transposition en droit interne d’une directive communautaire, résulte d’une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu’en raison d’une disposition expresse contraire de la Constitution » (CE 10 juin 2004).

Une dernière question concerne le problème de l’interprétation du traité.

Traditionnellement, le juge administratif renvoyait au ministre des Affaires étrangères les questions concernant la signification des dispositions des traités au motif, implicite, qu’ayant suivi

la négociation de ceux-ci, il était le mieux placé pour dire quelle en était la signification exacte.

Cette position a été abandonnée par le Conseil d'État dans un arrêt *Gisti*, 29 juin 1990, (AJDA 1990. 621 et GAJA. 714). La Haute Juridiction s'estime désormais compétente pour interpréter elle-même les traités, ce qui ne lui interdit naturellement pas de demander son avis au ministre des Affaires étrangères si cela lui paraît nécessaire.

En revanche, s'agissant du droit communautaire, et en vertu d'une disposition expresse des traités, c'est la Cour de justice des Communautés qui est compétente pour interpréter les dispositions litigieuses si une difficulté sérieuse se révèle.

C'est ce qui conduit le juge administratif à déclarer illégales les mesures d'application d'une loi contraire à l'interprétation qu'en donne la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) (CE. Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique de Saône et Loire*, GAJA. 821).

On observera que le point de savoir s'il y a une difficulté sérieuse pour déterminer le sens d'une disposition du droit communautaire relève du juge saisi ; s'il estime que la disposition litigieuse a un sens clair, il imposera sa propre interprétation (CE Ass. *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, 27 juillet 1979, AJDA 1979. 36).

§ 3 – LA LOI

La loi a connu une profonde évolution depuis la période révolutionnaire où, définie comme « l'expression de la volonté générale », elle était considérée comme un « acte initial et inconditionné » dont le domaine était illimité.

On sait que cette suprématie de la loi, conjuguée avec la souveraineté parlementaire, a conduit à la paralysie de la fonction législative ; le parlement ne pouvant assumer la confection de lois de plus en plus nombreuses qu'appelait le développement de l'interventionnisme de l'État, il procéda à la délégation du pouvoir législatif. Bien que la Constitution de 1946 ait prohibé

de telles délégations et le recours aux décrets-lois, on vit rapidement réapparaître des pratiques voisines avec la loi du 17 août 1948 et la « délégalisation » des lois régissant certaines matières ; celles-ci pouvaient désormais être modifiées par décret ; puis le parlement eut de nouveau recours à la délégation du pouvoir législatif.

La Constitution de 1958 va tirer les conséquences de cette situation en décidant que la loi serait désormais cantonnée dans un domaine défini par la Constitution elle-même. Par ailleurs, elle consacre la possibilité de permettre par une loi d'habilitation l'édiction par le gouvernement de mesures portant sur des matières législatives et ayant valeur législative : ce sont les ordonnances de l'article 38. Ainsi, lorsque l'on parle de la loi, on désigne des actes divers dont les seuls caractères communs sont la force législative et l'objet législatif. Il existe tout d'abord les lois proprement dites.

Ces lois se définissent matériellement par le domaine sur lesquelles elles portent, et, formellement, par la procédure variable de leur élaboration. On mentionnera les lois référendaires (article 11), les lois organiques (article 46), les lois de finances (article 34 *in fine*), les lois ordinaires (articles 34 et 45).

On rencontre en deuxième lieu des actes exécutifs ayant valeur législative.

Ce sont les décisions du président de la République prises dans le domaine de la loi sur la base de l'article 16 ; ces décisions ont, dès leur édition, valeur législative, car la mise en application de l'article 16 emporte transfert du pouvoir législatif au président de la République (CE Rubin de Servens, 2 mars 1962, GAJA. 550).

Ce sont également les ordonnances de l'article 38 dès lors qu'elles ont été ratifiées par le parlement ; mais ces ordonnances demeurent des actes administratifs tant que leur ratification n'est pas acquise. Par assimilation, le Conseil d'État considère que les ordonnances prises dans le domaine de la loi sur la base d'une habilitation contenue dans une loi référen-

daire, ne peuvent acquérir valeur législative qu'à l'issue d'une ratification par le parlement (Canal, 19 octobre 1962, GAJA. 560).

On rappellera que le respect du domaine de la loi est assuré à l'égard du parlement par les prérogatives du gouvernement qui peut s'opposer à la discussion d'un texte qui méconnaîtrait ces limites et par la saisine du Conseil constitutionnel.

§ 4 – LE RÈGLEMENT

Le règlement est un acte général et impersonnel comme la loi. Il se distingue des actes individuels et des actes particuliers que peut prendre l'autorité administrative et l'on verra que cette distinction emporte de nombreuses conséquences sur le régime juridique et contentieux de ces différents actes.

Ici, on s'attachera à trois questions qui touchent la détermination du domaine du règlement, les titulaires du pouvoir réglementaire et enfin la valeur juridique respective des différents actes réglementaires.

A. La détermination du domaine du règlement

Dans la conception initiale de la fonction normative, seule le législateur est habilité à poser des règles générales ; l'exécutif n'a qu'un rôle de pure exécution ; cette conception irréaliste, inscrite dans la Constitution de 1791, ne résistera pas à l'épreuve des faits. Très rapidement, l'exécutif se verra reconnaître le pouvoir de compléter la loi par des mesures générales nécessaires à son application. C'est ainsi qu'apparaît le pouvoir réglementaire dérivé : le règlement dérivé s'appuie sur la loi dont il procure l'exécution sans pouvoir la contredire ni la modifier.

Mais il fallut aller plus loin et c'est ce que fit le Conseil d'État en reconnaissant aux autorités administratives le pouvoir de prendre dans certaines conditions, des mesures générales en l'absence d'une loi le permettant.

Dans un arrêt Labonne du 8 août 1919 (GAJA. 225), le Conseil d'État décide qu'il « appartient au chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent, en tout état de cause, être appliquées sur l'ensemble du territoire... ».

Le Conseil d'État a également reconnu aux chefs de service un pouvoir réglementaire autonome à l'égard de l'organisation et du fonctionnement des services placés sous leur autorité. Il leur appartient à cet effet de prendre les mesures nécessaires pour qu'à toute époque les services publics institués par les lois et les règlements soient en état de fonctionner (Jamart, 7 février 1936, GAJA. 313).

C'est ce pouvoir réglementaire autonome dont le législateur, par la loi du 17 août 1948, étendit le domaine en énumérant des matières qui, disait-il, relevaient par leur nature du domaine réglementaire. La Constitution de 1958 va institutionnaliser ce pouvoir en décidant que tout ce qui ne rentre pas dans le domaine de la loi tel qu'il résulte de l'article 34, relève du pouvoir réglementaire.

B. Les titulaires du pouvoir réglementaire

En ce qui concerne l'État, les titulaires du pouvoir réglementaire sont désignés par la constitution.

C'est en principe le Premier ministre qui exerce le pouvoir réglementaire aussi bien en ce qui concerne le pouvoir réglementaire dérivé qu'en ce qui concerne le pouvoir réglementaire autonome.

Toutefois, c'est le président de la République qui signe les décrets délibérés en Conseil des ministres (CE Ass. 10 septembre 1992, Meyet, R. 327). Ces décrets ne peuvent alors être modifiés qu'en suivant les mêmes formes.

Les décrets délibérés en Conseil des ministres sont contresignés par le Premier ministre et les ministres responsables ; les décrets du Premier ministre sont contresignés par les ministres chargés de leur exécution.

Les ministres n'ont pas en principe de pouvoir réglementaire. Toutefois, ils peuvent en être investis dans deux cas : ils peuvent être habilités à exercer un pouvoir réglementaire soit par la loi, soit par un décret chaque fois que les dispositions des textes qu'ils doivent appliquer ne peuvent l'être qu'une fois précisées les modalités de leur mise en œuvre.

Le deuxième cas est celui qui entre dans les prévisions de l'arrêt Jamart : le ministre, comme tout chef de service, peut prendre les mesures nécessaires à l'organisation et au bon fonctionnement des services placés sous son autorité.

Une difficulté apparaît fréquemment du fait que les ministres doivent expliciter, pour leurs subordonnés, le sens des mesures législatives et réglementaires qu'ils doivent appliquer ; ils le font généralement par la voie de circulaires ou de directives ; mais ces actes ne peuvent ni modifier, ni contredire les textes applicables, ni leur ajouter des compléments qu'ils n'auraient pas prévus ; c'est la conséquence du fait que le ministre ne dispose pas du pouvoir réglementaire. Le Conseil d'État l'a affirmé dans un arrêt de principe, Notre-Dame du Kreisker du 23 janvier 1954 (R. 64) et l'a renouvelé dans sa décision du 18 décembre 2002, M^{me} Duvignères (CE. Sect., GAJA. 903) par laquelle il a substitué à la distinction des circulaires réglementaires faisant grief, seules susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et des circulaires seulement interprétatives, la distinction des circulaires impératives et des circulaires non impératives, les premières étant désormais considérées comme des actes faisant grief.

Un problème s'est également posé portant sur le point de savoir si le ministre pouvait indiquer dans des directives, les conditions dans lesquelles il entendait exercer les pouvoirs de prendre des décisions individuelles ou particulières qui lui étaient confiés lorsque ceux-ci reposent sur un large pouvoir d'appréciation discrétionnaire ; le Conseil d'État a estimé que, si rien n'interdisait la rédaction de telles directives, cela n'autorisait nullement l'autorité administrative à se fonder exclusivement sur elles pour prendre les décisions qu'elle

jugeait opportunes (Crédit foncier de France, 11 décembre 1970, GAJA. 593).

La directive n’est en somme qu’une indication relative à la méthode utilisée par l’administration lorsqu’elle aura à prendre une décision sur la base d’un examen particulier de l’affaire qui lui est soumise ; mais à la différence de ce qui découlait de l’arrêt de 1970, l’administration a aujourd’hui l’obligation de publier ces directives qui comportent une interprétation du droit positif en raison de la loi du 17 juillet 1978 relative à l’accès aux documents administratifs.

Les autorités déconcentrées de l’État disposent dans les mêmes conditions, du pouvoir réglementaire autonome au sens de l’arrêt Jamart, ainsi que d’un pouvoir réglementaire qui leur est expressément délégué par les textes qui régissent leurs attributions : ainsi en est-il des préfets de département et de région qui sont placés à la tête des services déconcentrés de l’État.

Les autorités locales disposent également d’un pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre les délibérations des assemblées locales. Mais en outre, dans le cadre de la commune, le maire est autorité de police municipale ; à ce titre, il lui appartient de veiller à ce que l’ordre public ne soit pas menacé ; il peut prendre les mesures nécessaires au maintien ou au rétablissement de l’ordre public dans ses différents aspects : tranquillité, salubrité, sécurité publiques. Le pouvoir réglementaire peut aussi être attribué à certaines autorités administratives spéciales : par exemple, la commission des opérations de bourse préparait des règlements qui, il est vrai, devaient être homologués par arrêtés du ministre des finances ; aujourd’hui (novembre 2003) l’Autorité des Marchés Financiers (AMF) issue de la fusion de la COB et du Conseil des marchés financiers, conserve cette compétence qu’elle peut exercer dans les mêmes conditions ; mais la Commission nationale informatique et liberté s’est vue reconnaître un pouvoir réglementaire qu’elle exerce en toute indépendance.

Les ordres professionnels ont parfois reçu de la loi le pouvoir de réglementation (Bouguen, 2 avril 1943, GAJA. 346).

On indiquera enfin que ce pouvoir réglementaire spécial peut aussi être attribué aux organismes privés qui gèrent un service public : tel est le sens de la décision du Tribunal des conflits reconnaissant à la société Air France le pouvoir d'édicter des mesures réglementaires dès lors que celles-ci ont pour objet l'organisation et le fonctionnement du service public ; il s'agit ici d'une extension aux organismes privés de l'arrêt Jamart (Société Air France c/époux Barbier, 15 janvier 1968, GAJA. 585).

C. Valeur juridique des règlements

La valeur juridique de l'acte réglementaire est sous la dépendance de deux éléments : la situation de son auteur dans la hiérarchie administrative et les conditions formelles qui ont présidé à son élaboration.

1. VALEUR DU RÈGLEMENT ET HIÉRARCHIE ADMINISTRATIVE

On doit observer préalablement que le règlement doit naturellement ne pas être en contradiction avec la loi s'agissant des décrets pris sur la base du pouvoir réglementaire dérivé ; quant aux décrets édictés en vertu du pouvoir réglementaire autonome, ils interviennent dans des domaines où le pouvoir législatif est incompétent sauf si sa compétence lui permet de poser les principes fondamentaux ou les règles régissant ces matières.

Il est vrai que la distinction matérielle du domaine et de la loi et du règlement n'a plus aujourd'hui la rigueur que lui avaient prêtée les premiers commentateurs de la Constitution de 1958. Quoi qu'il en soit, le règlement autonome doit respecter toutes les normes qui lui sont supérieures et notamment les principes généraux du droit (Syndicat des ingénieurs conseils, 26 juin 1959, GAJA. 519). Le principe hiérarchique gouverne par ailleurs la valeur juridique des règlements ; il signifie que le règlement émanant d'une autorité supérieure s'impose au respect des actes réglementaires édictés par les autorités inférieures.

Toutefois ce principe doit être nuancé.

Tout d'abord le juge admet que l'autorité inférieure peut toujours aggraver les exigences du règlement supérieur lorsque des circonstances de temps et de lieu le justifient ; en revanche, elle ne peut jamais en diminuer la rigueur (Commune de Nérès les Bains, 18 avril 1902, GAJA. 61).

En second lieu, le règlement s'impose au respect de son auteur lorsqu'il prend des mesures individuelles, ce qui résulte d'une règle de bon sens qui veut que l'on soit tenu de respecter les règles que l'on a posées. Mais le règlement s'impose aussi aux autorités supérieures lorsque celles-ci prennent des mesures individuelles : le ministre des finances ne peut refuser de liquider la pension d'un agent communal dès lors que ce dernier remplit les conditions découlant d'un statut élaboré par le conseil municipal (CE Commune de Clamart, 3 juillet 1931, R. 723), ce qui signifie que l'autorité supérieure doit respecter les compétences de l'autorité inférieure.

2. VALEUR DU RÈGLEMENT ET RÈGLES DE FORME

Les règlements, comme d'ailleurs tous les actes administratifs, sont le plus souvent soumis à des règles de forme qui président à leur élaboration ; c'est ainsi que l'on a diverses sortes de décrets selon les formes suivies lors de leur édicition ; aujourd'hui le règlement d'administration publique a disparu, mais il est remplacé par le décret en Conseil d'État ; si la consultation du Conseil d'État est obligatoire, il s'agira de décret pris sur avis du Conseil d'État. On sait par ailleurs que certains décrets doivent être délibérés en Conseil des ministres ; les autres sont de la compétence du Premier ministre.

Naturellement ces exigences formelles doivent être respectées pour l'édiction de ces règlements mais aussi pour leur modification ou leur abrogation en vertu du principe de parallélisme des formes. Ce principe concerne d'ailleurs non seulement les actes réglementaires, mais plus généralement tous les actes administratifs.

SECTION IILES SOURCES NON ÉCRITES DE LA LÉGALITÉ

Ces sources sont traditionnellement présentées en trois branches : la coutume, la doctrine et la jurisprudence.

L'importance de ces trois sources est naturellement variable. Mais l'on s'accorde généralement pour admettre que la place de la coutume est des plus limitées dans la formation des règles du droit administratif ; on peut admettre tout au plus que les pratiques administratives, du moins lorsqu'elles sont dotées d'une certaine permanence, constituent, pour l'administration, une sorte de règle de conduite qui lui fait obligation de s'y conformer, sauf à prendre formellement une décision contraire.

Quant à la doctrine, elle joue certainement un rôle important, mais seulement comme source matérielle du droit ; la pensée juridique, dans la mesure où elle reflète à une certaine époque les idéaux propres à l'état de la société, peut influencer non seulement sur la formation du droit écrit, législatif et réglementaire, mais aussi sur la formation du droit jurisprudentiel ; son rôle qui peut être important pour améliorer les techniques juridiques, va bien au-delà ; elle peut en effet contribuer à un réexamen des fondements de la règle de droit ; exerçant une fonction de réflexion sur le droit positif, décelant ses insuffisances, elle contribue à son amélioration ; elle est donc incontestablement une source intellectuelle du droit.

Il demeure que parmi les sources non écrites, c'est la jurisprudence qui est de loin la plus importante.

Le rôle spécifique du juge en droit administratif conduit à le présenter sous son aspect général : le juge exerce un pouvoir créateur de droit particulièrement développé en droit administratif.

Mais en outre, en raison des circonstances, le juge administratif a été amené à élaborer une théorie particulièrement précieuse pour la protection de l'individu : la théorie des principes généraux du droit.

§ 1 – LA JURISPRUDENCE COMME SOURCE DU DROIT

Le rôle créateur du droit tenu par le juge est quelque peu paradoxal étant donné le point de départ de notre système juridique ; en réaction contre la pratique des parlements d'Ancien Régime qui par leurs arrêts de règlement édictaient de véritables règles de droit, le législateur révolutionnaire avait formellement interdit au juge de poser des règles générales ; cette interdiction est d'ailleurs inscrite dans le code civil.

Mais une interprétation stricte de la séparation des pouvoirs conduisait à une conclusion identique : le juge doit se borner à appliquer la loi ; la fonction de production de la règle de droit appartient au pouvoir législatif et à lui seul, et c'est au nom de ce monopole qu'était contestée au pouvoir exécutif la possibilité d'édicter des règlements.

On sait que cette position rigoureuse n'a pas subsisté en ce qui concerne le pouvoir réglementaire de l'exécutif ; et dans une moindre mesure, le juge et tout particulièrement le juge administratif, a lui aussi, créé du droit.

Quelles sont les techniques utilisées par le juge, quelle est la valeur des règles jurisprudentielles ?

A. Les techniques d'expression du droit par le juge

Le juge administratif, comme les autres juges d'ailleurs, a pour mission de régler les litiges portés devant lui sur la base des règles de droit existantes. Sa liberté semble donc en principe limitée à l'application de la règle au cas particulier dont il est saisi ; en pratique cependant, sa liberté est souvent plus grande ; d'abord le sens de la règle peut n'être pas évident et le juge doit alors l'interpréter ; l'interprétation peut être restrictive, ou au contraire extensive. Le juge peut donc infléchir la règle dans le sens qu'il estime opportun.

Mais il est des situations où la règle présente des lacunes ; parfois même la règle fait défaut ; la liberté du juge, qui doit alors trancher, atteint sa plus grande dimension ; il lui appar-

tient de suppléer le silence de la règle écrite. Parfois, il le fait de façon implicite en appliquant une règle qu'il ne formule pas ; parfois au contraire il explicite la règle sur la base de laquelle il prend sa décision et, dans ce cas, il rend une décision de principe. S'il s'agit du Conseil d'État cette décision sera rendue par une décision solennelle, soit en Section, soit en Assemblée du contentieux.

Le rôle créateur du juge est diversement apprécié par la doctrine. Si tous les auteurs s'accordent pour reconnaître l'ampleur du pouvoir normatif de la jurisprudence, certains sont portés à s'en féliciter, tandis que d'autres le déplorent.

On a depuis longtemps insisté sur le rôle capital du juge administratif dans la formation des règles les plus importantes du droit administratif : on a dit que le juge administratif est un « juge qui gouverne » (J. Rivero) ; on a également montré que le rôle du juge était ambivalent dans la mesure où sa « politique jurisprudentielle » pouvait aussi s'analyser en une « jurisprudence politique » (P. Weil).

Mais d'autres auteurs vont au-delà de cette analyse pour estimer que, dans ces conditions, « la jurisprudence est une source abusive du droit » (O. Dupeyroux).

Ces analyses, et ces critiques, montrent bien, en tout cas, le rôle éminent du juge administratif dans la production de la règle de droit ; mais elles démontrent aussi que ce rôle est particulièrement délicat. Lorsqu'il crée le droit, le juge s'appuie sur l'ordre juridique existant et les principes qui le fondent dont il s'inspire ; mais dans l'appréciation à laquelle il se livre, il lui faut se garder de tout subjectivisme qui le conduirait à faire passer une opinion personnelle pour la conséquence logique déduite du droit positif.

On voit que la marge qui sépare l'interprétation stricte, du subjectivisme, peut parfois être très étroite, et il n'est pas sûr que le juge ne l'ait pas parfois franchie.

Cela ne suffit pas toutefois pour condamner un rôle qui correspond aussi à une nécessité, même si, ainsi qu'on l'a vu, certains

se sont interrogés sur la nécessité de codifier le droit administratif (G. Vedel), ce qui aurait nécessairement pour conséquence de diminuer, mais non de faire disparaître, le rôle créateur de droit du juge administratif.

B. La valeur de la règle jurisprudentielle

La règle jurisprudentielle n'a pas exactement la même valeur que la règle écrite parce que le juge n'est pas formellement investi du pouvoir normatif.

Cependant, la jurisprudence s'impose non seulement aux administrés, mais aussi aux autorités administratives.

Les décisions du juge sont en effet revêtues de l'autorité de la chose jugée. En outre, tous ceux qui sont confrontés à des problèmes qui ont déjà donné lieu à des décisions du juge auront naturellement tendance à se reporter à ces décisions pour établir leurs chances de faire triompher leur point de vue.

La règle jurisprudentielle acquiert ainsi une autorité d'autant plus incontestable que les décisions qui lui auront donné naissance apparaîtront mieux fondées.

Certes, le juge n'est pas lié par les décisions qu'il a rendues ; il peut toujours modifier sa jurisprudence même s'il le fait avec prudence afin de ne pas mettre en péril la sécurité juridique qui est tout aussi importante pour l'administration que pour les administrés. C'est pourquoi, malgré la souplesse qui lui est inhérente, la règle jurisprudentielle est dotée d'une permanence qui n'est pas moindre que celle qui s'attache aux règles de droit écrites.

Trois bons exemples de l'évolution récente de la règle jurisprudentielle illustrent cette attitude du juge : l'un est relatif à l'admission de la supériorité du traité sur la loi (Nicolo, Ass. 20 octobre 1989, précité). L'autre à la réparation du dommage, conséquence de « l'aléa thérapeutique » dans le cadre de la responsabilité sans faute qui est substituée à la responsabilité pour faute lourde (Bianchi, Ass. 9 avril 1993, RDP 1993, 1099). Le troisième, déjà rencontré, à la substitution de la distinction

circulaire impérative et non impérative (M^{me} Duvignères, précité) à celle qui résultait de l'arrêt Notre-Dame du Kreisker, entre circulaire réglementaire et circulaire interprétative. L'évolution dont témoignent ces décisions, ne s'est pas faite sans précaution et sans que le juge ait ménagé et, on peut le penser, mesuré tous les intérêts en cause.

§ 2 – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

C'est au lendemain de la deuxième guerre que, pour la première fois, le Conseil d'État affirme que l'administration, même en l'absence de texte lui en faisant expressément obligation, doit respecter certains principes qualifiés de « principes généraux du droit ».

La décision inaugurale semble être un arrêt Aramu du 26 octobre 1945 (Ass. R. 213).

Le nombre de ces principes va croître rapidement et donner lieu à l'élaboration d'une théorie des principes généraux du droit qui est sans doute l'une des plus fécondes, et des plus représentatives, du rôle du juge administratif et de l'inspiration libérale de sa jurisprudence.

La place des principes généraux du droit parmi les sources de la légalité soulève un certain nombre de questions : quels sont ces principes, quelle est leur origine, quelle est leur valeur ?

A. Les différents principes généraux du droit

Les principes généraux du droit sont nombreux et la jurisprudence n'est pas figée ; s'il n'est pas question de les énumérer tous, on peut cependant les regrouper autour d'un certain nombre d'idées maîtresses qui sont celles de la liberté, d'égalité et d'équité qui sont au fondement de l'ordre juridique républicain.

Les applications de l'idée de liberté sont relativement rares dans la mesure où les libertés individuelles et collectives ont fait l'objet de reconnaissances législatives ; ce n'est qu'en cas

d'insuffisance du statut législatif que le juge a recours au principe général du droit ; il reconnaît par exemple que la liberté de conscience est un principe général du droit, et qu'un acte accompli sous la contrainte n'a aucune valeur (Viboud, 29 juin 1949, R. 312).

Les applications de l'idée d'égalité à laquelle on peut assimiler celle d'impartialité, (CE. Ass. 3 décembre 1999, Didier, GAJA. 806) sont beaucoup plus nombreuses : l'arrêt inaugural en ce qui concerne le service public est un arrêt Société des concerts du Conservatoire, 9 mars 1951, GAJA. 431.

Le Conseil d'État consacre également le principe d'égalité devant l'impôt, les charges publiques, l'accès à la fonction publique, etc. Toutefois, le principe ne joue qu'entre des personnes qui se trouvent dans des situations comparables et à la condition, aussi, qu'un intérêt général ne justifie pas qu'une atteinte soit portée au principe.

On peut enfin regrouper autour de l'idée d'équité un grand nombre de principes généraux essentiels.

Tel est le cas du principe de non-rétroactivité (Société du journal l'Aurore, Ass. 25 juin 1948, GAJA. 396) ; l'existence du recours en annulation pour excès de pouvoir (Dame Lamotte, Ass. 17 février 1950, GAJA. 410), celle du recours en cassation (d'Aillères, Ass. 7 février 1947, GAJA. 385), le principe général des droits de la défense qui s'applique à toute décision prise en considération de la personne dès lors que la décision présente une certaine gravité et tend à remettre en cause une situation acquise, ou bien encore le respect des droits acquis et le principe de l'enrichissement sans cause qui ont été successivement, et à de nombreuses reprises, reconnus et appliqués par le juge.

D'autres principes ont été consacrés plus récemment : le principe de proportionnalité appliqué en matière d'expropriation (ministre de l'Équipement et du logement c/Ville nouvelle Est, Ass. 28 mai 1971, GAJA. 601), à l'égard de mesures de police portant atteinte aux libertés ou en matière disciplinaire dans la fonction publique.

On mentionnera aussi le principe selon lequel on ne peut licencier une femme en état de grossesse, ni rémunérer un agent à un niveau inférieur au SMIC.

Le Conseil d'État reconnaît également, comme principe général du droit, le droit pour un immigré vivant en France de mener une vie familiale normale, ou celui de n'être pas remis aux autorités de son pays d'origine pour un réfugié politique (Bereciartua-Echarri, Ass. 1^{er} avril 1988, R. 135, et CE., Ass. 3 juillet 1996, Koné, précité).

Même s'il ne s'agit plus de principes aussi fondamentaux que ceux qui ont été proclamés aux origines de cette jurisprudence, ces principes récemment explicités par le juge, montrent que celui-ci n'a pas fermé la porte à un enrichissement de la liste des principes que l'administration est tenue de respecter même dans le silence de la loi.

B. Les raisons de leur apparition

Le contenu de la liste des principes généraux du droit dont nous avons donné une illustration, montre que ces principes correspondent pour la plupart à ce qui est essentiel dans l'ordre juridique pour la protection de l'individu ; naturellement, étant donné ce caractère fondamental, on peut penser que le juge n'a pas attendu la fin des années quarante pour faire respecter ces principes.

De tout temps, en effet, le juge a fait appel à un certain nombre de principes non écrits qui servaient de base à ses décisions ; il puisait ces principes dans la philosophie politique qui, depuis la Révolution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, inspire le droit positif de la France.

De nombreuses décisions antérieures à 1940 ont fait respecter les principes d'égalité, de non-rétroactivité, de l'autorité de la chose jugée, ou bien encore celui de continuité du service public ou de liberté du commerce et de l'industrie.

Mais lorsqu'il appliquait ces principes, le juge ne les explicitait pas ; on a fait observer que ce laconisme se justifiait parce que

ces principes allaient de soi puisqu'ils étaient à la base du régime républicain et n'étaient contestés par personne ; on a également fait valoir que, conformément à une pratique plus que centenaire, le Conseil d'État avait choisi la discrétion dans son œuvre de construction du droit administratif, et qu'il manifestait une certaine réticence devant les affirmations de principe, surtout lorsqu'il s'agissait de poser comme règle positive des principes non écrits.

Mais la gravité des menaces et des atteintes aux droits et libertés qui se multiplient à partir de l'installation du régime de Vichy et la survenance de circonstances particulièrement troublées que va traverser la vie nationale, vont conduire le juge à changer d'attitude. Pour assurer de façon plus solennelle la protection de ces droits et libertés, le Conseil d'État va désormais formuler de façon expresse ce qui ne figurait jusqu'alors qu'en filigrane de ses décisions. On ne peut mieux faire pour illustrer cet état d'esprit nouveau de la Haute Juridiction, que de citer l'un de ceux qui ont participé, dès l'origine, à l'édification de cette construction jurisprudentielle et qui écrivait : « Il s'agit d'une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée pour des motifs supérieurs d'équité afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens » (T. Bouffandeau).

C. La valeur juridique des principes généraux du droit

Ce problème recouvre deux aspects : quelle est l'origine de leur force juridique et quelle est leur place dans la hiérarchie des règles de droit ?

1. – On écartera d'emblée l'idée que les principes généraux puissent avoir une origine coutumière, comme on l'a parfois prétendu, à la fois parce qu'ils sont tous récents, et surtout parce que ceux-là mêmes qui ont contribué à la formation de cette construction, affirment qu'ils n'a jamais été question de leur trouver un fondement coutumier. En fait, leur origine se trouve dans le pouvoir normatif de la jurisprudence.

Certes, le juge ne les crée pas *ex nihilo*, ce dont il se défend d'ailleurs ; il affirme que son rôle se borne à les « expliciter » ; on a dit que « le juge administratif... tend à soumettre l'ensemble de la vie publique française à une éthique dont il définit les éléments en dehors de tout texte écrit » (J. Rivero) ; il s'agit bien, au sens élevé du terme, d'une « jurisprudence politique » (P. Weil).

Le juge puise ainsi dans les principes de base de l'ordre juridique l'inspiration de la théorie des principes généraux du droit. Le fait que nombre de ces principes soient consacrés par des textes écrits de nature constitutionnelle ou législative, ne change rien à la méthode du juge : s'il existe un texte, le juge y fait référence et c'est ce qu'il fait depuis la Constitution de 1958 dont il vise fréquemment le préambule. Mais en l'absence de texte, il continue à imposer le respect de principes dont la force obligatoire découle bien de sa propre volonté.

On peut donc penser que la théorie des principes généraux du droit prend place à côté d'autres théories fondamentales du droit administratif dont l'origine se trouve incontestablement dans le pouvoir normatif de la jurisprudence.

2. – Quelle est la place des principes généraux du droit dans la hiérarchie des règles de droit ?

Pendant longtemps, on a reconnu aux principes généraux du droit une valeur législative ; celle-ci était d'ailleurs fréquemment consacrée expressément par le Conseil d'État lui-même ; un doute survint avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, certains analystes affectant de croire que les décrets pris sur la base de l'article 37 pourraient être affranchis de l'obligation de les respecter dès lors qu'il s'agissait de règlements autonomes pris dans des matières échappant à l'intervention du législateur.

Le Conseil d'État leva rapidement cette incertitude en décidant que le pouvoir réglementaire, même autonome, demeurerait soumis au respect des principes généraux du droit (Syndicat des ingénieurs-conseils, Sect. 26 juin 1959, GAJA. 519).

« Les principes généraux du droit qui résultent notamment du préambule de la Constitution s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de disposition législative » : le Conseil d'État devait appliquer cette règle aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution, à celles qui sont prises sur la base d'une habilitation référendaire, et même aux mesures d'application de l'article 16 prises dans des matières réglementaires.

Toutefois, dans l'arrêt *syndicat des ingénieurs-conseils*, le Conseil d'État, en visant les principes généraux du droit qui « résultent notamment du préambule de la Constitution », a soulevé la question de savoir si un certain nombre de ces principes n'avaient pas une valeur constitutionnelle ; c'est l'opinion soutenue par certains commentateurs estimant qu'en donnant une telle valeur à ces principes, le Conseil d'État aurait été soucieux « de défendre plus efficacement contre des menaces aggravées, un certain état de civilisation » (G. Braibant). Ce point de vue a été contesté par ceux qui pensent que reconnaître une telle valeur aux principes généraux du droit n'ajoute rien à la capacité du juge administratif de les faire respecter par l'autorité administrative : la nature de la mission du juge administratif et sa place dans la hiérarchie des autorités publiques, ne lui permettent pas de conférer valeur constitutionnelle à une règle de droit, mais lui permettent, en revanche parfaitement, d'en imposer le respect à l'administration ; il suffit donc de constater que, pour le juge administratif, les principes généraux du droit ont une valeur supérieure à toutes les règles de droit émanant de l'exécutif (R. Chapus).

Ceci laisse naturellement intacte la question de la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'une valeur constitutionnelle à certains principes fondamentaux, ce qui interdit ainsi au législateur de les méconnaître et de permettre à l'administration de s'affranchir de l'obligation de les respecter. La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux principes fondamentaux garantis par les lois de la République et proclamés par le préambule de la Constitution de 1946 confirmé par la Constitution de 1958, est à cet égard d'une très grande portée.

CHAPITRE II

La signification du principe de légalité

La règle de droit s'impose à l'administration qui est donc tenue de s'y soumettre ; mais cette formule est très générale et ne nous renseigne pas vraiment sur le contenu de cette obligation.

Il s'agit donc ici de préciser cette obligation qui découle du rapport de régularité qui relie l'action administrative à la règle de droit.

La soumission de l'administration à la règle de droit se présente sous deux aspects : en effet, la force obligatoire de la règle de droit dépend de son origine, mais elle dépend aussi de son contenu.

SECTION I

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE DE DROIT DÉPEND DE SON ORIGINE

Nous avons vu en présentant les sources de la légalité, que la règle de droit émanait de trois sources différentes : le parlement, le gouvernement et le juge (le traité est en effet, selon le cas, d'origine exécutive, et parlementaire lorsqu'il y a intervention des assemblées pour en permettre la promulgation).

Il semble que la force du rapport de régularité ne soit pas de même intensité dans les trois cas ; pour comprendre cette question il faut tenir compte de facteurs qui ne sont pas seulement

juridiques, mais qui relèvent de la science politique et administrative.

Il s'agit en effet de répondre à la question : qui fait réellement la règle de droit ? Nous allons voir que la réponse n'est pas identique pour toutes les règles.

§ 1 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF-ACTE LÉGISLATIF

La loi est faite par le parlement et s'impose à l'administration. Toutefois, on sait qu'aujourd'hui les lois sont en pratique principalement issues d'une initiative gouvernementale ; on sait par ailleurs quelle part essentielle les « bureaux » prennent à la préparation des textes ; les textes finalement votés par le parlement sont, dans la plupart des cas, très proches des projets dont il a été saisi ; il est établi que l'administration, relayée par le gouvernement, prend une part déterminante à la confection de la règle ou à sa modification ; et c'est cette règle qu'elle aura ultérieurement à appliquer et à respecter.

Sans doute la règle législative s'impose-t-elle à l'autorité administrative ; mais cette force obligatoire n'est pas à l'abri d'une intervention de l'exécutif qui aura pour effet d'en modifier le contenu ou l'intensité.

Ce phénomène a naturellement été amplifié du fait de l'apparition de la législation déléguée ; les décrets-lois avant 1958, puis les ordonnances de l'article 38, sont de purs produits de l'initiative gouvernementale dont la ratification n'est généralement qu'une formalité.

§ 2 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF-ACTE RÉGLEMENTAIRE

La liaison de l'administration par le règlement est tout à fait particulière et relève de ce que l'on peut appeler la technique de l'autolimitation ; la force contraignante du règlement dépend il est vrai, de la nature de celui-ci ; elle sera plus grande pour le règlement dérivé que pour le règlement autonome ; mais dans tous les cas l'auteur du règlement peut toujours le modifier.

Sans doute ne doit-on pas négliger le fait que l'administration a une structure pyramidale dont seuls les échelons supérieurs possèdent le pouvoir réglementaire ; ainsi les échelons inférieurs sont-ils réellement liés par l'obligation de respecter le règlement ; en revanche, les échelons supérieurs n'y sont tenus que dans la mesure où ils ne décident pas de les modifier.

§ 3 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF-RÈGLE JURISPRUDENTIELLE

C'est dans ce cas que la limitation du pouvoir administratif apparaît la plus rigoureuse car la décision du juge échappe à l'emprise de l'exécutif et de l'administration, dès lors du moins que le juge est indépendant.

Naturellement cela suppose que l'administration respecte l'autorité de la chose jugée ; on sait que parfois elle tente d'y échapper, tendance qui se serait aggravée depuis les lois de décentralisation. Quant à l'administration de l'État, elle peut aussi envisager de recourir à la validation législative de ses décisions censurées par le juge ; cette validation semble cependant être exclue par le Conseil constitutionnel ; celui-ci n'admet que la validation de mesures prises sur la base de la décision censurée et à la condition, toutefois, que la validation ait pour objectif la protection d'un intérêt général.

En définitive, c'est la règle jurisprudentielle qui assure à la légalité-rapport sa plus grande intensité.

SECTION II

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE DE DROIT DÉPEND DE SON CONTENU

L'autorité administrative reçoit de la règle de droit des pouvoirs qui peuvent être définis de façon plus ou moins précise ; les indications de la règle de droit pourront concerner le problème de l'obligation d'agir et, si l'administration agit, le contenu de la décision qu'elle pourra prendre, c'est-à-dire le point de savoir si elle dispose d'un pouvoir lié ou d'un pouvoir discrétionnaire.

§ 1 – L'OBLIGATION D'AGIR

Il est évident que l'administration doit agir si la règle de droit lui en fait obligation.

Mais il faut distinguer deux situations : parfois l'obligation d'agir est formulée de façon expresse ; il n'y a alors aucun doute possible sur son existence. Dans d'autres cas, l'obligation est en quelque sorte implicite : c'est le cas en ce qui concerne l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la loi ; le refus de procéder à l'édiction des mesures nécessaires, ou le retard abusif, peut être considéré comme une illégalité.

Un problème plus délicat est celui de savoir si l'administration a l'obligation de modifier ses décisions en présence d'un changement des circonstances de droit ou de fait.

Le Conseil d'État affirme depuis longtemps que l'administration a l'obligation de modifier ses décisions dès lors que les circonstances qui les motivaient légalement ont disparu (Despujol, 10 janvier 1930, Sect. GAJA. 267).

Cette obligation ne pose pas de problème lorsque la loi a changé ; de plus, désormais, le Conseil d'État considère que l'administration doit aussi adapter ses décisions aux évolutions du droit communautaire tel qu'il résulte non seulement des règlements, mais aussi des directives (Compagnie Alitalia, 3 février 1989, Ass. GAJA. 685).

En revanche, si l'obligation d'adapter les décisions administratives au changement des circonstances de fait est bien reconnue par la haute juridiction, son existence implique un véritable bouleversement et non pas une simple modification de la situation initiale.

§ 2 – POUVOIR LIÉ-POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

On dit qu'un pouvoir est discrétionnaire lorsque son titulaire a la possibilité d'apprécier l'opportunité de son action. Cette marge de liberté peut, il est vrai, être plus ou moins grande

selon les termes de la règle qui donne compétence à l'autorité administrative. Mais il convient de retenir que cette marge de liberté peut porter sur le principe de l'action, le moment de l'action aussi bien que sur les modalités de celle-ci, compte tenu des circonstances qui peuvent justifier légalement la décision qui va être prise.

Ainsi, l'administration décide-t-elle qu'une opération présente un caractère d'utilité publique justifiant l'expropriation d'un terrain, qu'une construction projetée ne sera pas autorisée parce qu'elle porte atteinte à un site protégé, ou bien que la présence d'un étranger sur le sol national présente un danger pour l'ordre public et qu'il doit être expulsé.

L'autorité administrative va ainsi prendre la mesure qui lui paraît la plus conforme au but qu'elle poursuit compte tenu des motifs qu'elle invoque à l'appui de sa décision ; cependant pouvoir discrétionnaire ne signifie pas pouvoir arbitraire ; nous verrons que, même en cas de pouvoir discrétionnaire, l'administration reste soumise au contrôle du juge, même si celui-ci est un contrôle restreint.

La situation de l'autorité administrative vis-à-vis de la règle de droit est en revanche très différente lorsqu'il y a pouvoir lié. Tel est le cas lorsque la règle de droit précise les conditions dans lesquelles la décision doit être prise, et notamment le contenu de la décision et les motifs sur lesquels elle doit reposer.

Ainsi, à l'issue d'un concours de recrutement, l'autorité administrative qui dispose du pouvoir de nomination, ne peut nommer que les candidats déclarés admis et dans l'ordre de leur admission.

De même, en cas d'avancement à l'ancienneté, le supérieur hiérarchique doit prendre la décision de promotion dès lors que la condition d'ancienneté est satisfaite par l'agent.

Enfin, dans d'assez nombreux cas, l'autorité administrative a l'obligation de prendre sa décision dès lors que l'administré satisfait aux conditions objectives posées par les textes : obligation d'inscription sur les listes électorales, obligation de délivrance de divers documents administratifs, etc.

Naturellement, entre le pouvoir totalement discrétionnaire et le pouvoir totalement lié, il peut exister des situations intermédiaires très variées en fonction du contenu de la règle de droit.

La limitation du pouvoir de l’administration dépend donc de ce contenu qui conditionne également l’étendue du contrôle du juge : restreint sur le pouvoir discrétionnaire, il sera maximum sur le pouvoir lié. En tout état de cause, le juge contrôle toujours le respect des règles de forme et de compétence ; il vérifie que le but poursuivi par l’administration relève bien de l’intérêt général ; il vérifie également que les motifs invoqués par l’administration correspondent bien à la réalité, et que ce sont des motifs légaux.

Mais il ne va pas au-delà s’il est en présence d’un pouvoir discrétionnaire, ce qui est très fréquent.

Il est en effet difficile de lier le pouvoir de l’administration ; celle-ci doit conserver une marge de manœuvre suffisante pour faire face à des situations concrètes que la règle ne peut pas prévoir dans leur diversité et dans leur complexité.

En revanche, le juge conserve toujours la possibilité d’exercer un contrôle sur les conditions dans lesquelles l’autorité a fait usage de sa compétence de façon à éviter l’arbitraire ; c’est ce qu’il fait chaque fois que le pouvoir discrétionnaire de l’administration constitue une menace pour les droits et les libertés ; ainsi, en matière de police administrative, le juge n’hésite pas à vérifier si une mesure portant atteinte à un droit ou à une liberté publique, constitue une réponse appropriée à la gravité du trouble à l’ordre public qu’il s’agit de prévenir ou de faire cesser.

Ceci revient à dire que le juge administratif peut transformer en pouvoir lié un pouvoir que la règle de droit établissait comme un pouvoir discrétionnaire : c’est le cas en matière de police avec le célèbre arrêt Benjamin (CE 19 mai 1933, GAJA. 294).

Toutefois, sans aller jusque-là, le juge s'efforce d'éliminer les risques d'arbitraire dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en censurant l'erreur manifeste d'appréciation qui entache la décision administrative d'une façon si évidente que, ne pas la censurer constituerait de la part du juge une sorte de déni de justice.

CHAPITRE III

Limites et contrepoids du principe de légalité

L'obligation imposée aux autorités administratives de respecter la règle de droit connaît dans certaines situations une atténuation qui résulte de deux constructions jurisprudentielles : la théorie des circonstances exceptionnelles et celle des actes de gouvernement. Mais le recours à ces deux notions emporte des conséquences bien différentes.

Dans le premier cas, si la survenance des circonstances exceptionnelles entraîne la mise à l'écart de la règle de droit, cela se fait sous un contrôle étroit du juge qui substitue en quelque sorte à la légalité de temps normal, une légalité pour les temps exceptionnels. En revanche, dans le second cas, le juge se déclare incompétent pour connaître de certains actes qu'il qualifie parfois expressément d'actes de gouvernement.

Ces deux théories n'ont donc pas la même signification ; la première constitue un aménagement du principe de légalité, alors que la seconde apparaît comme la mise à l'écart de celui-ci.

Il importe donc de préciser le contenu de ces deux théories et l'importance qu'elles revêtent dans la jurisprudence administrative.

SECTION I

LES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

Cette construction jurisprudentielle repose sur l'idée que l'autorité administrative est fondée à écarter l'application de la règle de droit lorsque son respect risque de paralyser l'action administrative ou d'en diminuer gravement l'efficacité.

C'est dans un arrêt Heyries du 28 juin 1918 (GAJA. 197), que le Conseil d'État utilise pour la première fois cette notion qui n'était cependant pas sans équivalent dans sa jurisprudence antérieure ; en effet, celui-ci avait recours à la notion d'urgence, ou bien encore à la théorie des pouvoirs de guerre dont les circonstances exceptionnelles sont le prolongement direct.

Certes, le pouvoir exécutif dispose de législations d'exception qui lui ont donné de larges compétences pour faire face à des situations de crise, qu'il s'agisse de l'état de siège, de la loi sur la mise de la nation en état de guerre (1938), de l'état d'urgence (1956) et enfin de l'article 16 de la Constitution de 1958.

Mais l'existence de ces régimes exceptionnels ne fait pas disparaître l'utilité de la théorie des circonstances exceptionnelles destinée à combler d'éventuelles lacunes de ces législations conçues pour des situations qui n'épuisent pas toutes celles devant lesquelles l'administration peut se trouver désarmée. Celle-ci doit pouvoir « veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et les règlements soient en état de fonctionner » (Heyries, précité). La théorie est donc une application de la théorie de l'état de nécessité : c'est parce que le respect de la légalité apparaît incompatible avec l'accomplissement de la mission impartie à l'autorité administrative que celle-ci est fondée à écarter la loi pour assurer la réalisation des actions nécessaires à la vie de la collectivité, qu'il s'agisse du fonctionnement des services publics ou du maintien de l'ordre public.

Il est donc essentiel de savoir ce que sont ces circonstances, quels sont les pouvoirs détenus par l'autorité administrative et quelles sont les limites de ces pouvoirs.

§ 1 – LA DÉTERMINATION DES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

Ce sont tout d'abord les circonstances de guerre qui ont été principalement concernées par la théorie ainsi qu'on l'a vu avec l'arrêt Heyries ; mais le Conseil d'État a étendu la notion aux circonstances difficiles qui ont suivi les périodes de conflit. Il peut s'agir aussi de troubles civils graves, tels ceux engendrés par des mouvements de grève, ou bien d'émeutes et d'atteintes graves à l'ordre public comme il s'en est produit à l'occasion de la guerre d'Algérie, ou des événements de mai 1968.

Une deuxième catégorie de circonstances exceptionnelles, plus limitée, est constituée par les conséquences qui pourraient résulter de l'exécution d'une décision de justice : l'administration est fondée à refuser cette exécution en invoquant la gravité des troubles à l'ordre public qui pourraient en découler ; c'est ce que le conseil d'État a jugé dans l'arrêt Couitéas du 30 novembre 1923 (GAJA. 238). Cette décision a été confirmée à propos de décisions d'expulsion dont l'administration a refusé l'exécution en raison des conséquences prévisibles sur le maintien de l'ordre public.

Les circonstances exceptionnelles peuvent aussi être constituées par des calamités naturelles : inondations, tremblements de terre, tornades, etc. entraînant des bouleversements tels que l'action administrative pourrait être paralysée par l'obligation de respecter la loi. On précisera enfin que les circonstances exceptionnelles ne sont pas nécessairement des circonstances actuelles ; ce peuvent être des circonstances seulement vraisemblables, plausibles, dont on peut raisonnablement craindre la survenance, ou le retour éventuel, et vis-à-vis desquelles il faut se prémunir.

§ 2 – LES POUVOIRS EXCEPTIONNELS

L'existence des circonstances exceptionnelles emporte trois sortes de conséquences.

L’administration peut écarter les règles de forme et de compétence qui s’imposent à elle en période normale. L’autorité administrative est, par exemple, fondée à écarter les garanties de la procédure disciplinaire dans le prononcé d’une sanction à l’égard d’un agent public ; elle peut déléguer sa compétence même si aucun texte ne l’y autorise, ou bien prendre une mesure relevant normalement du domaine de la loi. Le Conseil d’État a même validé des décisions prises par de simples autorités de fait à une époque (mai-juin 1940) où n’existait plus aucune autorité régulière dans la localité.

Mais la survenance des circonstances exceptionnelles permet aussi à l’autorité administrative d’exercer des pouvoirs dont elle ne dispose pas en temps normal : elle aura des pouvoirs exceptionnels à l’égard des libertés individuelles et collectives et à l’encontre du droit de propriété : interdiction de fréquenter certains lieux, internement d’un individu dangereux pour la défense nationale, établissement d’une taxe sur des opérations commerciales, réquisition de denrées, etc.

Enfin les circonstances exceptionnelles entraînent un aménagement de la responsabilité administrative ; la responsabilité pour faute pourra être atténuée du fait que le juge appréciera avec une moins grande sévérité le comportement de l’administration en raison des difficultés qui résultent des circonstances exceptionnelles ; mais cette indulgence plus grande à l’égard de l’administration sera compensée par l’admission plus large de la responsabilité sans faute ; le refus d’exécuter une décision de justice donne lieu à réparation du préjudice causé au bénéficiaire du jugement dans le cadre de la responsabilité sans faute.

§ 3 – LES LIMITES DES POUVOIRS EXCEPTIONNELS

Ces limites résultent du contrôle très poussé dont ils sont l’objet de la part du juge.

Le recours à la théorie des circonstances exceptionnelles ne signifie pas en effet la disparition de l’État de droit ; il signifie seulement que la légalité de temps normal est écartée au profit

d'une légalité de temps exceptionnel que le juge élabore lui-même à la faveur de son contrôle.

Ce contrôle porte tout d'abord sur l'existence des circonstances exceptionnelles ; le juge ne se contente pas de l'affirmation de l'administration : il vérifie que celles-ci existaient effectivement à la date des décisions litigieuses, dans la localité concernée, et qu'elles présentaient bien les caractères de gravité s'opposant au respect de la règle de droit.

Le juge vérifie en deuxième lieu qu'il était effectivement impossible de respecter la légalité ; il exige que la décision prise ne s'applique que pendant la période où les circonstances sont réellement exceptionnelles ; dès leur disparition, les décisions doivent cesser de s'appliquer.

Il faut vraiment une impossibilité de respecter la légalité ; à défaut, le juge estime la mesure illégale : l'atteinte aux principes généraux du droit pénal n'était pas justifiée eu égard aux circonstances de l'époque, décide-t-il dans l'arrêt Canal du 19 octobre 1962 (Ass. GAJA. 560).

Enfin, le juge vérifie que la mesure est adaptée aux motifs sur lesquels elle repose et qu'elle présente donc un réel caractère de nécessité ; le juge insiste en effet sur le fait que les mesures exceptionnelles ne sont légitimes que si elles sont destinées à « pourvoir aux nécessités du moment ».

Il apparaît ainsi que les pouvoirs exceptionnels de l'autorité administrative sont en réalité des pouvoirs étroitement liés du fait du contrôle du juge.

SECTION II

L'ACTE DE GOUVERNEMENT

La soumission de l'administration à la règle de droit entraîne normalement comme conséquence que tous les actes des autorités administratives sont soumis au contrôle juridictionnel ; ainsi le juge peut-il examiner la conformité de l'acte à la règle de droit ainsi que le point de savoir si la collectivité publique

peut encourir une responsabilité du fait des conséquences dommageables de cet acte.

Or, il existe dans la jurisprudence une exception constituée par des actes qui échappent à tout contrôle juridictionnel et que l'on désigne communément par l'expression : « actes de gouvernement ». Il s'agit d'une anomalie dans un État de droit dont le juge s'est employé à réduire l'importance et les conséquences.

On examinera les origines de cette théorie, son contenu et enfin les diverses justifications avancées pour expliquer son existence.

§ 1 – LES ORIGINES DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

Pendant tout le XIX^e siècle, l'idée a prévalu que le contrôle juridictionnel ne pouvait s'étendre à des actes pris dans un but politique : « des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir... par la voie contentieuse » dit-on à propos d'une affaire jugée en 1867. Mais dans un arrêt de principe, Prince Napoléon, 19 février 1875 (GAJA. 16), le Conseil d'État abandonne cette conception en estimant que, « pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du gouvernement ou d'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique ».

Désormais l'acte de gouvernement subsiste, mais le Conseil d'État récuse le mobile politique comme critère d'exclusion du contrôle juridictionnel ; il convient donc de rechercher ce que sont ces actes qui échappent au contrôle du juge pour tenter de trouver une explication à leur existence.

§ 2 – LES ACTES DE GOUVERNEMENT CONSACRÉS PAR LA JURISPRUDENCE

Le conseil d'État, après l'abandon du mobile politique, n'a pas essayé de faire prévaloir un critère de l'acte de gouvernement ;

on ne peut donc que présenter une liste de ces actes en essayant toutefois de les classer.

Une première catégorie d'actes est constituée par des décisions qui sont prises dans le cadre des relations de l'exécutif et du parlement : l'initiative des lois (dépôt d'un projet ou refus de le faire) décision de promulgation de la loi, décision d'ouverture ou de clôture des sessions extraordinaires, décision de recourir au référendum ou de mise en application de l'article 16 de la Constitution, nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par le président de la République, etc.

Une deuxième catégorie rassemble toute une série de décisions de l'exécutif qui se rattachent à la conduite des relations internationales : refus de soumettre un litige à la Cour internationale de justice, refus d'exercer la protection diplomatique, décision enjoignant à un diplomate de demeurer à son poste, actes relatifs à la procédure d'élaboration des traités ou à la publication de ceux-ci, décision de suspension unilatérale d'un traité par la France, décision de création d'une zone de sécurité en Polynésie française, etc.

Parfois on distingue une troisième catégorie d'actes qui peuvent aussi se fondre dans la seconde : il s'agit d'actes se rattachant à des opérations de guerre : sabordage de la flotte de Toulon en 1942, pillage commis par des militaires lors de l'évacuation d'Odessa en 1919, sévices commis par des militaires en 1944, arraisonnement d'un navire en Méditerranée en 1960...

C'est la considération de ces divers cas qui permet d'avancer une explication de cette anomalie.

§ 3 – LES JUSTIFICATIONS DE LA THÉORIE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

Deux explications ont été avancées : l'une négative et l'autre positive. Pour la première, l'acte de gouvernement serait introuvable (M. Virally). Le refus du juge de connaître de ces actes s'explique parce que ce ne sont pas des actes adminis-

tratifs : les uns relèvent du droit constitutionnel, les autres du droit international ou du droit de la guerre, alors que le juge n'est compétent que pour appliquer le droit administratif à des actes émanant d'autorités administratives. Une deuxième explication consiste, au contraire, à insister sur le fait qu'il y aurait une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative (R. Chapus) ; le juge administratif serait ainsi naturellement incompétent pour connaître des décisions prises dans le cadre de la fonction gouvernementale.

L'inconvénient de cette deuxième explication découle du fait qu'il est pratiquement impossible de fixer de manière précise les frontières de cette fonction gouvernementale et ainsi de cantonner l'extension de la catégorie « actes de gouvernement ».

Finalement, lorsque l'on observe la jurisprudence, on peut aboutir à une double conclusion.

D'une part, le Conseil d'État tente de limiter à la fois l'extension de cette catégorie et les conséquences de la théorie : il s'est par exemple reconnu en 1990 le droit d'interpréter les traités ; surtout il accepte fréquemment les recours en indemnité dirigés contre l'État à raison de dommages causés par des actes qui sont incontestablement des actes de gouvernement : Ass. Compagnie générale d'énergie radioélectrique, 30 mars 1966 (GAJA. 578) ; il est vrai que dans ce cas, seule la responsabilité sans faute de l'État est engagée.

Mais il est clair que les actes reconnus actuellement comme actes de gouvernement comportent tous, selon une dose qui peut être variable, la manifestation d'un droit éminent de souveraineté dont le juge administratif ne se reconnaît pas qualifié pour assurer le contrôle dans la mesure où l'exercice des prérogatives de l'exécutif tant à l'égard du parlement que de la vie internationale, ne relève manifestement pas du type de mission confiée au juge administratif.

CHAPITRE IV

Les sanctions du principe de légalité

La violation du principe de légalité entraîne des conséquences importantes ; l'acte administratif irrégulier est en principe nul ; mais cette nullité doit être constatée par le juge qui en tire les conséquences en prononçant l'annulation de l'acte irrégulier. Toutefois, la nullité qui atteint l'acte irrégulier présente des caractères spécifiques qui la distinguent de la nullité des actes relevant du droit privé ; certaines irrégularités apparaissent, en outre, si graves qu'elles font l'objet d'une sanction renforcée. Enfin, il faut utiliser les procédés prévus à cet effet pour faire constater cette nullité : c'est le problème des recours.

SECTION I

LA NULLITÉ DE L'ACTE ADMINISTRATIF

Cette nullité peut se présenter de trois façons selon une sorte de gradation que le juge a imaginée en fonction de la gravité de la violation de la règle de droit et du désir d'assurer une protection renforcée aux administrés.

§ 1 – LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA NULLITÉ EN DROIT ADMINISTRATIF

On distingue traditionnellement nullité relative et nullité absolue ; la nullité relative est destinée à sanctionner la violation d'une règle édictée dans l'intérêt particulier dont ne peut se prévaloir que le bénéficiaire qui peut d'ailleurs y renoncer.

En revanche, la nullité absolue est destinée à sanctionner la violation d'une règle établie dans l'intérêt général.

On conçoit qu'en droit privé les nullités qui peuvent atteindre les actes juridiques soient principalement des nullités relatives ; ceci s'explique parce que les règles qui s'imposent au respect des individus dans leurs rapports réciproques sont principalement destinées à protéger des intérêts particuliers ; seuls les individus protégés par la règle peuvent se prévaloir de sa violation pour en demander la sanction.

Au contraire, les règles de droit public sont édictées dans l'intérêt général ; elles sont pour la plupart d'ordre public ; leur violation conduit nécessairement à reconnaître la nullité absolue des actes qui les méconnaissent ; de telles règles sont peu nombreuses en droit privé alors qu'elles sont le principe en droit public. La conséquence est que tout individu peut invoquer une nullité absolue pour demander l'annulation de l'acte administratif irrégulier sous réserve de prouver qu'il a un « intérêt » à le faire et de respecter les formes et délais du recours.

§ 2 – L'INEXISTENCE

Il s'agit d'une construction jurisprudentielle destinée à assurer une sanction plus efficace de la violation de la règle de droit lorsque cette violation se révèle particulièrement grave.

L'inexistence dont il s'agit ici est une inexistence juridique qui se distingue de l'inexistence matérielle d'un acte qui n'a jamais été édicté : le cas s'est présenté récemment à propos d'une délibération d'un conseil municipal totalement fictive !

L'inexistence juridique est en revanche constituée par un vice d'une telle gravité que le juge estime que l'acte qui en est entaché n'a jamais pu accéder à la vie juridique : le juge le qualifie généralement « d'acte nul et de nul effet », ou bien « d'acte nul et non avenu ».

Ce sera le cas d'un acte violant la règle de séparation des pouvoirs : le préfet qui se substitue au juge pour annuler des

opérations électorales, l'atteinte illégale aux droits individuels constitutive d'une voie de fait comme la violation du domicile, les nominations pour ordre, c'est-à-dire des nominations qui n'ont pas pour but de pourvoir un emploi mais de favoriser un ami politique, le plus souvent (Ass. 31 mai 1957, Rosan-Girard, GAJA. 512).

Le juge ne tire pas de l'inexistence toutes les conséquences que l'on pourrait théoriquement en déduire, mais seulement celles qui lui paraissent avoir un intérêt pratique pour la protection des administrés ; il écarte en effet l'application de règles qui pourraient faire échec à la sanction : l'acte peut être contesté à toute époque car il ne devient jamais définitif ; il ne fait jamais acquérir de droit et l'administration peut le retirer à tout moment.

Comme cet acte est inexistant, il n'est pas protégé par la règle de séparation des autorités judiciaires et administratives et le juge judiciaire pourra constater cette inexistence qui pourra d'ailleurs constituer une voie de fait.

§ 3 – LA VOIE DE FAIT

Elle est constituée par un acte grossièrement illégal qui est « insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire » ou bien « à un pouvoir appartenant à l'administration ».

Il faut un deuxième élément concrétisé par l'atteinte à une liberté ou au droit de propriété ; il faut enfin que l'acte ait fait l'objet d'une exécution matérielle ou, tout au moins, que son exécution soit imminente : mais il peut aussi y avoir voie de fait s'il y a exécution irrégulière d'un acte lui-même régulier mais mettant en cause une liberté ou le droit de propriété.

Les exemples de voie de fait montrent qu'il peut s'agir d'atteinte à la liberté individuelle (internement), à la liberté de la presse (saisie de journaux), au secret de la correspondance, à l'inviolabilité du domicile, à la propriété privée ou immobilière ou mobilière (TC 8 avril 1935, Action française, GAJA. 306).

Cette théorie est destinée à assurer une protection renforcée aux libertés et à la propriété privée ; en effet, l'acte administratif est « dénaturé en une simple voie de fait » ; il n'est plus couvert par le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives ; par voie de conséquence, le juge judiciaire peut, concurremment avec le juge administratif, reconnaître l'existence de la voie de fait ; mais il a compétence exclusive pour faire cesser la voie de fait : on peut lui demander en référé d'enjoindre à l'administration de mettre un terme à l'action constitutive de voie de fait ; il est également seul compétent pour réparer les conséquences de la voie de fait.

Cette théorie est une survivance d'une époque, le ^{xix}^e siècle, où le juge administratif n'étant pas encore indépendant, n'inspirait pas confiance ; on pensait que la seule véritable protection relevait du juge judiciaire face à l'arbitraire du pouvoir administratif.

Aujourd'hui, il n'en est plus rien, et cette théorie n'a plus de justification ; il suffirait de reconnaître au juge administratif des pouvoirs équivalents à ceux dont dispose le juge judiciaire en cas de voie de fait pour faire disparaître et l'utilité de cette théorie, et les complications pratiques que son utilisation entraîne. Malheureusement, la théorie a reçu une sorte de consécration du Conseil constitutionnel qui, en décidant que la règle de séparation des autorités judiciaires et administratives faisait partie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, a estimé qu'elle ne souffrait d'exception que celles qui reconnaissent la compétence judiciaire dans des matières qui « relèvent par nature de l'autorité judiciaire » (décision du 23 janvier 1987) : or, c'est par cette formule que le Conseil d'État, comme le Tribunal des conflits, désignent le plus souvent la mission que le juge judiciaire s'est vu reconnaître en ce qui concerne la défense des libertés et de la propriété privée : « La sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la propriété privée rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire » (TC 18 décembre 1947, Hilaire).

SECTION II

LES RECOURS

Les individus ne peuvent se faire justice eux-mêmes : c'est là une exigence de la sécurité juridique et de l'ordre public.

Ils doivent donc normalement s'adresser au juge pour obtenir la sanction de l'irrégularité.

Toutefois, avant d'en arriver aux procédures juridictionnelles, il paraît opportun d'essayer de réduire le litige amiablement ; ceci est d'autant plus important à une époque où, comme aujourd'hui, on assiste à un considérable développement du contentieux administratif qui, malgré diverses réformes, aboutit à un engorgement de toutes les juridictions administratives et à un ralentissement du cours de la justice qui produit des effets particulièrement néfastes pour le respect du droit et pour la protection réelle des administrés.

§ 1 – LES RECOURS ADMINISTRATIFS

Ce sont soit des recours gracieux adressés à l'auteur de la décision contestée, soit des recours hiérarchiques adressés au supérieur qui peut retirer ou modifier la décision.

L'utilité de ces recours est incontestable puisqu'ils permettent à l'administration de réexaminer ses décisions et éventuellement de redresser les erreurs commises.

C'est pourquoi le recours administratif est parfois obligatoire ; par exemple en matière fiscale ; ces procédures permettent d'assurer une fonction de « prévention du contentieux » ; on a aussi créé des procédures de conciliation en matière contractuelle.

Dans tous les cas, les recours administratifs permettent à l'administration d'être informée des difficultés engendrées par son fonctionnement, d'entretenir des rapports avec les administrés et de contribuer peut être à une certaine forme d'humanisation de l'appareil administratif.

§ 2 – LES RECOURS CONTENTIEUX

Lorsque l'administré n'obtient pas satisfaction et, dans la plupart des cas, sans être obligé d'utiliser les recours administratifs, il va saisir le juge par l'intermédiaire d'un recours contentieux. Il en existe diverses sortes ; on ne mentionnera ici que les principaux.

Le recours en annulation pour excès de pouvoir qui est un recours dirigé contre un acte, permet d'obtenir l'annulation rétroactive de la décision illégale ; cette annulation est prononcée à l'égard de tous (*erga omnes*) et pas seulement à l'égard du requérant ; elle fait obligation à l'administration de remettre les choses en l'état qui aurait dû être le leur si la décision illégale n'avait pas été prise. L'exécution de l'arrêt d'annulation pose de délicats problèmes du fait de la rétroactivité de l'annulation.

Le deuxième procédé permettant de saisir le juge de la légalité de l'acte administratif est l'exception d'illégalité ; il s'agit d'un moyen soulevé au cours d'un procès principal et qui tend à obtenir du juge la vérification de la légalité de l'acte administratif qu'il doit appliquer ; ce procédé a l'avantage de permettre la neutralisation de la décision reconnue illégale, que le juge n'annule pas mais qu'il refuse d'appliquer.

Enfin, le recours en indemnité peut aussi apparaître comme une sanction complémentaire de la violation du principe de légalité chaque fois que le préjudice dont il est demandé réparation trouve son origine dans une violation de la règle de droit commise par l'autorité administrative ; ce sera normalement un recours tendant à mettre en cause la responsabilité quasi délictuelle de l'administration ; mais il peut s'agir aussi d'un recours visant à la mise en cause de sa responsabilité contractuelle si elle a méconnu les obligations qu'elle a acceptées dans les conventions auxquelles elle est partie.

§ 3 – LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE

Il s'agit d'une institution créée en 1973 sur le modèle scandinave de l'Ombudsman, afin de lutter contre ce que les Britanniques appellent « maladministration ».

Il ne s'agit pas d'illégalités, mais plutôt de comportements administratifs contraires à ce qu'exige l'instauration de relations harmonieuses entre l'administration et ses usagers.

Le médiateur est nommé par décret en Conseil des ministres pour une durée de six ans ; il n'est pas renouvelable.

Il peut être saisi par les personnes physiques mais aussi, depuis 1992, par les personnes morales, mais seulement par l'intermédiaire d'un parlementaire. Depuis 1976 il peut aussi être saisi directement par un parlementaire ; enfin l'article 26 de la loi du 12 avril 2000 lui reconnaît la possibilité de s'autosaisir dans certains cas. Il dispose de pouvoirs d'instruction importants qui aboutissent soit à une recommandation à l'égard de l'administration concernée qui a l'obligation de répondre, soit éventuellement à des poursuites disciplinaires ou pénales contre les agents en cas de carence des autorités responsables.

Le médiateur est ainsi un auxiliaire précieux des autorités responsables des diverses administrations et peut contribuer à la mise en œuvre des actions de réforme administrative et de revalorisation du service public, d'autant plus que son action est relayée par des délégués départementaux (loi du 12 avril 2000).

Le médiateur publie un rapport annuel dans lequel il met en lumière les déficiences et les carences du système administratif, les insuffisances et anomalies de la législation et de la réglementation, ou bien encore la maladresse ou les erreurs dans l'application des textes.

Ce rapport est présenté au président de la République et au Parlement ; il est publié ; il fait aussi l'objet d'une communication du médiateur devant chacune des deux assemblées.

Dans une décision du 10 juillet 1981, le Conseil d'État a estimé que le médiateur était une autorité administrative soumise à son contrôle ce qui a été considéré comme contestable.

DEUXIÈME PARTIE

LES ACTIVITÉS DE L'ADMINISTRATION

Les activités de l'administration ont connu une évolution tout à fait remarquable depuis le début du siècle ; cette évolution visible dans tous les pays, est la conséquence des transformations qui ont affecté la conception du rôle de l'État et des autres collectivités publiques, transformations elles-mêmes conséquences des bouleversements économiques et sociaux.

Initialement les activités prises en charge par l'administration sont peu nombreuses ; elles se partagent en deux catégories.

L'administration réglemente les activités privées de façon à harmoniser ces diverses activités entre elles et à assurer le respect de l'ordre public.

Par ailleurs, elle assure la gestion directe d'un certain nombre d'activités considérées comme essentielles pour la vie de l'État et de la collectivité nationale et qui, pour cette raison, paraissent insusceptibles d'être laissées à l'initiative privée ; ce sont les activités dites de souveraineté : défense, police, justice, diplomatie, finances, auxquelles s'ajoutent déjà quelques activités économiques, la construction des infrastructures de communication et le fonctionnement des services correspondant, ainsi que certaines tâches relevant de l'assistance et de la solidarité.

Ce sont ces deux catégories d'activités qui vont connaître une extension d'une telle ampleur que l'on passera de l'État gendarme essentiellement respectueux de l'initiative privée et de la liberté d'entreprendre, à un État providence fondé sur le principe de l'intervention économique et sociale.

Si cette évolution semble connaître aujourd'hui un coup d'arrêt, et même si l'on peut observer un certain reflux qui peut prendre la forme de la privatisation et de la « déréglementation », il demeure que l'État et les autres collectivités publiques continueront à jouer un rôle essentiel dans le fonctionnement de la société à travers ces deux grandes fonctions de réglementation et de gestion, la première représentée par la police administrative et la seconde par le service public.

CHAPITRE I

La police administrative

La police administrative illustre la fonction de réglementation assurée par la puissance publique ; mais l'importance de la police administrative ne doit pas faire oublier le développement considérable de la fonction de réglementation à l'égard des activités privées. La finalité de la réglementation administrative est variable ; il s'agit le plus souvent de veiller à ce que l'activité soit organisée et fonctionne à la satisfaction de ses usagers et donc de l'intérêt général : on mentionnera à cet égard l'ensemble des réglementations professionnelles ; mais la réglementation peut aussi avoir pour but d'orienter le développement des activités économiques sociales et culturelles dans le sens voulu par la puissance publique. La réglementation apparaît alors comme un instrument d'incitation et d'orientation au service des politiques publiques.

Ces diverses manifestations de la fonction de réglementation témoignent de l'importance que revêt cette fonction dans l'ensemble des activités administratives.

Mais si la fonction de réglementation déborde largement le domaine de la police administrative, celle-ci en constitue un élément essentiel du fait de son importance quantitative, mais essentiel aussi en raison de sa finalité, des procédés juridiques qu'elle met en œuvre, comme des intérêts qu'elle doit protéger et concilier : l'ordre public et les libertés.

Sans doute l'activité de réglementation s'accompagne-t-elle d'activités matérielles nécessaires à la mise en œuvre des

prescriptions de police ; mais il reste que l'aspect prédominant, sur le plan juridique, réside bien dans cette fonction de détermination des règles qui doivent prévaloir dans la vie de la collectivité afin que l'ordre public nécessaire à la liberté soit en tout temps préservé.

On examinera donc la notion de police administrative, puis on présentera les autorités de police et enfin les moyens du pouvoir de police.

SECTION I

LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE

Préciser le contenu de la notion de police administrative implique que l'on ait, au préalable, distingué celle-ci de la police judiciaire, puis, dans un deuxième temps, que l'on ait établi et clarifié, à l'intérieur de la police administrative, la distinction entre la police administrative générale et la police administrative spéciale.

§ 1 – POLICE ADMINISTRATIVE ET POLICE JUDICIAIRE

Le principe de la distinction repose sur l'idée, parfois quelque peu réductrice de la réalité, mais néanmoins éclairante, que la police administrative a une mission préventive qui consiste à empêcher que l'ordre public ne soit troublé ; elle tente ainsi de prévenir la survenance de troubles à l'ordre public par des mesures appropriées dont les plus importantes sont les réglementations de police, mais aussi par diverses mesures juridiques individuelles ou collectives, qui se présentent notamment sous la forme d'autorisations, interdictions, injonctions ainsi que par des actions matérielles de prévention-précaution.

Mais il va de soi que si malgré tout l'ordre public est troublé, les autorités de police devront le rétablir par des mesures qui pourront alors être répressives.

La police judiciaire en revanche, est essentiellement chargée de la répression des infractions à la loi pénale : elle doit rechercher les auteurs d'infractions, recueillir les preuves des infractions qu'elle a constatées, se saisir des coupables présumés et les déférer à la juridiction compétente.

En pratique, cette distinction n'est pas aussi nette parce que l'action de la police judiciaire, lorsqu'elle est bien conduite, peut avoir un effet dissuasif sur la délinquance, tandis que la police administrative, dont l'action préventive se manifeste dans son action de « contrôle et surveillance générale », peut avoir cependant un aspect répressif lorsqu'il s'agit de procéder au rétablissement de l'ordre public qui a été troublé.

La distinction peut également être délicate parce qu'une opération de police administrative peut se poursuivre par une action de police judiciaire ; ainsi un contrôle routier, qui est de nature administrative, peut entraîner les agents dans une opération de police judiciaire en cas de refus d'obtempérer de la part d'un automobiliste qui s'enfuit, brûle les feux de signalisation et provoque un accident (CE Ass. 24 juin 1949, Consorts Lecomte, GAJA. 403).

La distinction est également rendue délicate du fait que les deux polices ne sont pas totalement séparées en ce qui concerne les autorités et les personnels qui peuvent dans certains cas être communs. Certaines autorités administratives sont parfois officiers de police judiciaire : tel est le cas du préfet ou du maire qui ont reçu du Code de procédure pénale des attributions exceptionnelles à l'égard de certains crimes ou délits. Il existe également des agents publics relevant de diverses administrations (ponts et chaussées, eaux et forêts) qui ont reçu des attributions de police judiciaire leur permettant de constater la commission de certaines infractions.

Par ailleurs, les agents chargés des opérations matérielles sont les mêmes : les personnels de police peuvent être affectés à l'encadrement d'une manifestation sur la voie publique, ou à un contrôle routier, opérations de police administrative et

comme telles placées sous le contrôle de l'autorité administrative ; mais ils peuvent aussi se voir confier le soin de procéder à une arrestation ou à une perquisition sous le contrôle d'une autorité judiciaire, car dans ce cas, on se trouve en présence d'une opération de police judiciaire. La portée de la distinction est importante sur le plan de l'organisation administrative, puisqu'ainsi que l'on vient de le voir, les opérations de police administrative sont placées sous le contrôle des autorités administratives, tandis que les opérations de police judiciaire relèvent exclusivement des autorités judiciaires : ainsi, lorsque le préfet ou le maire agit en tant qu'officier de police judiciaire, il est placé sous le contrôle du procureur de la république.

Mais la distinction est également importante en ce qui concerne le régime contentieux ; les opérations de police administrative relèvent naturellement de la compétence des juridictions administratives et les litiges qu'elles peuvent engendrer seront traités sur la base des règles du droit administratif ; en revanche, les opérations de police judiciaire relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire avec application en principe des règles du droit privé (Cass. Civ. 23 novembre 1956, Trésor public c/Dr. Giry, GAJA. 503).

Et si l'on désire mettre en cause la responsabilité des magistrats auxquels sont assimilés les officiers de police judiciaire, ce sera une responsabilité organisée par une loi spéciale du 5 juillet 1972 relative à la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement de la justice.

Cette distinction doit donc être rigoureusement respectée notamment par les autorités administratives investies de la qualité d'officier de police judiciaire : si elles utilisaient les pouvoirs qui leur sont confiés à ce titre au lieu de leurs pouvoirs d'autorités de police administrative, elles se rendraient coupables d'un détournement de procédure (CE Ass. 24 juin 1960, Société Frampar, GAJA. 536).

§ 2 – POLICE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE ET POLICE ADMINISTRATIVE SPÉCIALE

La distinction entre ces deux manifestations de la police administrative repose essentiellement sur leur finalité.

Naturellement toutes deux ont en vue l'ordre public, mais l'une vise l'ordre public en général, tandis que la finalité de la seconde présente un caractère spécifique.

A. Le but de la police générale

La police générale a pour mission la protection de l'ordre public constitué par la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques. Ainsi toute activité, en tout lieu et en tout temps, peut tomber sous le coup d'une réglementation de police générale puisqu'a priori, toute activité, quelle que soit la façon dont elle s'exerce, doit respecter l'ordre public dans ces trois aspects. C'est donc en ce sens que l'on parle de police administrative générale.

Une difficulté s'élève parfois qui porte sur le point de savoir où commence et où s'arrête l'atteinte à l'ordre public ; il est clair que celle-ci relève de l'ordre matériel ; mais la cause du désordre matériel peut se trouver parfois dans une atteinte à des idéaux, ou à des sentiments d'ordre moral ou affectif, qui justifie ainsi l'intervention de l'autorité de police administrative dès lors que les circonstances locales permettent de craindre une réaction de la population menaçant le maintien de l'ordre public.

B. Le but de la police spéciale

Le législateur a en revanche estimé que certaines activités, en raison de leur particularité, ou en raison des conditions de leur exercice, devaient faire l'objet d'une réglementation spéciale fréquemment confiée à la vigilance d'autorités elles-mêmes particulières. On se trouve alors en présence de polices administratives spéciales. Mais diverses situations peuvent se

présenter ; en effet, s'il s'agit toujours d'assurer la protection de l'ordre public, celui-ci se révèle propre à une activité particulière, à un groupe de personnes, à un lieu, ou aux trois éléments en même temps.

Certaines activités font en effet l'objet d'une réglementation particulière en raison de la spécificité du but poursuivi : tel est le cas de la police de la chasse ou de la pêche qui vise sans doute à assurer la sécurité des chasseurs ou des promeneurs, mais dont l'objectif principal est la protection des espèces.

Un autre exemple de police spéciale, particularisée en raison de la nature de l'activité, mais aussi en raison des lieux où elle s'exerce et des moyens qu'elle met en œuvre, est la police des chemins de fer. On peut également mentionner la police des jeux, la police des établissements classés pour la protection de l'environnement, etc. Chacune de ces polices concerne une catégorie particulière de personnes se livrant à une activité déterminée et le plus souvent en des lieux spécialement aménagés à cet effet.

L'intérêt de la distinction tient au fait que les autorités responsables de la police générale et de la police spéciale ne sont pas toujours les mêmes, et que les pouvoirs qui leur sont confiés étant également différents, il n'est pas possible d'utiliser les pouvoirs de police spéciale pour atteindre les buts de la police générale et réciproquement.

SECTION II

LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVE

Ces autorités sont différentes pour la police administrative générale et la police administrative spéciale bien que fréquemment, une même autorité soit investie des deux catégories de compétence : ceci est notamment le cas du préfet, mais aussi du maire.

On présentera d'abord ces diverses autorités, puis on examinera le problème du concours des pouvoirs de police.

§ 1 – LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE

Le Premier ministre est investi d'un pouvoir de police générale pour l'ensemble du territoire national car c'est lui qui est investi du pouvoir réglementaire ; au demeurant, le Conseil d'État avait reconnu un tel pouvoir au président de la République, pouvoir aujourd'hui transféré au Premier ministre, dans l'arrêt du 8 août 1919, Labonne (GAJA. 225). On peut aussi imaginer que le président de la République puisse prendre des mesures de police dans le cadre de son propre pouvoir réglementaire ; ce serait le cas notamment dans l'exercice des pouvoirs que lui donne l'article 16 de la Constitution.

En revanche, les ministres n'ayant aucun pouvoir réglementaire propre ne peuvent exercer le pouvoir de police générale ; ils ne disposent éventuellement que de pouvoirs de police administrative spéciale qui leur sont attribués par la loi.

Dans le cadre du département, c'est le préfet, représentant de l'État, qui est détenteur des pouvoirs de police. Il faut cependant distinguer : le préfet assure la police de la circulation sur les routes nationales en dehors des agglomérations.

Il peut intervenir pour assurer le maintien de l'ordre lorsque se produisent des manifestations ou rassemblements attirant de nombreuses personnes.

À l'égard de toutes les communes du département ou de plusieurs d'entre elles, il peut prescrire des mesures de police, ou bien se substituer à l'une d'entre elle, après mise en demeure, dans l'édition d'une mesure de police nécessaire. Enfin, il peut agir directement dans les communes où la police a été étatisée.

Mais depuis 1983, le président du Conseil général s'est vu attribuer une compétence en ce qui concerne la réglementation de la circulation sur la voirie départementale en dehors des agglomérations.

Le maire est autorité de police municipale : dans l’exercice de cette compétence, il est placé « sous le contrôle administratif du représentant de l’État dans le département ».

Mais la police a été étatisée dans un certain nombre d’agglomérations dès lors qu’elles dépassent 10 000 habitants et dans celles qui en ont fait la demande ; c’est alors le préfet qui exerce la police de la tranquillité publique, tandis que le personnel de police est un personnel d’État.

Dans ces communes, le maire demeure cependant compétent pour tout ce qui relève de la salubrité et de la sécurité publique.

§ 2 – LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVES SPÉCIALES

On a vu que fréquemment ce sont les mêmes autorités qui sont investies de cette double compétence ; ceci est évident s’agissant de l’État : les règlements nationaux pris sur la base des lois réglementant les activités privées dans un but de police relèvent du pouvoir réglementaire du Premier ministre.

Les ministres ne peuvent avoir en ce domaine qu’un pouvoir qui leur est spécialement délégué : ainsi, est-ce le ministre des Transports qui aura compétence en matière de police des chemins de fer, le ministre de l’Intérieur en ce qui concerne la police des jeux, ou le ministre de l’Agriculture pour la police de la chasse et de la pêche.

Au niveau départemental, c’est généralement le préfet qui est compétent à l’égard de nombreuses polices spéciales.

Mais de nombreux agents de l’État sont investis de pouvoirs de police spéciale qui leur permettent de veiller au respect de la réglementation : agents des eaux et forêts, personnels de la SNCF...

§ 3 – LE CONCOURS DES POUVOIRS DE POLICE

Le problème du concours des pouvoirs de police se dédouble en un concours entre pouvoirs de police générale et en un concours entre pouvoirs de police générale et pouvoir de police spéciale.

Le concours des pouvoirs de police générale est aisément résolu en raison de l'existence d'une hiérarchie d'autorités et de textes. L'autorité inférieure ne peut jamais aller à l'encontre des exigences de la réglementation supérieure ; en revanche, elle peut toujours aggraver ces exigences si les circonstances de temps et de lieu le rendent nécessaire.

Ainsi la réglementation nationale relative à la vitesse des automobiles peut être aggravée par l'autorité locale pour la traversée des agglomérations. De même l'existence de réglementations nationales en matière d'hygiène ne fait pas obstacle à ce que l'autorité locale prenne une réglementation complémentaire plus exigeante.

Le concours de la police générale et de la police spéciale est réglé sur la base du principe selon lequel ces réglementations étant distinctes, les pouvoirs qu'elles créent ne peuvent pas être utilisés indifféremment ; les buts, les pouvoirs et les procédures sont d'ailleurs différents et ne peuvent pas être confondus. Ceci est particulièrement évident lorsque les autorités sont distinctes ; mais cela l'est tout autant lorsque, comme cela est fréquemment le cas pour le préfet, l'autorité administrative est investie des pouvoirs de police administrative générale et spéciale.

Il reste qu'en cas d'urgence l'autorité de police générale pourra être conduite à intervenir en des lieux qui relèvent normalement de la compétence d'une autorité de police spéciale ; en cas de troubles graves à l'ordre public dans l'enceinte des établissements de jeux, ou des installations du service public des chemins de fer, le préfet serait naturellement fondé à intervenir.

L'autorité de police générale peut aussi aggraver une réglementation de police spéciale en cas de nécessité locale : le problème s'est posé fréquemment en matière de spectacle (CE Sect. 18 décembre 1959, Société les films Lutetia, GAJA. 528).

SECTION III

LES MOYENS DU POUVOIR DE POLICE

Le pouvoir de police utilise différents moyens, les uns juridiques, ce sont les mesures de police, les autres matériels et humains dans le cadre des opérations de police.

Ces actes et opérations de police rencontrent cependant des limites que le juge est chargé de faire respecter.

§ 1 – LES MESURES DE POLICE

Ces mesures présentent deux caractéristiques générales : d'une part, ce sont toujours des décisions unilatérales qui mettent en œuvre la prérogative de puissance publique par excellence que constitue le pouvoir de commandement ; le recours au procédé conventionnel est radicalement exclu en matière de police administrative ; ceci ne signifie naturellement pas que l'autorité compétente ne puise pas prendre des contacts avec les personnes ou groupements intéressés par la mesure de police qui doit être édictée ou appliquée.

Mais en tout état de cause, il s'agit d'une compétence exclusive que l'autorité de police doit exercer, qu'elle ne peut soumettre à aucune condition et qu'elle ne peut concéder à une personne privée ; elle ne peut même pas en confier l'exercice à une autre autorité publique sauf si un texte l'y autorise expressément.

La deuxième caractéristique générale de la mesure de police découle de ce qu'elle touche, dans la plupart des cas, des activités qui sont constitutives de libertés individuelles ou collectives garanties par la loi ou, mieux encore, par la constitution : liberté d'aller et de venir, liberté d'opinion, droit de réunion, liberté du commerce et de l'industrie, etc.

L'exercice du pouvoir de police est donc particulièrement délicat puisque le maintien de l'ordre public doit être concilié avec l'obligation de respecter les droits et libertés dans toute la mesure du possible.

C'est dans ces conditions que l'autorité de police doit exercer les pouvoirs qui lui sont confiés.

Elle peut d'abord prendre des mesures réglementaires dans le cadre de la loi ; sur la base de ces textes généraux, les autorités disposent du pouvoir de prendre diverses mesures individuelles ou particulières : autorisations, interdictions, sanctions, etc.

L'édiction de ces diverses mesures est encadrée par quelques principes fondamentaux.

Chaque fois que l'autorité de police se trouve en présence d'une liberté, l'obligation qui pèse sur elle est de rendre possible l'exercice de la liberté et de ne lui apporter de limites que dans la mesure où les circonstances l'exigent et dans la seule mesure de cette exigence ; si la liberté est le principe, les limitations doivent demeurer l'exception.

Le deuxième principe, étroitement lié au premier, tient au fait que l'exercice légitime du pouvoir de police dépend étroitement de sa justification par la nécessité, c'est-à-dire par les circonstances. Une mention particulière doit être faite des sanctions administratives qui sont fréquemment prévues par les textes pour réprimer, parfois concurremment à la sanction pénale, les infractions à leurs dispositions.

Ces sanctions peuvent être très lourdes : amendes, confiscations des marchandises ou des véhicules, fermeture des établissements pour des durées variables, etc.

Ces sanctions doivent avoir été prévues par la loi ; elles peuvent être prononcées par l'autorité administrative sous la seule réserve de respecter le principe des droits de la défense.

§ 2 – L'EXÉCUTION DES MESURES DE POLICE

La mise en œuvre des mesures de police repose sur des personnels spécialisés dont la situation est variable.

Il existe tout d'abord un personnel de statut militaire, la gendarmerie nationale. Mais d'autres personnels d'État

relèvent du ministère de l’Intérieur ; ce sont les personnels de la police nationale qui sont à la disposition du préfet pour assurer l’exécution des mesures de police destinées au maintien de la tranquillité publique dans l’ensemble du département et dans les communes où la police a été étatisée.

Il existe à côté des préfets, des préfets adjoints pour la sécurité dans un certain nombre de départements où il est apparu nécessaire de renforcer la capacité de l’autorité administrative de faire face à des situations difficiles en matière de tranquillité publique.

Enfin, les communes peuvent, dans certaines conditions, se doter de forces de police municipale dont les membres doivent cependant être agréés par le procureur de la république.

L’exécution par la force des décisions de police, comme de toute autre décision administrative, est soumise à des conditions très précises : autorisation de la loi, refus d’obéissance des destinataires de la mesure après mise en demeure, absence de moyens d’obtenir le respect de la décision, étant entendu que l’urgence est de nature à justifier le recours à l’exécution forcée.

Lorsque la mise en œuvre des mesures de police implique l’appel aux forces de l’ordre, le principe est que si l’autorité de police a la maîtrise de l’opération, les forces de police restent sous l’autorité de leur commandement dans la réalisation matérielle de l’opération de police.

§ 3 – LE CONTRÔLE DU POUVOIR DE POLICE

Ce contrôle est particulièrement important du fait du caractère nécessairement autoritaire des mesures de police, des conditions parfois périlleuses de leur mise en œuvre lorsqu’elles concernent la tranquillité publique, et des atteintes qu’elles réalisent aux droits et libertés.

Le contrôle juridictionnel revêt deux aspects : le recours au juge permet de contester la régularité de la mesure de police ; il peut aussi permettre d’obtenir une condamnation de l’administration à indemniser la victime d’une mesure ou opération de police.

A. Le contrôle de légalité

Le juge assure un contrôle très strict sur les mesures de police, ce qui permet de dire, qu'en ce domaine, et sauf exception, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire. Le contrôle du juge est ici maximum. Ce contrôle est fondé sur le fait que la liberté étant le principe, les limitations qui lui sont apportées ne peuvent être que l'exception ; il n'est donc pas possible de soumettre à autorisation une activité qui correspond à une liberté (CE Ass. 22 juin 1951, Daudignac, GAJA. 438).

Le juge, lorsqu'il est saisi, s'assure que le but de la mesure est bien conforme à la finalité de la mesure de police : maintien ou rétablissement de l'ordre public, et qu'elle est adaptée aux circonstances qui lui servent de motifs ; c'est la raison pour laquelle le juge annule les interdictions générales et absolues qui sont à la fois contraires à l'existence de principe de la liberté, et qui témoignent, en outre, de l'absence de proportionnalité entre l'atteinte à la liberté et les justifications de la mesure (TC 8 avril 1935, Action française, GAJA. 306).

Le contrôle de l'adaptation de la mesure aux circonstances est parfaitement illustré par la décision du Conseil d'État du 19 mai 1933, Benjamin (GAJA. 294) : « Considérant que pour interdire les conférences du sieur René Benjamin... le maire de Nevers s'est fondé sur ce que la venue du sieur Benjamin était de nature à troubler l'ordre public. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles allégués par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre... »

Naturellement les pouvoirs de l'autorité de police seront plus larges si l'activité réglementée n'est pas une liberté mais une simple faculté ou une tolérance administrative : le contrôle du juge sera un contrôle normal. Par ailleurs, le domaine de la police des étrangers demeure un secteur où le juge n'exerce souvent qu'un contrôle restreint.

C'est normalement le juge administratif qui est compétent pour statuer sur ces mesures ; mais si elles sont sanctionnées pénalement, ce sera le juge judiciaire qui pourra, par voie d'exception d'illégalité soulevée par le contrevenant, apprécier la légalité de la mesure puisque de cette légalité dépend l'application de la peine.

B. La mise en cause de la responsabilité de l'autorité de police

Sans entrer dans le détail de la responsabilité du service public de la police, on doit indiquer ici que le principe de cette responsabilité a été admis tardivement par une décision du Conseil d'État du 10 février 1905, *Tomaso Grecco* (GAJA. 86).

Si l'autorité de police peut être déclarée responsable des dommages causés par l'exercice du pouvoir de police, le juge tient cependant compte des difficultés particulières qui président à l'exercice de ce pouvoir ; le principe est que la responsabilité des services de police ne peut être engagée que si la victime démontre l'existence d'une faute lourde commise par ces services ; encore faut-il que l'activité de police en cause ait été véritablement délicate à conduire, ce qui n'est pas toujours le cas. Le juge se contentera alors d'une faute simple.

Enfin, si l'autorité de police fait courir un risque particulièrement grave aux tiers du fait de l'utilisation d'armes dangereuses, le juge engagera la responsabilité sans faute de la collectivité publique. Si la victime est le destinataire de l'opération de police, il lui faudra cependant prouver l'existence d'une faute, mais une faute simple suffira pour obtenir réparation du préjudice subi (*Consorts Lecomte*, Ass. 24 juin 1949, GAJA. 403).

CHAPITRE II

Le service public

Le service public est une activité qui tend à procurer à la collectivité des biens et des services considérés comme nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général ; dans cette acception, le service public est une activité de prestation de biens et de services. On peut aussi entendre l'expression service public dans un sens organique et l'on désignera alors sous le nom de service public les administrations chargées de ces prestations : le service public de l'éducation nationale, le service public des transports, de la santé, etc.

Quel que soit le sens dans lequel on l'utilise, le service public occupe une place centrale dans l'administration et dans le droit administratif.

L'ensemble des administrations n'ont de raison d'être qu'en fonction des services publics dont elles ont la responsabilité ; bien plus, les règles du droit administratif n'ont de signification qu'en relation avec le service public dont elles doivent assurer le fonctionnement dans les meilleures conditions.

Le phénomène marquant la période contemporaine est sans conteste le considérable développement des activités de service public et, par voie de conséquence, des organismes publics, mais aussi de plus en plus souvent privés, auxquels est confiée la gestion de ces activités nouvelles.

Nous retracerons l'évolution de la notion de service public avant d'exposer les principes fondamentaux de son régime juridique ; enfin nous décrirons les modalités de l'organisation et de la gestion des services publics.

SECTION ILA NOTION DE SERVICE PUBLIC ET SON ÉVOLUTION

La notion de service public a été construite au début du siècle par des auteurs qui ont systématisé la jurisprudence de l’époque et influencé largement son évolution ultérieure ; c’est aux réalités administratives et jurisprudentielles de cette époque qu’il faut se référer pour comprendre la signification de la notion classique de service public.

On pourra alors mieux saisir les raisons et mesurer l’importance des transformations fondamentales qui l’ont atteinte depuis la fin de la deuxième guerre mondiale et qui ont donné naissance à une crise de la notion de service public. Mais si la notion de service public a connu de profondes transformations, elle demeure, dans sa conception actuelle, une notion fondamentale en droit administratif et dans la vie administrative.

§ 1 – LA CONCEPTION CLASSIQUE DU SERVICE PUBLIC

Dans cette conception classique défendue par l’École de Bordeaux et son chef de file, le doyen Léon Duguit, le service public est constitué par une activité d’intérêt général assurée par une collectivité publique ou sous son contrôle, et soumise à un régime juridique spécial, le droit administratif.

Ainsi, il y a coïncidence à peu près parfaite, entre les trois éléments constitutifs de la notion : l’activité d’intérêt général, l’organisme public qui en assure la gestion ou le contrôle, et le régime juridique spécial.

On peut parler indifféremment d’activité de service public (sens matériel), d’organisme public (sens organique) et de régime juridique (sens juridique) en désignant une seule et même réalité puisque ces divers éléments ne se conçoivent pas séparément.

En d'autres termes, il y a coïncidence à peu près parfaite entre les trois critères possibles du service public : le critère matériel, l'activité d'intérêt général, le critère organique, la personne publique responsable, et le critère juridique, le régime juridique spécial.

A. L'activité d'intérêt général

Elle correspond à la satisfaction de besoins de la collectivité dont on pense, dans la conception de l'époque, qu'ils ne doivent pas, et ne peuvent pas, être satisfaits correctement par l'initiative privée.

À l'époque de « l'État gendarme », c'est-à-dire de l'État non interventionniste, ces activités sont en nombre limité parce que l'idée d'intérêt général qui est leur dénominateur commun est entendue dans un sens restrictif ; n'est d'intérêt général que ce qui est indispensable à la vie sociale ; et conformément à l'idéologie libérale de ce temps, la sphère des activités publiques doit être restreinte parce qu'elle est conçue comme une exception par rapport au principe qui est celui de l'initiative privée.

Les activités publiques sont les activités de souveraineté qui sont traditionnellement celles qu'assure l'État : finances, police, justice, défense, diplomatie, quelques activités nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires de la vie collective : hygiène, santé publique, enseignement, communications ; l'État assure aussi certaines activités de solidarité et d'assistance.

Les théoriciens du service public font valoir que ces activités sont publiques par nature et, en tant que telles, elles échappent à l'initiative privée : indispensables à la vie de la collectivité, elles ne peuvent être assurées que par l'intervention de la force gouvernante. Cette conception était encore défendue en 1921 par un haut magistrat qui écrivait : « Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique... D'autres services au contraire, sont de nature privée » (procureur général Matter,

concl. pour TC Société commerciale de l'Ouest africain, 22 janvier 1921, GAJA. 229).

B. L'organisme public

La gestion par un organisme public ou sous son contrôle, est une conséquence logique de la nature publique de l'activité d'intérêt général. L'initiative privée étant exclue du fait de cette nature publique, les activités d'intérêt général doivent être placées sous la responsabilité de l'autorité administrative.

L'organisation des services publics suit fidèlement les structures administratives ; l'organisme public sera constitué par une administration de l'État ou par les services d'une collectivité territoriale, département ou commune.

Toutefois, on voit déjà se développer une nouvelle catégorie de personnes publiques : l'établissement public, qui permet, parfois, de faire participer les usagers à la gestion d'une activité de service public (TC 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, GAJA. 45).

Il peut arriver toutefois que la nature industrielle et commerciale de l'activité conduise la collectivité publique à en confier la gestion à une entreprise privée dans le cadre juridique conventionnel de la concession de service public : tel est le cas de la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité, du chemin de fer, ou des transports en commun urbains, mais il ne s'agit que d'une fausse exception au principe de la gestion par la collectivité publique car celle-ci conserve de très larges pouvoirs de contrôle sur l'organisation et le fonctionnement du service grâce au cahier des charges de la concession qu'elle rédige unilatéralement et qui s'impose au concessionnaire.

C. Le régime juridique du service public

C'est normalement le droit administratif qui s'applique ; ses règles ont été en effet conçues en fonction des nécessités propres à la gestion des activités d'intérêt général.

C'est ici le moment de citer le fameux arrêt Blanco (TC 8 février 1873, GAJA. 1) ; statuant sur une affaire tendant à la mise en cause de la responsabilité de l'État, le Tribunal des conflits s'exprimait ainsi : « Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier.

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés. » Ainsi se trouve affirmé, de façon particulièrement péremptoire, le lien étroit qui existe entre la nature de l'activité et le régime juridique qui lui est applicable, et, par voie de conséquence, la compétence du juge administratif, seul qualifié pour connaître des litiges qui se rattachent au service public.

Le régime juridique de droit administratif donne à l'autorité publique des prérogatives, et lui impose des sujétions, qui sont justifiées par le souci d'assurer en tout temps la satisfaction de l'intérêt général. La collectivité publique peut utiliser le procédé de la décision exécutoire ; elle fait appel au régime des contrats administratifs, aux règles de la domanialité publique et à celles de la comptabilité publique, etc.

Ce régime juridique est le mode normal de gestion du service public. Ainsi, à la fin de cette période, la notion de service public joue un rôle central dans le système administratif.

En effet, c'est elle qui donne un fondement rationnel au droit administratif, un fondement à l'autonomie du droit administratif ; et c'est elle qui fournit un critère logique à la compétence du juge administratif. C'est l'époque où le commissaire du gouvernement Romieu pouvait écrire dans ses conclusions pour l'arrêt Terrier (CE 6 février 1903, GAJA. 72) : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux (...) constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du

domaine de la juridiction administrative (...). Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers, ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative. »

Le Commissaire du gouvernement admettait cependant une exception pour le cas où l'autorité administrative estimerait inutile le recours aux règles du droit administratif ; dans ce cas, elle peut se placer sous l'empire du droit commun et utiliser ce que l'on appelle un procédé de gestion privée, par opposition à l'usage normal de la gestion publique ; le juge judiciaire sera alors compétent.

Elle peut ainsi faire appel à des personnes privées, collaborateurs du service public, comme dans l'arrêt Terrier ; elle peut aussi passer certains contrats dans les conditions du droit commun (CE 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, GAJA. 156) ; elle peut enfin exploiter des activités commerciales en cas de défaillance de l'initiative privée (Société commerciale de l'Ouest africain dit du Bac d'Eloka, précité).

Mais, dans tous ces cas, la gestion privée n'est considérée que comme une exception par rapport au régime juridique normal, le droit administratif, c'est-à-dire la gestion publique.

Ainsi Duguit pouvait affirmer que le service public est « une activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante » (*Les transformations du droit public*, 1913). Il ajoutait : « La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. »

§ 2 – LES TRANSFORMATIONS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC ET SA CRISE

C'est dans la mutation profonde que connaît la conception de l'intérêt général, à partir de la période de l'entre-deux-guerres, que se trouve sans doute la cause principale des transformations qui vont affecter la notion de service public ; débordant les frontières de ce qui est indispensable à la collectivité, l'intérêt général tend à s'identifier à tout ce qui peut lui être utile ; il n'y a plus dans ces conditions d'activité publique par nature ; sous l'influence des événements, crises économiques, ou crises politiques, nationales ou internationales, sous l'influence aussi des idéologies, s'impose désormais le fait que toute activité qui revêt une importance pour la vie de la collectivité, concerne l'intérêt général et peut être érigée en service public si les gouvernants le décident ; c'est d'ailleurs ce qu'écrivait un auteur : « Sont uniquement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public » (G. Jèze). S'il n'y a plus d'activités publiques par nature, il n'existe plus non plus d'activités réservées par nature à l'initiative privée.

C'est cette conception qui va progressivement s'imposer sous l'influence des circonstances et des idéologies et qui va susciter un prodigieux développement de l'interventionnisme des collectivités publiques. Cette extension de la sphère de l'intérêt général va entraîner la désagrégation de la notion de service public qui se manifeste sur trois plans : en effet, les éléments constitutifs de la notion vont se désolidariser du fait d'une triple rupture.

A. La rupture activité d'intérêt général-activité de service public

Il n'y a plus coïncidence entre l'activité d'intérêt général et l'activité de service public.

De nombreuses activités privées présentent un intérêt général sans être pour autant érigées en service public ; elles pourront être l'objet d'une simple réglementation de police administrative ; ainsi les activités de service public ne recouvrent qu'une partie des activités d'intérêt général ; il existe désormais des activités privées d'intérêt général ; en outre, il n'est plus possible de déterminer un domaine stable aux activités de service public.

À l'inverse, la collectivité publique peut être conduite à prendre le contrôle de certaines activités qui touchent l'intérêt général sans que l'on puisse voir en elles des activités de service public ; la collectivité publique peut en effet poursuivre un but purement économique ou financier, et non pas un but de service public qui est la satisfaction directe d'un besoin d'intérêt général ; c'est ainsi que de nombreuses activités économiques sont assurées par des organismes publics sans pour autant que l'on se trouve en présence d'activités de service public.

B. La rupture activité de service public-organisme public

Il n'y a plus coïncidence entre activité de service public et organisme public gestionnaire.

L'existence d'une activité de service public n'entraîne pas nécessairement création d'un organisme public ; les modes d'intervention de la collectivité publique sont à cet égard d'une grande diversité. En dehors de la prise en charge directe sous forme d'un monopole de la gestion de l'activité, elle peut intervenir en concurrence avec des organismes privés : tel est le cas en matière d'enseignement ou de santé publique par exemple.

Elle peut aussi s'associer avec des personnes privées et constituer des sociétés d'économie mixte ; elle peut se borner à imposer des obligations de service public à des personnes privées dont les activités touchent de près l'intérêt général : c'est ce que l'on appellera le service public virtuel (CE Sect. 29 janvier 1932, Société des autobus Antibois, GAJA. 287).

Par la suite, le Conseil d'État reconnaîtra qu'un organisme privé peut se voir confier la gestion d'une activité de service public (13 mai 1938, Ass. Caisse primaire « Aide et Protection », GAJA. 330) et sa jurisprudence postérieure amplifiera ce mouvement, notamment dans le domaine de l'action économique et sociale (CE Ass. 31 juillet 1942, Monpeurt, GAJA. 336 et Ass. 2 avril 1943, Bouguen, GAJA. 346).

Ainsi, il n'est plus possible de déduire de façon absolue, de l'existence d'un organisme public qu'il se livre à une activité de service public ; de même il n'est pas possible de déduire du fait qu'une activité est confiée à une personne privée qu'elle ne constitue pas une activité de service public.

C. La rupture activité de service public-régime juridique administratif

Mais la désagrégation de la notion de service public se produit à un troisième niveau : il n'y a plus coïncidence entre le service public et le régime juridique de droit administratif.

Les organismes chargés de la gestion du service public ne sont pas nécessairement soumis au droit public.

Les organismes publics peuvent en effet faire appel aux procédés du droit commun chaque fois que l'activité n'appelle pas l'application de règles spéciales, et ce sera le cas, tout particulièrement, en ce qui concerne les activités industrielles et commerciales érigées en service public qui seront en principe soumises au droit privé.

Inversement, le fait qu'une activité relève d'un organisme privé n'exclut pas l'application, au moins partielle, du droit administratif. Ce sera le cas chaque fois que l'État aura confié à un organisme privé une mission de service public en lui déléguant la possibilité d'utiliser les prérogatives de puissance publique, par exemple le pouvoir de prendre des décisions unilatérales, ou bien le bénéfice d'avantages exorbitant du droit commun : perception de taxes parafiscales, recours à l'expropriation, etc.

Ainsi, la rupture de l'unité de la notion de service public est-elle complète : la notion ne peut plus jouer le rôle de « pierre angulaire du droit administratif » qu'elle avait tenu à l'époque classique ; elle n'est plus le critère unique de la compétence du juge administratif ; elle ne peut plus fonder la spécificité du droit administratif ; cependant la notion de service public conserve une place essentielle dans le système administratif.

§ 3 – CONCEPTION ET RÔLE ACTUELS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

L'évolution qu'a subi la notion de service public a certes été profonde ; elle n'a cependant pas porté atteinte à la justesse de l'idée maîtresse sur laquelle elle reposait : seule la puissance publique peut garantir la satisfaction de l'intérêt général, et cela malgré les critiques dont cette notion d'intérêt général a pu être l'objet.

Mais en revanche cette évolution a frappé la notion d'une très grande indétermination d'où il découle que la première difficulté à surmonter c'est celle de l'identification du service public ; le rôle que la notion peut jouer est en effet sous la dépendance de la solution apportée à la question de son identification.

Enfin le service public « à la Française » doit désormais s'adapter aux exigences du droit communautaire.

A. L'identification du service public

Reconnaître l'existence d'un service public exige le recours à un certain nombre d'indices qui, à défaut naturellement d'une volonté expressément manifestée par la puissance publique, permettront de déduire que l'autorité publique a eu véritablement l'intention d'ériger une activité en service public.

On sait qu'il n'y a plus d'activité publique ou privée par nature, et l'on ne peut donc pas se fonder sur le fait qu'une activité est gérée par une personne privée pour exclure la possibilité, pour cette activité, d'être un service public.

Nous avons vu qu'avec la théorie du service public virtuel, le Conseil d'État avait reconnu la légitimité d'une réglementation imposant le respect d'obligations de service public à une entreprise privée de transport en commun (Société des autobus Antibois, précité), activité jusqu'alors considérée comme activité privée ; mais la jurisprudence abonde en exemples d'activités dont la collectivité publique a estimé, à un moment donné, qu'elles présentaient une importance suffisamment grande pour se voir imposer des obligations de service public, ou pour justifier la prise de contrôle par l'autorité administrative ; ce sont de telles considérations qui ont donné naissance à la théorie du « socialisme municipal » en vertu de laquelle les collectivités locales se sont vues reconnaître le droit de prendre en charge certaines activités économiques ou sociales dès lors qu'un besoin essentiel pour la vie de la collectivité n'était pas assuré par l'initiative privée (CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, GAJA. 276). La loi du 2 mars 1982 a d'ailleurs officialisé cette jurisprudence, en reconnaissant aux collectivités locales un pouvoir d'intervention en matière économique qui a trouvé largement à s'appliquer dans le domaine de la création d'entreprises destinées à développer l'emploi.

Ainsi une activité ne peut être qualifiée de service public que si elle présente certains caractères.

Tout d'abord, elle doit avoir un rapport direct avec la satisfaction d'un intérêt général ; c'est ce qu'affirmait André de Laubadère pour lequel l'activité de service public doit avoir pour but la *satisfaction directe et immédiate* d'un besoin collectif ; ainsi peut-on distinguer l'activité de service public, de la simple activité économique prise en charge par l'administration sous la forme de l'entreprise publique. Mais il faut aussi que les modalités de gestion de l'activité fassent apparaître une spécificité ne permettant pas d'assimiler cette gestion à celle d'activités privées similaires.

Et c'est ici que l'on rencontre les indices que la jurisprudence estime révélateurs de la volonté de l'administration de créer un

service public ; ces indices sont constitués soit par des prérogatives de puissance publique, soit par des obligations spécifiques, c’est-à-dire des dérogations en plus et en moins par rapport au droit commun, selon l’expression utilisée par Jean Rivero.

Le juge analyse ainsi l’ensemble du régime juridique auquel est soumise l’activité pour en déduire que le législateur a eu l’intention d’en faire une activité de service public.

Ainsi, les centres techniques industriels, créés par le législateur sous la forme d’établissement d’utilité publique, sont des organismes de droit privé ; mais ils ont reçu la mission d’assurer la modernisation industrielle et pour ce faire un seul établissement est créé par branche avec le monopole de cette mission ; les industriels sont assujettis au versement de cotisations qui assurent le financement de plus de la moitié des dépenses de fonctionnement du centre ; l’administration qui nomme les membres du conseil d’administration, exerce, par ailleurs, le contrôle des activités de l’organisme par l’intermédiaire d’un Commissaire du gouvernement ; ainsi, le juge estime que tout en conservant leur caractère d’organismes privés, les centres techniques industriels se sont vus confier par le législateur la gestion d’une véritable mission de service public (CE Sect. 28 juin 1963, Narcy, R. 401). Mais il convient de ne pas oublier que l’existence d’une activité de service public ne conduit pas nécessairement à l’application intégrale d’un régime juridique spécial de droit administratif.

Il pourra y avoir de grandes différences selon que l’on aura affaire à un service public administratif, ou à un service public industriel et commercial ; de même, les modalités du régime juridique varieront selon que le service public sera géré par une personne publique ou par une personne privée, ce qui conduit à une diversification du régime juridique dont les deux extrêmes sont constitués par la gestion publique et la gestion privée.

B. Le rôle de la notion de service public

Compte tenu de la diversification du régime juridique applicable aux services publics, il est clair que la notion ne peut plus servir de base à la détermination du champ d'application du droit administratif ; de même elle ne peut plus servir de critère unique de la compétence du juge administratif, puisque celle-ci est exclue chaque fois que le service public est géré dans les conditions du droit privé.

Cependant, si la notion ne peut plus jouer le rôle exclusif qui fut le sien au début du siècle, elle occupe, encore aujourd'hui, une place essentielle au sein du droit administratif.

Tout d'abord, c'est elle qui rend compte des particularités d'un grand nombre de règles du droit administratif ; ces particularités ne se comprennent que si l'on conserve présente à l'esprit, l'idée que la réalisation du but d'intérêt général assigné au service public, ne peut, dans certains cas, être atteinte que par le recours à des prérogatives ou à des obligations dérogatoires au droit commun.

L'idée de service public donne ainsi une justification logique aux prérogatives de puissance publique, comme aux sujétions qui s'imposent à l'organisme gestionnaire du service public.

C'est également l'idée de service public qui rend compte du fait que, par-delà leur diversité, tous les services publics soient astreints au respect d'un certain nombre de principes fondamentaux de fonctionnement destinés, par exemple, à assurer la continuité du service public ou l'égalité entre ses usagers.

Enfin, si la compétence du juge administratif ne coïncide plus aujourd'hui avec le domaine correspondant à l'ensemble des services publics, cette compétence ne peut pas être retenue si le litige ne se rattache pas à une activité de service public.

Ainsi, la notion de service public n'est plus une condition suffisante de la compétence administrative, mais elle en est une condition *nécessaire* ; par exemple, le Tribunal des conflits juge qu'une association hospitalière, chargée par la collectivité

publique du traitement des malades mentaux, a sans doute reçu une mission de service public ; mais, en l’absence de toute prérogative de puissance publique, elle exerce cette mission dans les conditions du droit privé et relève à ce titre de la compétence des tribunaux judiciaires (6 novembre 1978, Ass. Hospitalière Ste Marie, AJDA 1979. 35).

Exceptionnellement, la seule présence du service public peut entraîner la compétence administrative, mais c’est alors parce que la mission de service public est aussi une « mission de puissance publique », selon l’expression du commissaire du gouvernement dans ses conclusions pour l’arrêt Bertin (CE Sect. 20 avril 1956, GAJA. 486).

Mais, dans la plupart des cas, à la présence du service public devra s’ajouter un élément complémentaire, l’existence d’une prérogative ou d’une sujétion exorbitante du droit commun.

On voit que la notion de service public conserve ainsi un rôle déterminant, même s’il n’est plus exclusif.

C. L’adaptation du service public au droit communautaire

Le service public, tel qu’il a été organisé en France, souvent sous forme de monopole, ou en tout cas, bénéficiant de prérogatives de puissance publique, se heurte au principe fondamental de la libre concurrence consacré par l’article 90-1 du traité de Rome. Celui-ci s’oppose en effet, au maintien au profit d’aucune entreprise « de droits spéciaux ou exclusifs ».

Ceci ne concerne pas les services publics régaliens (justice, police, armées etc.). Par ailleurs certains assouplissements et aménagements du principe ont été admis par la CJCE. qui permettent, sans doute, de conserver les services publics dont la mission ne pourrait être sauvegardée s’ils étaient soumis de façon absolue à la concurrence. Mais ces exceptions et aménagements laissent subsister l’obligation d’ouvrir à la concurrence les principaux services publics, notamment ceux qui bénéficiaient de monopole : Électricité de France (EDF), télécommunication (France Télécom), La Poste, Chemins de

Fer (SNCF) ; c'est ce qu'ont réalisé un certain nombre de lois qui ont transposé les directives communautaires relatives à ces secteurs dans le droit interne.

Le changement de statut des organismes qui en assurent jusqu'alors la gestion en est une conséquence directe et nécessaire, illustrée notamment par la loi modifiant le statut d'Électricité et Gaz de France.

SECTION II

LE RÉGIME JURIDIQUE DES SERVICES PUBLICS

Dans la mesure où le service public conserve cette caractéristique fondamentale d'être destiné à assurer la satisfaction directe et immédiate d'un besoin essentiel à la vie de la collectivité, il semble naturel que tous les services publics soient astreints au respect de principes fondamentaux qui garantissent que cet objectif sera atteint.

Mais au-delà de ces principes communs, la diversité des activités de service public conduit fréquemment à une diversification de leur régime juridique.

§ 1 – LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU SERVICE PUBLIC

Ces principes fondamentaux sont au nombre de trois : il s'agit de faire en sorte que le service public fonctionne de manière continue ; que les prestations qu'il dispense le soient de façon égale au profit de ses usagers et que le service soit adapté en permanence afin d'assurer les prestations dans les meilleures conditions ; mais, à ces trois principes fondamentaux sur lesquels tout le monde s'accorde, s'en ajoutent deux autres qui ne font pas l'unanimité mais qui méritent d'être présentés : il s'agit du principe de gratuité et du principe de neutralité.

A. Le principe de continuité du service public

Sa justification relève du domaine de l’évidence : destiné à la satisfaction d’un besoin d’intérêt général, le service public doit fonctionner régulièrement tant que le besoin subsiste ; c’est ce qui a fait dire que la continuité était « l’essence même du service public » (Commissaire du gouvernement Tardieu, pour CE 7 août 1909, Winkell, R. 826 et 1296). Toute interruption de son fonctionnement apparaît ainsi comme la négation même du service public, même si les conséquences de l’interruption ne se manifestent pas de façon immédiate et spectaculaire pour tous les services publics.

De très nombreuses règles du droit administratif découlent de ce principe de continuité.

Les autorités administratives ont l’obligation de faire fonctionner le service dès sa création ; elles ne peuvent cesser de le faire fonctionner sans commettre une illégalité et sans s’exposer, éventuellement, à ce que leur responsabilité soit engagée.

Le juge vérifie d’ailleurs que les décisions des autorités administratives relatives à l’organisation du service « n’ont pas eu pour effet de limiter, dans des conditions anormales, le droit d’accès des usagers », ce qui constituerait une interruption partielle du service. Certaines règles régissant le contrôle administratif qui pèse encore sur les collectivités locales, s’expliquent par l’idée de continuité : ainsi, en est-il de la réglementation concernant les dépenses obligatoires grâce à laquelle l’autorité administrative de contrôle peut contraindre la collectivité à assurer, de façon continue, un certain nombre de services publics locaux essentiels en matière de lutte contre l’incendie, d’hygiène, de voirie, etc.

La théorie des circonstances exceptionnelles est toute entière fondée sur l’idée qu’il convient, d’abord, d’assurer la satisfaction des besoins essentiels de la collectivité.

Nous verrons que de très nombreuses règles applicables aux contrats administratifs s’expliquent également par la nécessité de faire fonctionner le service public, et il en est de même du droit de la fonction publique.

À cet égard, on doit insister sur le fait que le problème le plus délicat est celui de la conciliation du principe de continuité et du droit de grève dont le préambule de la Constitution de 1946 a reconnu la légitimité en précisant qu'il « s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

En fait, le législateur n'a jamais réglementé de façon générale l'exercice de ce droit et c'est pourquoi le juge administratif a été conduit à décider que, dans le silence du législateur, le gouvernement était habilité à réglementer l'exercice de ce droit de façon à le rendre compatible avec les exigences de l'ordre public et du bon fonctionnement des services publics, cela sous le contrôle du juge (CE Ass. Dehaene, 7 juillet 1950, GAJA. 414).

Malgré tout, cette conciliation reste problématique, ainsi qu'on a pu le constater avec les interruptions de la distribution de l'électricité lors du débat parlementaire consacré au changement de statut d'EDF et GDF ; et l'on n'a pas encore réussi à faire accepter l'instauration d'un service minimum, même dans les transports en commun, qui pourrait constituer « ce code de bonne conduite qui respecte le droit de grève en prenant en charge, un peu mieux qu'il n'a été fait jusqu'à présent, le principe de continuité et le droit des usagers à ce que leurs ennuis soient allégés » (M. Rocard, 1988).

B. Le principe d'égalité

Ce principe veut que le service public fonctionne dans des conditions égales pour tous les usagers ; il s'agit d'ailleurs d'un principe général du droit (CE Sect. 9 mars 1951, Société des Concerts du conservatoire, GAJA. 431) qui s'impose en ce qui concerne les prestations et les charges du service. Le respect du principe d'égalité s'impose dès lors que l'utilisateur satisfait aux conditions légales d'accès au service ; aucune discrimination n'est possible si « les usagers se trouvent dans une situation comparable au regard du service ».

Toutefois, la discrimination ne sera pas irrégulière si les usagers ne sont pas dans une situation comparable ; cette exception

trouve fréquemment à s’appliquer en ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux qui peuvent conduire une politique commerciale à l’égard des diverses catégories d’usagers-clients : le service peut ainsi avoir une politique tarifaire fondée sur la nature des prestations consommées, ou leur volume.

Le principe d’égalité concerne également les charges du service public, que celles-ci constituent la contrepartie naturelle des prestations, ou qu’elles soient le résultat de dommages causés par le service. L’application du principe d’égalité devant les charges du service entraîne parfois l’application de la responsabilité sans faute de la puissance publique qui permet l’indemnisation de la victime du dommage constitutif d’une rupture de l’égalité devant les charges publiques (CE 30 novembre 1923, Couitéas, GAJA. 252).

C. Le principe d’adaptation

Il s’agit du troisième principe fondamental qui signifie que les autorités responsables du service doivent adapter celui-ci à l’évolution des besoins qu’il a pour mission de satisfaire, ainsi qu’à l’évolution des techniques diverses qui permettent de les satisfaire dans les meilleures conditions.

Ce principe emporte diverses conséquences sur la situation des agents du service, sur celle de ses contractants et sur celle de ses usagers. Les agents du service se trouvent dans une situation statutaire en vertu de laquelle ils peuvent être affectés en fonction des besoins du service ; le chef de service peut déterminer les conditions d’organisation et de fonctionnement du service les plus appropriées à l’évolution de ces besoins ; pour ce faire, il dispose du pouvoir réglementaire nécessaire sur la base de l’arrêt Jamart (précité).

Les contrats administratifs passés par le service sont soumis au pouvoir de modification unilatérale et éventuellement, au pouvoir de résiliation, compte tenu de l’évolution des besoins que le service doit satisfaire.

Quant aux usagers, s'ils ont droit aux prestations, ils ne peuvent prétendre au maintien du service dans l'état qui existait au moment où ils sont entrés en rapport avec lui ; c'est ce principe d'adaptation qui est au centre des difficultés qui surgissent entre l'État et les parents d'élèves, à propos des fermetures de classes ou d'établissements d'enseignement, ou bien encore entre la SNCF et ses usagers, à propos de la fermeture des lignes non rentables, ou à propos de la fermeture des succursales de la Banque de France ou du redéploiement des bureaux de poste.

D. Le principe de gratuité

Certains auteurs estiment que la gratuité des prestations constitue un principe fondamental du service public ; c'est ce que soutenait Hauriou qui, à l'époque où il écrivait, pensait que le fonctionnement des services publics devait être assuré par l'impôt.

Ce point de vue pouvait être soutenu alors que les services publics étaient peu nombreux, et alors que les plus importants d'entre eux fournissaient à la collectivité tout entière des prestations qui ne pouvaient pas être individualisées : sécurité intérieure ou extérieure, justice, administration générale, représentation de l'État à l'étranger, etc. D'autres services assuraient, il est vrai, des prestations individualisables, de façon gratuite en raison d'une conception particulière de leur fonctionnement : l'assistance et certaines formes de protection de la santé, l'instruction publique, étaient soumises au principe de gratuité.

Mais le développement des services publics, notamment industriels et commerciaux, a changé fondamentalement les données du problème. Si le principe de gratuité doit subsister pour les services publics administratifs, les prestations des services publics industriels et commerciaux doivent donner lieu à perception d'un prix (M. Waline). C'est aujourd'hui cette frontière qui est communément admise entre services qui fonctionnent gratuitement et services qui prélèvent le prix de leur intervention.

Toutefois, deux remarques doivent être faites.

D'abord, il n'est nullement inconcevable qu'une participation puisse être demandée au coût de fonctionnement du service public administratif : la participation obéit alors à deux ordres de préoccupation ; elle permet de responsabiliser l'utilisateur, et revêt un aspect éthique en quelque sorte ; elle peut aussi permettre de résoudre le problème, toujours délicat du financement du service public.

Mais il convient de veiller, naturellement, à ce que cette participation financière soit limitée et établie en tenant compte de la situation économique de l'utilisateur ; il reste que le passage de la gratuité au paiement d'une redevance, même limitée, pose toujours un problème : c'est ce que l'on a par exemple pu constater à propos de la détermination des droits d'inscription, généraux ou spécifiques, dans l'enseignement supérieur.

En revanche, il n'y a aucune difficulté en ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux ; les prestations doivent être payées si possible en fonction de leur coût ; ceci n'est pas toujours le cas lorsque l'État contrôle les tarifs et influe sur leur niveau en fonction de critères qui ne sont pas nécessairement et exclusivement d'ordre économique.

E. Le principe de neutralité

On a dit que ce principe était, le plus souvent, une autre face du principe d'égalité ; il est bien vrai que toute partialité peut conduire le service public à établir des discriminations contraires au principe d'égalité.

Toutefois, cela ne correspond pas à toutes les situations envisageables ; on peut parfaitement imaginer que l'employé des postes ou l'instituteur, le douanier ou le conservateur de musée, tiennent des propos, arborent des emblèmes ou exhibent des publications ne laissant planer aucun doute sur ses opinions politiques, philosophiques ou religieuses. Ce prosélytisme, plus ou moins actif, peut ne pas s'accompagner de discriminations à l'égard des usagers ; il n'y aura pas de violation du

principe d'égalité, mais un doute pourra surgir dans l'esprit de l'usager quant à l'impartialité du service public. C'est précisément ce doute qui ne doit pas exister et que le principe de neutralité permet d'éviter. La menace qui pèse sur la neutralité du service est variable selon le type de prestations ; peu vraisemblable s'il s'agit de prestations matérielles, elle est beaucoup plus redoutable lorsqu'il s'agit de prestations intellectuelles, telles celles de l'enseignement ; c'est la raison pour laquelle les établissements d'enseignement, de quelque niveau qu'ils soient, doivent se garder de se réclamer de personnages autres que scientifiques afin que nul ne puisse mettre en doute leur objectivité.

Le problème de la neutralité peut aussi se poser aux autorités administratives lorsqu'elles sont sollicitées de mettre les locaux dont elles ont la responsabilité à la disposition d'organisations politiques ou syndicales ; tout est question de circonstances. Le choix de la décision est en définitive lié à un impératif clair : ne pas donner le sentiment que les moyens administratifs sont utilisés de façon préférentielle par tel groupement ou association.

Enfin, en ce qui concerne les agents du service public, le devoir de neutralité découle directement du statut de la fonction publique, ou des principes généraux s'il s'agit d'agents non-fonctionnaires ; tous peuvent avoir des opinions en vertu de la liberté d'opinion qui leur est reconnue et qui est une liberté constitutionnelle ; mais l'expression de cette opinion, quelles qu'en soient les modalités, paroles, insignes, écrits, ou tenue vestimentaire, doit être prohibée de façon absolue, de façon à ne pas faire douter de la neutralité du service (CAA Lyon, 27 novembre 2003, M^{elle} Ben Abdallah, AJDA, 2003, p. 1951).

§ 2 – LA DIVERSIFICATION DU RÉGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC

Quelle qu'en soit la nature, le service public doit faire l'objet d'une décision de création qui est différente selon la collectivité concernée.

C’est normalement le gouvernement pour l’État sauf le cas où la création du service met en cause une matière relevant de la loi : par exemple la liberté du commerce et de l’industrie.

Ce sont les assemblées délibérantes pour les collectivités locales dont la compétence est déterminée par la loi.

L’autorité qui a la compétence nécessaire pour créer le service dispose en général de la compétence qui permet de déterminer ses règles d’organisation et de fonctionnement.

Il va de soi que la décision de création oblige l’autorité compétente à poser les règles nécessaires au fonctionnement du service. Celui-ci doit fonctionner tant que sa suppression n’a pas été décidée.

Cependant le régime juridique auquel est soumis le service va subir une sorte de « modulation » en fonction de la nature de l’activité du service public, de la nature des personnes appelées à le gérer, ou des situations spécifiques des différents services.

Ainsi apparaît au premier plan une distinction fondamentale entre la gestion publique et la gestion privée du service public ; en principe les services publics administratifs sont soumis à un régime de gestion publique.

En revanche, les services publics industriels et commerciaux sont soumis à un régime de gestion privée.

Mais on rencontre aussi, parfois, des services ou des situations mixtes, dans lesquels les activités de service public sont soumises à un régime hybride en quelque sorte où coexistent gestion publique et gestion privée.

A. Le service public administratif, service public à gestion publique

Il est difficile de donner une définition positive du service public administratif ; en effet, les services de ce type se caractérisent par le fait qu’ils ne se livrent à aucune activité industrielle et commerciale. C’est donc l’absence de recherche de profit commercial qui est la marque distinctive, mais négative.

tive, de l'existence du service public administratif ; en l'absence de cette recherche, le Tribunal des conflits estime qu'un organisme, même créé sous la dénomination d'établissement industriel et commercial, n'a en réalité qu'une action purement administrative (TC 24 juin 1968, Société. distillerie bretonne, R. 801).

En principe, le service public administratif est soumis à un régime de droit administratif : il est l'objet d'une gestion publique, conformément à la jurisprudence traditionnelle élaborée au début du siècle. On peut illustrer cela en examinant les divers actes, situations ou opérations, que doivent prendre, ou auxquelles sont confrontées, les autorités responsables de ces services.

Ces autorités agissent par la voie de la décision unilatérale ; elles passent des contrats administratifs ; les biens qui sont affectés au service public sont soumis à la domanialité publique ; elles peuvent utiliser la prérogative de l'expropriation et leurs travaux sont soumis au régime des travaux publics. Leur gestion financière obéit aux règles de la comptabilité publique ; les personnels du service sont normalement soumis au droit de la fonction publique et les usagers se trouvent à l'égard du service dans une situation légale et réglementaire.

Naturellement, les responsables doivent assumer toute une série d'obligations que l'on peut synthétiser en disant qu'ils doivent faire fonctionner le service de façon continue, adaptée à sa mission et égale pour tous.

Cependant, on admet depuis longtemps que le recours aux procédés de gestion publique peut être écarté chaque fois qu'ils ne s'avèrent pas nécessaires ; ainsi a-t-on admis que les autorités administratives puissent se placer dans les conditions du droit privé (CE 6 février 1903, Terrier précité) ; ceci est particulièrement utile dans certaines situations : acquisition de biens à l'amiable, recrutement de personnel par contrat dans les conditions du droit du travail, conclusion de contrats et

conventions dans les conditions du droit privé. Il peut même se faire que le service soit confié à des personnes privées sans que leur aient été déléguées des prérogatives de puissance publique (TC 6 novembre 1978, Assoc. Hospitalière Ste Marie de l'Assomption, précité et CE 13 octobre 1978, ADASEA du Rhône, R. 368). Il s'agit alors d'un service public administratif entièrement soumis à la gestion privée.

B. Le service public industriel et commercial, service public à gestion privée

La définition du service public industriel et commercial a été donnée pour la première fois par le Tribunal des conflits dans sa décision du 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, dite du bac d'Eloka (GAJA. 229).

« Considérant qu'en effectuant moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures... la colonie de la Côte-d'Ivoire exécute un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire... ».

La définition du service public industriel et commercial repose sur trois éléments : une activité commerciale, un but lucratif et une organisation analogue à celle d'un service industriel privé équivalent.

Si l'activité du service correspond à cette définition, il est logique de la soumettre au droit normalement prévu pour régir les activités commerciales et industrielles, c'est-à-dire le droit commun.

Les relations du service avec les usagers et avec ses fournisseurs seront des relations commerciales et, comme telles, soumises au droit commercial ; les personnels seront soumis au droit du travail à l'exception du directeur général et du chef de la comptabilité.

La responsabilité du service ne peut être engagée que dans les conditions du droit commun si la victime est un usager ou un tiers.

Les biens sont soumis au droit privé à l'exception des biens qui sont affectés au fonctionnement du service public, par exemple les installations portuaires ou ferroviaires.

Ainsi des exceptions peuvent également se présenter qui laissent une place à l'application du droit administratif ; on en a déjà vu un exemple à propos du personnel de direction et du chef de la comptabilité et des biens ; mais il en est d'autres : tout ce qui concerne l'organisation du service, ou les règles régissant son fonctionnement, relève du pouvoir de réglementation de l'autorité responsable du service, même si le service est géré par une personne de droit privé (TC ; 15 janvier 1968, *Époux Barbier c/ Air France*, GAJA. 585).

De même le service peut se prévaloir de l'expropriation, du régime des travaux publics ou de la domanialité publique.

C. Les situations complexes : gestion publique-gestion privée

L'activité administrative est profondément marquée, depuis plusieurs décennies, par l'influence des activités privées et des méthodes mises en œuvre dans le secteur privé en réaction, sans doute, contre les excès d'une certaine forme de bureaucratie ; mais il convient de relever que ce phénomène est également dû à l'extension de l'action administrative dans des domaines qui étaient restés, jusqu'alors, du seul ressort de l'initiative privée.

Ces deux facteurs ont ainsi joué puissamment pour faire admettre que le droit administratif traditionnel, imprégné de l'idée de puissance publique, ne convenait pas nécessairement pour encadrer les activités nouvelles que l'administration souhaitait contrôler, notamment dans le secteur social, économique ou culturel.

L'appel aux techniques du droit privé – et aux personnes de droit privé – s'est donc largement développé dans certaines activités, ou dans certains services, jusqu'à occuper parfois une place à peu près égale à celle des procédés de gestion publique.

En présence de situations de ce type, on peut dire qu'il n'y a plus aucune présomption d'application de l'un ou l'autre procédé de gestion ; il faut se livrer, de façon systématique, à une analyse cas par cas, des situations en cause pour décider si elles relèvent de la gestion publique ou de la gestion privée (TC 13 décembre 1976, Époux Zaoui, R. 706). Cela ne signifie pas un déclin du droit administratif.

Certes, il n'est plus le droit exclusif du service public, mais celui-ci s'est considérablement étendu dans le temps même où se développait le recours à la gestion privée. On peut ainsi affirmer que, s'il y a eu « privatisation » de la gestion des services publics, ce phénomène s'est accompagné d'un autre, d'une ampleur au moins égale, la publicisation d'un grand nombre d'activités qui étaient antérieurement des activités purement privées.

Les techniques du droit public ont ainsi gagné toute une série d'activités qu'elles ne touchaient pas autrefois : planification, aménagement du territoire, urbanisme, services publics économiques, services publics sociaux ou culturels, activités commerciales et industrielles, protection de l'environnement, audiovisuel et communication, informatique, nucléaire, etc.

Cette évolution a permis et permettra plus encore à l'avenir, une sorte de confrontation des techniques du droit public et de celles du droit privé, ainsi que la fécondation réciproque de la gestion publique et de la gestion privée des grandes organisations administratives, qu'elles soient publiques ou privées.

Une illustration caractéristique de cette évolution est donnée par l'adoption des contrats de partenariat « public-privé » (projet d'Ordonnance adapté en Conseil des ministres, 16 juin 2004).

Telle est ainsi la contrepartie, largement positive, de la diversification du service public dans ses activités, dans les organes qui en sont chargés et dans les techniques de leur gestion, qu'elles soient juridiques ou instrumentales.

Finalement, ce sont ces mutations qui ont été présentées traditionnellement comme le signe d'une crise du service public. En réalité, il faut se demander si cette crise n'est pas plutôt la conséquence d'une très grande réussite de l'idée de service public ; ce que le service public a perdu en « pureté » juridique, il l'a gagné largement en extension de son rôle au sein de la société moderne.

Sans doute les juristes ont-ils perdu les certitudes d'antan ; ils doivent se poser des questions parfois difficiles. Y a-t-il service public ? Quelle est la nature du litige et donc le droit applicable ? Quel est le juge compétent ?

Mais ces difficultés découlent de ce que la société est devenue plus complexe, et non pas de ce que la notion de service public aurait perdu son utilité.

SECTION III

LES MODES DE GESTION DU SERVICE PUBLIC

Les modes de gestion du service public ont connu une large évolution qui répond, en tout point, à l'évolution qui, depuis un demi-siècle, a marqué les activités de l'administration.

Cette évolution s'est traduite par la diversification des modes de gestion du service public.

Traditionnellement, deux procédés étaient principalement utilisés : la régie directe et la concession de service public.

Avec l'extension des activités de service public, de nouveaux procédés sont apparus, tandis que certains procédés anciens se développaient. Le recours à l'établissement public s'est affirmé comme un procédé de premier plan dans tous les domaines, parallèlement au développement du recours aux organismes privés : organismes professionnels, associations, établissements d'utilité publique, syndicats, etc. Enfin, le développement des services publics industriels et commerciaux a conduit à en confier la gestion à des organismes divers, sociétés d'économie mixte, établissements publics industriels

et commerciaux, voire « organismes publics » innommés qui constituent de véritables entreprises publiques.

§ 1 – LES PROCÉDÉS TRADITIONNELS DE GESTION DU SERVICE PUBLIC

Ce sont essentiellement la régie directe et la concession ; ces deux procédés répondent en effet parfaitement aux besoins d’une situation historique donnée : le service public est constitué d’un nombre limité d’activités d’intérêt général qui concernent principalement les grandes fonctions étatiques ou la satisfaction des besoins élémentaires des collectivités locales ; ces activités seront donc gérées directement, car on ne conçoit qu’il puisse en être autrement.

En revanche, lorsque, de façon exceptionnelle, la puissance publique prend en charge une activité industrielle et commerciale, il paraît plus opportun d’en confier la gestion à une entreprise privée dans le cadre d’une convention de concession.

A. La régie directe

Elle peut se définir comme le procédé par lequel la collectivité publique assume la gestion du service public par ses propres moyens. C’est sous cette forme que sont gérés les principaux services publics administratifs de l’État et des collectivités locales : justice, urbanisme, hygiène, défense nationale, sécurité, etc.

Les services publics exploités en régie n’ont, évidemment, aucune individualité, ni juridique, ni financière ; ce sont de simples services dépendant de la collectivité qui les a créés ; leurs actes et leurs opérations doivent être rapportés à l’État ou à la collectivité locale, selon le cas. Le financement est assuré par le budget de la collectivité qui abrite le service dans ses locaux et lui fournit les moyens matériels et les personnels dont il a besoin pour fonctionner. On ne doit pas confondre la régie directe avec les régies dotées de la personnalité morale et de l’autonomie financière que les communes peuvent créer

pour l'exploitation de certains services publics industriels et commerciaux ou administratifs (article L. 2221-10 du code général des collectivités territoriales).

B. La concession

La concession est l'une des manifestations les plus importantes de la délégation de service public dont la passation et le contenu sont encadrés depuis la loi du 29 janvier 1993 (loi Sapin) et qui est définie par la loi du 11 décembre 2001 comme « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité, à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats du service. Le délégataire peut être chargé de construire ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

La concession de service public a connu une évolution tout à fait remarquable depuis le XIX^e siècle où elle a joué un rôle de premier plan dans la construction des infrastructures et la gestion des services publics industriels et commerciaux tant nationaux que locaux ; après une période d'éclipse, qui s'explique plus par des raisons idéologiques que techniques, la concession a retrouvé aujourd'hui une certaine faveur.

Le procédé de la concession consiste à confier à un organisme privé, généralement une entreprise, mais qui peut être aujourd'hui un établissement public, ou une société d'économie mixte dans laquelle la collectivité peut être majoritaire, le soin d'exploiter une activité de service public après en avoir éventuellement construit les bases matérielles.

Ce procédé a été imaginé à une époque où, tout en reconnaissant la nécessité pour la puissance publique de contrôler le service public, on estimait que l'administration ne devait pas s'engager dans des opérations industrielles et commerciales pour lesquelles elle était mal préparée.

La concession permet ainsi à la collectivité publique de se décharger de tâches techniques qui échappent à sa compétence,

tout en contrôlant l’activité du concessionnaire qui doit se conformer aux exigences de l’intérêt général.

Ce procédé a été utilisé pour la construction et la gestion du réseau de chemin de fer, pour la production et la distribution du gaz et de l’électricité, la distribution de l’eau, les transports en commun, etc. Ce procédé a connu de profondes transformations du fait des difficultés financières que les concessionnaires ont parfois rencontrées et qui les ont conduits à solliciter l’aide de la collectivité concédante. Par ailleurs, il est apparu aux yeux de certains, qu’il était anormal que des activités essentielles pour la vie de la collectivité soient confiées à des entreprises privées : les grandes compagnies concessionnaires ont donc été nationalisées et remplacées soit par des établissements publics industriels et commerciaux, soit par des sociétés dominées par la puissance publique.

Cependant, le procédé de la concession n’a pas disparu ; il reste souvent utilisé dans des secteurs quelque peu différents : construction et gestion des autoroutes, construction et gestion d’infrastructures touristiques, gestion de services publics locaux (restauration, distribution de l’eau, aménagement et construction, etc.).

Naturellement, la signification de la concession n’est pas la même si le concessionnaire est une entreprise entièrement privée ou s’il s’agit d’un organisme dominé par la collectivité publique, et à plus forte raison un établissement public.

Le régime juridique de la concession résulte des deux éléments qui la constituent : une convention et un cahier des charges.

La concession est en effet une convention par laquelle le concédant confie au concessionnaire le soin d’exploiter le service public dans des conditions qui sont déterminées par un cahier des charges de nature réglementaire, moyennant une rémunération perçue sur les usagers. La concession est donc un contrat administratif ; comme toutes les délégations de service public, elle doit désormais être passée après publicité ; cette information publique peut permettre la concurrence mais laisse au concédant le libre choix du concessionnaire.

La convention de concession constitue un accord sur les avantages financiers et les garanties consenties au concessionnaire : durée de la concession, rémunération, apports financiers, sort du patrimoine, etc. En revanche, la concession présente un aspect réglementaire car tout ce qui touche au fonctionnement et à l'organisation du service ainsi qu'aux tarifs, est fixé unilatéralement par la collectivité concédante dans un cahier des charges de nature réglementaire.

Le concédant conserve ainsi un contrôle sur le service concédé. Le concessionnaire doit assumer ses obligations conformément au cahier des charges sous peine de sanctions qui peuvent aller des sanctions pécuniaires jusqu'à la mise sous séquestre ou la déchéance qui, en raison de sa gravité, ne peut toutefois être prononcée que par le juge.

Le concessionnaire peut utiliser les prérogatives de puissance publique telle que l'expropriation ou l'occupation du domaine public, qui lui sont déléguées.

Il a le droit à l'équilibre financier de la gestion du service, et l'on verra que c'est dans le domaine de la concession qu'ont pris naissance la théorie de l'imprévision et celle du fait du prince qui ont pour but de garantir les droits pécuniaires du concessionnaire de façon à lui permettre de poursuivre l'exploitation du service dans le respect du principe de continuité.

La durée de la concession est fixée par la convention ; mais cela n'exclut pas une fin anticipée qui, en dehors de la déchéance, qui est une sanction, peut résulter d'un rachat amiable, ou d'une résiliation pour un motif d'intérêt général ; dans ce cas le concessionnaire aura droit à une indemnité.

Les litiges qui naissent entre le concédant et le concessionnaire, ou les usagers et le concédant, relèvent de la compétence du juge administratif ; en revanche, dans la majorité des cas, ce sera le juge judiciaire qui sera compétent pour connaître des litiges opposant le concessionnaire à ses fournisseurs, son personnel ou les usagers du service public.

§ 2 – LES PROCÉDÉS MODERNES DE GESTION DU SERVICE PUBLIC

Aujourd’hui, à côté des procédés traditionnels de gestion du service public, se sont multipliés des procédés qui, sans être inconnus au début du siècle, comme l’établissement public, n’étaient utilisés que de façon limitée ; l’exemple le plus caractéristique est à cet égard le recours aux organismes privés.

A. L’établissement public

L’établissement public est une personne morale de droit public dotée d’une autonomie financière et administrative, et chargée de la gestion d’un service public sous le contrôle de la collectivité qui l’a créé.

L’établissement public, présenté traditionnellement comme un procédé de gestion décentralisée du service public, a souvent été utilisé, en fait, comme procédé de déconcentration des activités administratives, voire comme un procédé permettant d’échapper à la rigueur de certaines règles administratives ou financières applicables aux activités gérées en régie.

La création d’un établissement public permet d’individualiser la gestion d’une activité, tant sur le plan technique que sur le plan administratif et financier ; l’établissement n’a aucune compétence en dehors de la gestion de cette activité qui correspond à sa spécialité. L’autonomie ainsi reconnue à l’établissement public est compensée par un contrôle de tutelle de la collectivité de rattachement. Pendant longtemps, l’établissement public a été une notion homogène caractérisée par la gestion d’une activité de service public sous l’empire du droit administratif.

Certes, il y avait déjà quelques particularités résultant de ce que certains établissements publics géraient des activités plus proches des intérêts privés que de l’intérêt général : tel était le cas des associations syndicales de propriétaires ; par la suite les chambres professionnelles, créées sous la forme d’établissements publics, ont connu un grand essor dans le domaine de

la défense des intérêts des grands secteurs d'activité économique.

L'établissement public a été utilisé pour assurer la gestion des activités économiques résultant des nationalisations ; tel est le cas d'Électricité ou de Gaz de France, avant la transformation de leur statut.

Mais l'établissement public peut aussi assurer la gestion d'activités qui n'ont rien à voir avec le service public : l'exemple type est celui de l'Entreprise minière et chimique.

Dans tous ces cas, l'établissement public est un établissement industriel et commercial, fonctionnant dans le cadre du droit privé.

Un deuxième trait marquant de l'évolution de l'établissement public, est son utilisation dans le domaine de la décentralisation territoriale : les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), et parmi ceux-ci les syndicats de communes et les communautés urbaines illustrent cette catégorie d'établissements publics territoriaux ; à la différence de l'établissement public classique, dont la compétence est limitée par le principe de spécialité, ces nouveaux établissements ont une compétence qui, sans être aussi générale que celle des collectivités territoriales, est cependant beaucoup plus large.

Enfin, on rappellera que depuis la loi d'orientation sur l'enseignement supérieur de 1968, il existe des établissements publics à caractère scientifique et culturel.

Ainsi, la catégorie « établissement public » est-elle caractérisée par une grande diversité d'objet, et de régime juridique.

La création de l'établissement public relève du législateur dès lors qu'il s'agit de créer une catégorie nouvelle ; pour le Conseil constitutionnel une catégorie se compose d'établissements qui ont une activité présentant les mêmes caractères (administratif, commercial, culturel) et qui s'exerce territorialement sous la même tutelle en ayant une spécialité comparable.

Généralement, l'acte de création précise la nature, administrative ou industrielle et commerciale, de l'établissement

public ; à défaut, il faut parfois l'identifier, et l'on a vu que, pour ce faire, le juge utilisait la technique du faisceau d'indices : nature de l'activité, ressources de l'organisme, moyens juridiques à sa disposition, origine de son personnel, etc. (TC 9 décembre 1899, Assoc. syndicale du canal de Gignac, GAJA. 43 et la jurisprudence citée).

Le droit applicable à l'établissement public variera selon sa nature, mais ce n'est là qu'une application particulière de la diversification du régime juridique du service public.

L'établissement public est administré par des organes dont le statut varie selon la signification que l'on a voulu donner à l'organisme. L'organe délibérant, conseil d'administration, ou commission administrative, est composé de membres élus ou nommés selon que le procédé de l'établissement public est une simple technique de déconcentration ou au contraire, qu'il s'analyse comme un moyen de confier aux intéressés la gestion de leurs affaires dans un cadre de décentralisation. Il en sera de même pour l'exécutif. Ainsi les organes des universités illustrent la volonté décentralisatrice du législateur car ils sont tous élus. Il n'en sera pas de même pour les établissements publics, simples procédés de déconcentration, comme l'aéroport de Paris ou la Caisse des dépôts et consignations.

Jouissant d'une autonomie administrative et financière l'établissement public est toujours soumis à un contrôle de tutelle lui aussi d'intensité variable selon qu'il constitue une forme de déconcentration ou, au contraire, un procédé de décentralisation.

B. La gestion du service public par des organismes privés

La conception extensive de l'intérêt général a eu pour conséquence une intervention accrue de l'administration dans de nombreux domaines antérieurement réservés à l'initiative privée ; la frontière qui séparait autrefois activités privées et activités publiques s'est largement estompée ; nombreuses sont en effet les activités privées qui touchent de près la satis-

faction des besoins collectifs. La puissance publique ne désire pas toujours les prendre en charge directement ; mais elle souhaite exercer sur elles un droit de regard afin de s'assurer qu'elles ne sont pas gérées dans un sens contraire à l'intérêt général.

En dehors du recours au procédé de la délégation de service public ou à la création d'une société d'économie mixte, elle fait fréquemment appel à des organismes privés qui se trouvent en quelque sorte associés à la collectivité publique dans la mise en œuvre d'une véritable mission de service public.

Ces organismes sont très divers et les techniques juridiques utilisées pour organiser cette association ne le sont pas moins.

Ce phénomène de collaboration s'est manifesté dans tous les domaines : l'organisation professionnelle, l'intervention économique et sociale, le domaine culturel ou sportif, etc.

Cette participation peut résulter de la création d'organismes professionnels par le législateur, comme cela a été réalisé pour les ordres professionnels (CE. Ass. 2 avril 1943, Bouguen, GAJA. 346).

Mais cette participation peut aussi résulter de décisions unilatérales de l'autorité administrative qui impose à un organisme privé des obligations de service public, par exemple à l'occasion de l'octroi d'une autorisation d'occupation du domaine public.

Le législateur peut aussi décider de confier à des associations existantes, ou à créer, une mission de service public, par exemple la lutte contre les parasites des plantes (CE. Sect. 13 janvier 1961, Magnier, R. 33).

L'association de personnes privées à la gestion du service public peut aussi être organisée dans un cadre conventionnel prévu par la loi, comme c'est le cas pour certains établissements hospitaliers privés (*cf.* Association Ste Marie de l'Assomption, précité) ou pour certains établissements privés d'enseignement.

Dans tous ces cas, la participation d'une personne privée à la gestion du service public pose le problème du régime juridique applicable. Ce dernier est sous la dépendance d'une triple considération : le caractère privé de l'organisme, la nature de la mission de service public qu'il assure, les moyens juridiques dont il dispose.

Aujourd'hui, il est établi que ces organismes peuvent avoir reçu le pouvoir de prendre des décisions unilatérales qui sont des actes administratifs (CE 31 juillet 1942, Monpeurt, précité).

En revanche, ainsi qu'on le verra, leurs contrats sont sauf exception des contrats soumis au droit privé, le juge exigeant qu'il y ait au moins une personne publique partie au contrat, condition nécessaire pour qu'il y ait contrat administratif (TC 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, GAJA. 567).

Leurs agents sont soumis au droit du travail ; tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de ces organismes relève du droit privé ; la responsabilité qui peut découler des dommages qu'ils peuvent causer, sera régie par le droit privé si l'organisation de l'activité ne révèle aucune particularité exorbitante du droit commun. En sens inverse, ce sera la responsabilité publique qui sera mise en jeu si la mission de service public est assurée dans des conditions différentes de celles qui président à l'action des personnes privées.

Il en sera de même si le dommage provient d'une défaillance du contrôle de la collectivité de rattachement.

§ 3 – L'ENTREPRISE PUBLIQUE ET LE SERVICE PUBLIC

L'expression entreprise publique ne se réfère pas à une catégorie juridique précise ; en effet, il n'y a pas un statut de l'entreprise publique, pas plus qu'il n'y a de forme juridique unique d'entreprise publique.

Des textes disparates ont réglementé divers aspects du régime juridique de l'entreprise publique : la nomination de leurs dirigeants ou les modalités de composition de leurs organes délibérants, etc. Cependant, pour ce qui nous concerne, on

évoquera le projet de statut élaboré en 1948, car il établissait une distinction fondamentale entre les entreprises gérant des activités de service public : par exemple la SNCF, la RATP, Air France ou EDF auxquels on pourrait ajouter aujourd'hui France Télécom et La Poste ; et d'autre part, des entreprises gérant de simples activités de production industrielle et commerciale comme les assurances, les banques, les grandes sociétés industrielles du secteur concurrentiel.

Ces activités très diverses, empruntent cependant des formes d'organisation largement semblables : Établissements publics industriels et commerciaux, sociétés nationales, sociétés d'économie mixte, voire pour les dernières d'entre elles : « organismes de droit public », ainsi que les qualifie le législateur qui leur confie le soin de gérer le service public postal et celui des télécommunications (loi du 2 juillet 1990). Il va de soi que le régime juridique applicable aux unes et aux autres ne pourra pas être le même ; c'est ce qu'avait parfaitement mis en lumière, à la suite du projet de statut de 1948, le rapport Nora, rédigé à la demande du Premier ministre en 1967 et qui faisait ressortir la nécessité de distinguer soigneusement les deux catégories ; l'entreprise publique qui gère un service public industriel et commercial, doit respecter les contraintes du service public et les éléments essentiels de son régime juridique, notamment les principes fondamentaux de continuité et d'égalité qui, en revanche, n'ont pas beaucoup de sens si l'on a affaire à une simple activité de production.

Pour le reste, l'entreprise qui gère une activité de service public industriel et commercial fonctionne principalement dans le cadre de la gestion privée et son caractère de service public n'exclut pas, bien au contraire, la recherche d'une amélioration de la rentabilité de sa gestion.

Les relations entre l'entreprise publique et l'État ont été organisées depuis plusieurs décennies dans un cadre conventionnel que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de contrat de plan (ou d'objectif) dont le contenu est évidemment différent selon

la nature de l'activité, service public industriel et commercial ou simple activité économique.

Enfin les lois des 2 juillet 1986 et 19 juillet 1993 ont prévu la privatisation de la plupart des entreprises publiques nationalisées à la Libération et un grand nombre d'entreprises publiques du secteur concurrentiel.

TROISIÈME PARTIE

LES ACTES DE L'ADMINISTRATION

L'activité administrative se manifeste sous deux formes principales : une activité matérielle et une activité juridique. Certes, les activités matérielles sont très importantes et mettent en jeu des intérêts considérables : que l'on songe aux grands travaux d'infrastructure dans le domaine des transports ou de la production d'énergie que l'administration réalise directement ou dont elle est maître d'œuvre ; que l'on songe aussi aux innombrables actions quotidiennes de prestation des services publics nationaux ou locaux : distribution de l'eau ou de l'électricité, enseignement, soins hospitaliers, etc. sans oublier la multiplicité des activités bureaucratiques qui en sont le support nécessaire !

Mais malgré leur importance, ce n'est pas cet aspect de l'activité administrative qui nous retiendra, car ce qui nous intéresse ici ce sont les activités qui ont pour but d'obtenir un changement de l'ordre juridique, c'est-à-dire de produire un effet dans le monde du droit ; or ce sont les activités juridiques qui ont cette finalité et ce sont elles que nous analyserons. Les actes juridiques auxquels donne naissance l'activité administrative peuvent faire l'objet d'un classement à différents points de vue. On peut tout d'abord se placer au point de vue de l'auteur de l'acte, au point de vue organique.

L’acte administratif peut alors se définir comme l’acte accompli par une autorité administrative ; cette définition est utile et semble claire ; cependant elle n’est pas toujours d’une utilisation aussi simple que l’on pourrait le penser.

Le recours au critère organique permet de distinguer les actes administratifs des actes législatifs et des actes qui, émanant de l’exécutif, font ensuite l’objet d’une ratification qui leur donne force de loi.

Sur la base de ce critère organique l’acte administratif peut être également distingué des actes parlementaires.

On peut aussi, sur la base de ce même critère, distinguer l’acte administratif de l’acte juridictionnel ; cette distinction est importante du fait que les recours ne sont pas les mêmes selon que l’on a affaire à un acte administratif (recours pour excès de pouvoir) ou à un acte juridictionnel (recours en appel ou en cassation).

Si, dans les cas ordinaires, aucun risque de confusion n’existe, il peut y avoir un problème lorsque l’on se trouve en présence d’organismes dont la nature n’est pas évidente ; la jurisprudence utilise dans ce cas un certain nombre d’indices pour identifier l’organisme : nature de la mission, composition de l’organisme, règles de fonctionnement, voies de recours (CE Ass. 7 février 1947, D’Aillères, GAJA. 385).

Ce point de vue organique permettait, autrefois, de distinguer actes administratifs et actes privés ; aujourd’hui, nous savons que les choses ne sont pas si simples puisque, fréquemment, des personnes privées investies d’une mission de service public, ont reçu le pouvoir de prendre des décisions unilatérales que le juge considère comme des actes administratifs (Monpeurt, précité).

On peut, en deuxième lieu, classer les actes juridiques de l’administration en se plaçant au point de vue de leur régime juridique : l’acte administratif est celui qui est soumis à un régime juridique de droit administratif ; on retrouve alors le problème des personnes privées qui participent à la gestion

du service public dont les actes, dans certaines conditions, seront soumis au droit administratif ; mais on voit également apparaître le cas des personnes publiques qui choisissent, en toute connaissance de cause, de se placer sous l'empire du droit privé et de mettre en œuvre des procédés de gestion privée.

Un troisième point de vue est le point de vue matériel, celui du contenu de l'acte.

Il existe à cet égard deux sortes d'actes : les actes règles qui posent des règles générales et impersonnelles ayant une valeur permanente ; ces règles concernent des catégories entières et un nombre indéterminé de personnes ; et d'autre part des actes conditions dont l'édiction entraîne l'application des règles générales ; les plus connus de ces actes sont les actes individuels. Cette distinction est importante car elle comporte de nombreuses conséquences sur le régime applicable à ces différentes catégories d'actes, par exemple en ce qui concerne la publicité, le retrait, l'intérêt à agir, etc.

On peut enfin se placer à un dernier point de vue, qui est celui du mode de formation de l'acte de l'administration.

On distingue alors l'acte qui émane de la seule volonté de l'autorité administrative : l'acte unilatéral ou décision exécutoire.

D'autre part, l'acte qui est le produit de deux ou plus de deux volontés dont l'accord va donner naissance au contrat.

C'est cette dernière distinction qui nous servira de fil conducteur dans l'étude des actes de l'administration, car c'est elle qui emporte le plus grand nombre de conséquences sur le plan du droit.

On étudiera ainsi l'acte unilatéral ou décision exécutoire, puis le contrat administratif.

CHAPITRE I

L'acte unilatéral ou décision exécutoire

L'acte administratif unilatéral est une manifestation de volonté de l'autorité administrative qui produit un effet de droit.

Dans l'expression « décision exécutoire », c'est l'aspect « exécutoire » de la décision qui est mis en relief, alors que dans l'expression « décision unilatérale », que l'on retiendra de préférence, ce qui est mis en valeur, c'est le mode de formation de l'acte qui constitue la prérogative de puissance publique par excellence ; ce qui caractérise en effet le mieux l'action administrative, c'est la possibilité de créer des droits, ou de constituer des obligations en faveur ou à la charge des administrés, en dehors de tout consentement de leur part.

Le caractère unilatéral de l'acte n'exclut pas qu'il y ait une pluralité d'auteurs ; c'est fréquemment le cas dans les procédures complexes : actes pris sur avis, actes conjoints. Mais l'acte n'exprime jamais qu'une seule volonté : celle de l'autorité compétente pour décider.

De même, il peut se faire qu'avant de prendre sa décision, l'autorité administrative discute avec ses partenaires : organisations professionnelles ou syndicales, associations, etc. à propos du contenu de la décision envisagée ; ceci est tout à fait important du point de vue de l'action administrative et de la science administrative, et ne doit donc pas être négligé.

Mais du point de vue juridique, il demeure que c'est l'autorité administrative qui conserve intégralement le pouvoir de décider en dernier ressort.

L'acte administratif se compose d'un certain nombre d'éléments, éléments externes : forme et compétence, et éléments internes : motifs, objet et but ; aucun d'eux n'est laissé à la discrétion de l'autorité administrative car ils sont en effet encadrés, dans des conditions variables il est vrai, par la règle de droit.

C'est ce que l'on constatera en analysant les règles qui président à l'élaboration de l'acte unilatéral, celles qui concernent ses effets et enfin celles qui gouvernent sa disparition.

SECTION I

L'ÉLABORATION DE L'ACTE UNILATÉRAL

Les collectivités publiques sont des personnes morales qui n'ont pas de volonté en dehors de celle qu'expriment leurs organes. Il faut donc s'assurer de la « fidélité » de ceux-ci, c'est-à-dire de leur aptitude à respecter les intérêts de l'institution. C'est pourquoi ont été élaborées des règles statutaires qui déterminent les pouvoirs de ces organes de telle manière que la protection des intérêts de l'administration et des administrés soit assurée.

Ces règles visent en somme à protéger l'intérêt général et les droits des administrés ; elles concernent la compétence, la forme de l'acte et son entrée en vigueur.

§ 1 – LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE

N'importe quelle autorité ne peut pas prendre n'importe quelle décision ; la répartition des compétences est en effet une nécessité car il faut organiser rationnellement le fonctionnement de l'administration sur la base de la spécialisation des tâches et de leur répartition entre les différentes autorités.

Mais sur le plan juridique, cette répartition des tâches présente aussi un très grand intérêt, car la compétence en droit public présente un certain nombre de caractères généraux, tandis que,

par ailleurs, elle est organisée selon trois dimensions : matérielle, spatiale et temporelle.

A. Les caractères généraux de la compétence

La compétence peut se définir comme un pouvoir d'action juridique confié légalement à une autorité ; ce n'est pas un droit subjectif, mais un pouvoir légal organisé selon le cas, par la constitution, la loi et sous le contrôle du juge.

On conçoit ainsi que l'autorité administrative ne puisse pas disposer de sa compétence à sa guise ; elle doit l'exercer conformément à la réglementation qui s'impose à elle ; elle ne peut y renoncer, ni accepter de quelque manière que ce soit, de subordonner son exercice à des conditions ; si elle prend sa décision en accord avec ses futurs destinataires, celle-ci demeure un acte émanant de sa seule volonté (CE 23 octobre 1974, *Sieur Valet*, R. 500).

Tant qu'une autorité n'est pas investie légalement de sa compétence, elle ne peut l'exercer ; de même elle ne peut l'exercer lorsqu'elle en est privée ; l'incompétence est un vice qui ne peut faire l'objet d'une ratification postérieure.

Les règles de compétence sont ainsi des règles d'ordre public et leur violation doit être soulevée d'office par le juge, même si les parties ne s'en prévalent pas.

On a cependant été contraint d'apporter des atténuations à la rigueur de ces principes pour tenir compte des réalités pratiques.

Ainsi, en cas de circonstances exceptionnelles, on considère comme valables les actes, même effectués par une autorité incompétente, dès lors que ces actes étaient indispensables pour faire face à la situation. De même, la théorie du fonctionnaire de fait a été imaginée par le juge pour tenir compte de l'apparence : en effet, pour l'administré, l'incompétence d'un fonctionnaire qui n'est pas investi régulièrement du pouvoir de décider ne se révèle pas aisément ; on a donc estimé que les actes de ce fonctionnaire, apparemment compétent, demeureraient valables.

La compétence est permanente ; elle est attachée à la fonction exercée par son titulaire et ne disparaît jamais par le non-usage. Le juge fait respecter un principe général de parallélisme des compétences qui veut que ce soit l'autorité qui a pris la décision initiale qui seule soit compétente pour la modifier ou pour l'abroger. La compétence est personnelle : elle s'exerce et ne se délègue pas ; là encore le principe comporte des exceptions justifiées par des nécessités pratiques : intérim, suppléance et délégations de pouvoirs et de signature.

B. Les dimensions de la compétence

La compétence est en effet définie sur le plan matériel, sur le plan territorial et sur le plan temporel.

1. LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE

À chaque autorité correspond une compétence définie par les textes en fonction d'une spécialité déterminée ; cette compétence matérielle correspond ainsi à l'idée de répartition et de spécialisation des tâches.

Il suffit de consulter l'organigramme d'une administration pour voir apparaître la nécessité et la logique de cette répartition.

Compte tenu de cette répartition, on peut comprendre pourquoi l'autorité inférieure ne peut pas s'immiscer dans la compétence de l'autorité supérieure, mais aussi pourquoi l'inverse est également vrai, sous réserve que le pouvoir hiérarchique permet d'orienter l'exercice des compétences des subordonnés par le moyen des circulaires, directives et autres notes de service. Parfois le supérieur conserve le pouvoir de réformation.

Cette répartition peut être modifiée, temporairement ou de façon permanente, par le jeu des mécanismes de suppléance, intérim ou délégation.

Il faut en effet prévoir les cas d'indisponibilité du titulaire de la compétence, ce à quoi permettent de répondre l'intérim et la suppléance.

Mais il faut aussi parer à l'impossibilité pour les responsables des plus importantes fonctions administratives, par exemple le ministre, d'exercer personnellement l'ensemble des compétences qui leur sont dévolues *ès qualités* ; pour ce faire, deux mécanismes de délégation peuvent être utilisés à la condition d'avoir été expressément prévus. La délégation de signature permet au délégant de se décharger sur des collaborateurs du soin de prendre certaines décisions ; mais dans ce cas le délégataire n'est en somme que le représentant du délégant ; en effet, les actes sont pris au nom du délégant et pour son compte ; c'est lui qui en porte la responsabilité ; il peut d'ailleurs à tout moment évoquer une affaire et la trancher lui-même ; la délégation est personnelle ; elle est attribuée à une personne nommément désignée, et elle disparaît si le délégant ou le délégataire vient à changer.

La délégation de pouvoir a des effets plus importants. Elle constitue en effet une modification de la répartition des compétences et pas seulement de ses modalités d'exercice.

La délégation est faite au profit de la fonction, indépendamment de son titulaire ; elle a donc valeur permanente tant qu'elle n'a pas été modifiée ou retirée ; le délégant ne peut donc plus exercer les compétences déléguées. L'acte qui émane du délégataire n'engage que celui-ci.

2. LA COMPÉTENCE TERRITORIALE

C'est une notion très claire qui ne donne généralement lieu à aucune difficulté ; le conseil municipal est compétent pour régler les affaires de la commune, c'est-à-dire celles qui naissent à l'intérieur du territoire communal. Il en est de même de la compétence des chefs des services déconcentrés de l'État qui ne sont compétents qu'à l'intérieur des circonscriptions, départementale ou régionale, à la tête desquelles ils sont placés.

Certains organismes autonomes, constitués sous forme d’établissements publics, peuvent aussi avoir une base territoriale : par exemple les agences de bassin ou le Conservatoire national du littoral et des rivages lacustres.

3. LA COMPÉTENCE TEMPORELLE

Le principe est qu’une autorité administrative ne peut valablement agir que lorsqu’elle est régulièrement en fonction. Il n’est donc pas possible de prendre des décisions anticipées ; de même, en raison du principe de non-rétroactivité, il n’est pas possible de prendre des décisions ayant effet dans le passé.

Certaines autorités ne peuvent prendre valablement des décisions que pendant des périodes déterminées : ainsi en est-il pour les assemblées des collectivités territoriales qui doivent respecter les dates de leurs sessions régulières.

Une question se pose lorsque les textes assignent un délai pour agir à l’autorité administrative : quelle est la signification du délai ? Deux cas peuvent se présenter. Le délai peut être impératif ; une fois le délai expiré l’autorité est incompétente pour prendre la décision. Tel est le cas, par exemple, en ce qui concerne le délai ouvert au gouvernement par une loi d’habilitation lui permettant d’agir par ordonnances (article 38 de la Constitution).

En revanche, il peut se faire que le délai soit simplement incitatif ; l’expiration du délai ne retire pas à l’administration la possibilité de prendre sa décision : tel est le cas en matière de recours administratif, gracieux ou hiérarchique, lorsqu’à l’expiration du délai, l’autorité compétente décide de prendre une décision expresse, négative ou positive. Il est vrai que le juge limite cette possibilité chaque fois que, à l’expiration du délai, l’administré est en possession d’une décision implicite positive lui accordant un avantage ; le Conseil d’État estime qu’à l’expiration du délai, l’autorité administrative est dépourvue de tout pouvoir de décision (CE 14 décembre 1969, *Sieur Eve*, R. 498). Cependant la loi du 12 avril 2000 (art. 23) permet le

retrait de la décision implicite si elle est illégale pendant le délai du recours contentieux et pendant la durée de l'instance s'il a été intenté.

§ 2 – LA FORME DE L'ACTE UNILATÉRAL

Le droit administratif n'est pas un droit formaliste, mais il comporte cependant quelques exigences de forme qui sont destinées à garantir la qualité de la décision et à protéger les droits des administrés. Ces formalités concernent soit l'acte lui-même, soit la procédure de son édicition.

A. La forme de l'acte

La décision administrative est, en principe, une décision expresse et écrite, pour des raisons qui tiennent aux exigences de la certitude et de la précision, sources de sécurité juridique ; elle peut cependant être implicite et l'on rencontre aussi des décisions orales, par exemple cette décision d'un maire interdisant à un habitant de la commune d'enregistrer les débats du Conseil municipal, décision annulée par le juge comme contraire au principe de la publicité des séances du Conseil municipal ; par ailleurs de nombreuses décisions orales sont prises par exemple par les responsables de la circulation !

Le développement des technologies modernes de la communication a des incidences sur la forme matérielle que peuvent prendre les actes de l'administration : le développement du télex, et surtout du fax, en est la preuve au point que le Conseil d'État a admis que le télex pouvait être considéré comme une forme valable d'acte administratif (CE 30 juin 1978, SNESUP, R. 675).

La décision doit être datée et signée ce qui permet de l'authentifier. Si elle est implicite, son destinataire doit être en possession d'un accusé de réception de sa demande.

Pendant longtemps, les décisions administratives n'avaient pas à être motivées expressément, sauf certaines exceptions découlant de textes particuliers ou de la jurisprudence (CE

27 novembre 1970, Agence Maritime Marseille-Frêt, R. 704). Depuis la loi du 11 juillet 1979, il en va autrement pour toute une série de décisions mettant en cause un droit, un avantage, une situation liée à la personne du destinataire, une liberté publique, imposant des sujétions, infligeant une sanction, etc. La motivation dans tous ces cas doit être expresse ; l'insuffisance de la motivation, ou une motivation stéréotypée, entraînera la censure du juge ; c'est d'ailleurs ce que jugeait déjà le Conseil d'État avant la promulgation de la loi (CE Sect. 26 janvier 1968, Société Maison Genestal, R. 62) : « que ce motif est formulé en termes trop généraux pour permettre à la juridiction administrative d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision attaquée ».

Le décret du 28 novembre 1983 dans ses dispositions relatives à la procédure d'édiction des actes administratifs prévoit également l'obligation pour l'administration d'indiquer, lors de la notification de la décision à son destinataire, l'existence des recours et les délais de ceux-ci ; à défaut de cette indication dans l'acte lui-même, le délai ne court pas. Enfin, de façon symétrique au principe de parallélisme des compétences, le juge fait respecter le principe du parallélisme des formes : la modification ou le retrait d'une décision administrative doit suivre les mêmes formes que celles qui ont été respectées pour l'édiction de l'acte initial ; ceci concerne non seulement la forme de l'acte, mais aussi la procédure d'édiction.

B. La procédure d'édiction de l'acte

Elle constitue ce que l'on appelle la procédure administrative non contentieuse ; à la différence de ce qui existe dans certains pays comme les États-Unis, cette procédure n'est pas codifiée. Les règles qui la constituent sont éparses dans les divers textes qui réglementent l'exercice des compétences des autorités administratives. Il existe toutefois certains principes généraux, le plus souvent issus de la jurisprudence, ce qui n'exclut pas un effort pour inscrire dans des textes quelques règles essentielles.

On a vu que le juge impose le principe du parallélisme des formes. Mais il impose aussi le principe des droits de la défense qui fait obligation à l'administration de faire connaître au destinataire d'une mesure de sanction, ou du retrait d'un avantage, les motifs de la décision et d'écouter ses explications. Le décret de 1983 étend d'ailleurs cette obligation à toutes les décisions qui doivent faire l'objet d'une motivation expresse sur la base de la loi de 1979. Le juge exige par ailleurs que l'administration se livre à un examen particulier de l'affaire qui lui est soumise avant de prendre sa décision ; ce principe lui interdit ainsi de fonder sa décision sur des motifs stéréotypés ; par exemple l'inscription sur une liste d'aptitude à l'exercice de fonctions supérieures ne peut pas prendre comme critère l'âge et l'ancienneté des agents, car l'auteur de la décision doit examiner les mérites, et donc « l'aptitude », de chacun des agents inscrits sur la liste.

Le décret du 28 novembre 1983, précité, a par ailleurs imposé à l'administration toute une série de règles protectrices pour les administrés ; elle doit notamment accuser réception des demandes qui lui sont transmises et, si elle s'estime incompétente, elle doit transmettre la demande à l'autorité appropriée ; le défaut d'accusé de réception fait obstacle à ce que les délais des recours commencent de courir.

Ce même décret a cherché à réglementer la procédure consultative lorsque l'administration a l'obligation de demander l'avis d'un organisme collégial.

On sait, en effet, que la consultation s'est beaucoup développée pour diverses raisons qui sont à la fois administratives (favoriser la coordination à l'intérieur de l'administration), techniques (permettre à des personnes compétentes de participer à l'élaboration de la décision) et de politique administrative (faire en sorte que les personnes qui sont les destinataires de la décision, et qui auront à l'appliquer, aient le sentiment d'être impliqués dans cette décision dans la mesure où elles auront, d'une certaine manière, participé à son élaboration).

La loi du 27 février 2000 relative à la démocratie de proximité, est allée plus loin en créant une autorité administrative indépendante, la Commission nationale du débat public, chargée de veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement des collectivités publiques (art. 134 de la loi).

Les commissions, comités, conseils supérieurs ou nationaux sont très nombreux.

La consultation est toujours obligatoire ; en revanche, l'avis est le plus souvent facultatif.

Il peut se faire cependant qu'un avis conforme soit exigé, ce qui est rare car cela conduit à ce que le véritable pouvoir de décision soit dans les mains de celui qui donne l'avis.

Sans doute la procédure consultative présente-t-elle des inconvénients notamment du fait qu'elle ralentit la prise des décisions ; mais elle donne des garanties de qualité de la décision si elle est organisée correctement ; c'est la raison pour laquelle le décret de 1983 en a codifié les règles essentielles : le décret précise les conditions de convocation, les exigences de quorum, l'envoi des documents nécessaires, les modalités de vote, la tenue des procès-verbaux des réunions et le suivi de l'exécution des décisions prises, etc.

Naturellement, la violation des règles de forme est sanctionnée par le juge ; toutefois on indiquera ici que le juge fait la distinction entre les formalités substantielles dont la violation a pu avoir une incidence sur le contenu de la décision, et les formalités non substantielles dont l'incidence, dans le cas d'espèce, peut apparaître inexistante : il n'annulera la décision que si le vice de forme touche les premières.

On notera enfin que la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration (DCRA), a imposé à l'ensemble des autorités publiques, y compris les autorités locales, certaines règles issues du décret du 28 novembre 1983 qui ne s'appliquaient qu'aux services de l'État : obligation d'accuser réception des demandes, de les

transmettre à l'autorité compétente, de recueillir les observations du destinataire d'une décision individuelle...

§ 3 – L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ACTE UNILATÉRAL

Deux principes essentiels gouvernent l'entrée en vigueur de l'acte administratif : la non-rétroactivité et la publicité.

A. La non-rétroactivité

Elle constitue un principe général du droit affirmé par le Conseil d'État (Ass. 25 juin 1948 Société du journal l'Aurore, GAJA. 396) et reconnu également par le Conseil constitutionnel ; il découle de la logique qui, en l'espèce, coïncide aussi avec l'équité que nul ne peut être astreint à une obligation dont il ignore l'existence au moment où il agit. Cependant, le principe connaît certains aménagements : par exemple, l'annulation d'une décision illégale est rétroactive et implique que les décisions qui seront prises pour tirer les conséquences de l'annulation soient, elles-mêmes, rétroactives. L'application immédiate des règles nouvelles à des situations juridiques antérieurement constituées est également admise, bien que, d'une certaine façon, elles remettent en cause ces situations.

De nombreuses mesures rétroagissent régulièrement lorsqu'elles ont pour but de régulariser des situations conformément au droit qui leur est applicable : ceci est très fréquent en matière de rémunération, et dans le déroulement de la carrière des agents publics. Enfin, la loi peut prévoir expressément la rétroactivité des mesures administratives d'application ; le principe de non-rétroactivité ne s'applique en effet au législateur qu'en matière pénale.

B. La publicité

Elle est le moyen de donner un contenu à l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi » : pour être connu, l'acte administratif doit faire l'objet d'une publicité appropriée à sa

nature ; à défaut de satisfaire à cette obligation, l'acte restera sans doute valable, mais il sera inopposable à ses destinataires.

Les modalités de la publicité sont variables ; il n'y a pas de texte général qui l'ait organisée ; mais il existe de nombreux textes particuliers qui l'ont prévue ; en tout état de cause, le juge veille strictement à leur respect.

Les exigences de la publicité sont différentes selon la nature de l'acte.

Les actes réglementaires doivent être publiés ; cette publication se fait normalement par la voie du Journal officiel pour l'État ; mais celui-ci est complété par des bulletins d'annonces légales diffusés par différents ministères ; la publicité peut également être assurée par la presse ou les moyens radiotélévisés dans certains cas.

Parfois l'affichage en mairie et sur des panneaux prévus à cet effet permet de porter à la connaissance des intéressés les décisions des autorités communales.

Les actes individuels doivent être notifiés à leurs destinataires ; parfois l'acte individuel doit être également publié lorsqu'il convient que les tiers soient informés de son existence : tel est le cas du permis de construire ; de même, dans la fonction publique, les décisions de promotion doivent être publiées afin de permettre aux intéressés de vérifier que les règles statutaires ont bien été respectées.

Lorsqu'un acte concerne un grand nombre de personnes et se présente comme un acte collectif, le juge estime que sa publication est suffisante. L'absence de publicité qui rend l'acte inopposable, a également pour effet d'empêcher le délai des recours de courir.

La jurisprudence admet très difficilement de reconnaître que le destinataire d'une décision non notifiée, en avait cependant eu une connaissance complète ; il faut que les circonstances démontrent, de façon évidente, qu'il ne pouvait pas l'ignorer : dans ce cas, la connaissance acquise aura le même effet que la notification. Enfin, dans la mesure où les règles de publicité ont

pour but de protéger les destinataires des actes administratifs, le juge admet que l'on puisse se prévaloir des avantages découlant d'un acte, bien que celui-ci n'ait pas fait l'objet d'une publicité convenable ; mais il ne l'admet que pour les décisions individuelles.

Toutefois si l'existence des délais et des voies de recours n'a pas été mentionnée, le délai n'a pas commencé à courir même si, en exerçant un recours administratif contre la décision, le destinataire de celle-ci en avait manifestement connaissance (CE 13 mars 1998, Assistance publique-Hopitaux de Paris, R. 81).

SECTION II

L'EFFET DE L'ACTE UNILATÉRAL

Dès l'instant où il est régulièrement édicté et porté à la connaissance de ses destinataires, l'acte unilatéral est obligatoire pour ceux-ci.

Il est alors revêtu d'une force juridique particulière, il est « exécutoire », et c'est cette force juridique qui est la caractéristique majeure de l'acte administratif que l'on désigne sous le nom de privilège du préalable.

Cet acte peut en outre, dans certaines conditions, bénéficier d'un autre privilège : l'exécution par la contrainte.

§ 1 – LA FORCE JURIDIQUE DE L'ACTE UNILATÉRAL :

LE PRIVILÈGE DU PRÉALABLE

Cette force juridique de l'acte administratif est entièrement constituée dès l'édition de l'acte ; son destinataire doit y déférer ou, selon le cas, peut s'en prévaloir.

Le privilège du préalable signifie donc que l'acte est revêtu d'une présomption de régularité qui oblige son destinataire à l'exécuter avant toute contestation : il a « autorité de chose décidée » (G. Vedel).

Ainsi, l'administration n'a pas à prouver la régularité de son action : c'est l'administré qui doit prouver l'irrégularité de

l'acte en intentant un recours ; l'administration est ainsi toujours en situation de défenderesse.

Enfin, le recours au juge n'est, en principe, jamais suspensif de l'exécution de la décision ; à ce principe, il existe cependant deux exceptions.

Depuis la loi du 30 juin 2000, le sursis à exécution a laissé place au référé suspension qui peut porter sur toute décision administrative, même de rejet ; la suspension de l'exécution peut être demandée au juge des référés qui pourra l'accorder à deux conditions plus favorables que ne l'étaient celles de l'ancien sursis : il faut qu'il résulte de l'instruction un « doute sérieux quant à la légalité de la décision » et que la demande soit justifiée par l'urgence (CE. Sect. 18 janvier 2001, commune de Venelles, et 5 mars 2001, Saez, GAJA. 836).

La deuxième exception résulte de la théorie de la voie de fait : l'acte qui est en quelque sorte dénaturé en une simple voie de fait, ne bénéficie plus des privilèges qui s'attachent à la qualité d'acte administratif ; c'est pourquoi, le juge judiciaire, saisi par un recours en référé, pourra ordonner à l'autorité administrative qui a commis la voie de fait de mettre un terme à celle-ci.

Cependant tous les actes de l'administration ne sont pas revêtus de cette force juridique ; y échappent de nombreuses décisions que l'on qualifie de mesures d'ordre intérieur par lesquelles l'administration interprète les textes à appliquer, donne des orientations à ses services, prévoit les modalités d'organisation et de fonctionnement de ceux-ci ; elle le fait par le moyen de notes de services, circulaires et autres instructions ou directives.

On sait que, dans la mesure où elle n'en a pas reçu le pouvoir, l'autorité administrative ne peut pas, par ces divers actes, modifier de quelque manière que ce soit les règles qu'elle doit appliquer (CE Ass. 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, Sect. 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, et Sect. 18 décembre 2002, M^{me} Duvignères, GAJA. 902).

§ 2 – L'EXÉCUTION DE L'ACTE UNILATÉRAL

On a dit que l'acte administratif est une décision exécutoire ; cette affirmation appelle des précisions en ce qui concerne la notion d'exécution et, d'autre part, l'exécution forcée.

A. La notion d'exécution

L'exécution d'une décision dépend de son contenu. Il existe en effet des actes permissifs, des actes facultatifs, des actes qui accordent des avantages ou reconnaissent des droits ; l'administration, dans ces diverses situations, s'en remet aux bénéficiaires des décisions du soin d'exécuter celles-ci ; cela ne signifie cependant pas qu'elle se désintéresse toujours de cette exécution : par exemple, lorsque l'administration accorde un permis de construire ou de lotir, elle doit vérifier que son bénéficiaire a bien utilisé le permis qui lui a été délivré ; dans le cas contraire, la réglementation prévoit, en effet, la péremption de l'autorisation au bout d'un certain délai. Cependant, le vrai problème de l'exécution se pose lorsque l'on a affaire à un acte qui crée une obligation dont l'exécution dépend de son destinataire.

Parfois, il est vrai, de tels actes produisent leur plein et entier effet du seul fait qu'ils sont édictés, par exemple une décision de sanction, blâme ou avertissement.

Le problème de l'exécution ne se pose donc réellement que lorsque l'on se trouve en présence d'un acte impératif dont l'exécution suppose des actes matériels, physiques, de la part du destinataire. Dans certains cas, un autre problème peut apparaître lorsque l'exécution de la décision dépend de l'administration elle-même : c'est le problème de l'inertie administrative qu'il n'est pas toujours aisé de surmonter, même avec l'aide du juge qui considère le refus d'exécuter comme une illégalité, éventuellement source de responsabilité. Quant au refus d'exécuter de l'administré, il pose la question de l'exécution par la contrainte.

B. L’exécution par la contrainte

Le refus d’exécuter une décision administrative fait l’objet de diverses sanctions.

Il existe fréquemment des sanctions administratives que l’administration peut prononcer unilatéralement : amendes, confiscation de produits ou véhicules, retrait d’autorisation, fermeture d’établissement ; ces sanctions doivent avoir été prévues par la loi ; elles ne peuvent être prononcées que dans le respect des droits de la défense ; mais elles peuvent se cumuler avec d’éventuelles sanctions pénales.

En effet, le refus d’exécuter les décisions de l’administration est souvent constitutif d’une infraction pénale ; dans ce cas, il appartient à l’administration de poursuivre l’administré récalcitrant devant la juridiction compétente.

Toutefois, il existe des cas où l’administration ne dispose pas de telles mesures de sanction ; peut-elle alors recourir à l’exécution par la force ? C’est le problème de l’exécution forcée.

La réponse à cette question a été donnée au début du siècle par un arrêt de principe du Tribunal des conflits du 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just (GAJA. 66).

La théorie de l’exécution forcée a été développée par le Commissaire du gouvernement Romieu qui faisait valoir que les relations entre l’administration et les administrés devaient normalement se dérouler dans un climat de paix, faisant principalement appel à des techniques juridiques reposant sur l’exécution volontaire des obligations légales. Le recours à la contrainte apparaît ainsi comme un privilège exorbitant du droit commun dont il faut limiter l’usage à ce qui est strictement nécessaire, et ceci d’autant plus, que l’exécution forcée témoigne d’un conflit aigu entre le pouvoir et la liberté.

Ainsi le recours à la contrainte doit-il rester exceptionnel : ce doit être l’ultime recours.

La jurisprudence a ainsi précisé les cas dans lesquels il était possible d’utiliser l’exécution forcée, et d’autre part, les conditions auxquelles elle devait satisfaire pour être régulière.

On peut synthétiser la jurisprudence en disant que l'exécution forcée est possible dans trois cas.

Elle est possible si elle est autorisée par le législateur : le maire peut ainsi, en cas de péril imminent, faire exécuter d'office les mesures qu'il a prescrites à l'égard du propriétaire d'un édifice menaçant ruine.

Le deuxième cas est constitué par les situations où l'autorité administrative ne dispose d'aucune voie de droit pour contraindre le destinataire récalcitrant à exécuter la décision. Mais la notion de voie de droit est entendue très largement par la jurisprudence : ce peut être naturellement une sanction pénale, ou bien la possibilité d'agir en justice, ou bien encore la possibilité d'utiliser divers procédés juridiques tels les sanctions administratives, le droit de réquisition, etc. et l'on voit ainsi que la possibilité de faire appel à la force est très limitée.

Enfin, un troisième cas est constitué par les situations d'urgence ; il y a là une nouvelle manifestation de la théorie des circonstances exceptionnelles. Si l'urgence est caractérisée, l'administration sera fondée à utiliser la force ; mais ce sera toujours sous le contrôle du juge qui vérifie avec soin la réalité du « danger grave et imminent » ou du « péril imminent ».

L'administration doit enfin respecter certaines conditions lorsqu'elle fait usage de la force pour procurer l'exécution de ses décisions. Elle doit, en premier lieu, chercher à obtenir l'exécution d'une obligation qui découle d'un texte de lois précis.

Elle doit, par ailleurs, s'en tenir à la stricte exécution de l'obligation imposée au destinataire de l'acte ; il y a là une application du principe de proportionnalité.

Enfin, il faut qu'il y ait réellement refus d'exécuter de la part de l'administré ; ce refus apparaîtra, sans conteste possible, à la suite d'une mise en demeure que l'administration doit toujours effectuer.

Si l'administration ne se conforme pas à ces diverses obligations, elle commet une irrégularité particulièrement grave ; le juge considère en effet que l'exécution forcée irrégulière est constitutive d'une voie de fait.

SECTION III

LA DISPARITION DE L'ACTE UNILATÉRAL

Elle peut résulter de causes diverses ; les unes sont en quelque sorte naturelles ; en effet, certains actes produisent leurs conséquences de façon complète du seul fait qu'ils sont exécutés : par exemple une réquisition de biens consommables ; ayant épuisé tous ses effets l'acte disparaît.

D'autres actes sont édictés pour une durée déterminée ; ils cessent de produire effet à l'expiration de la durée prévue ; d'autres ne sont valables qu'en raison des circonstances qui ont servi de motifs à leur édicition ; la disparition de ces circonstances entraîne, normalement, la disparition de l'acte qui leur était lié.

Parfois l'acte disparaît parce qu'il est annulé par le juge.

Dans tous ces cas, il n'y a aucune difficulté de principe en ce qui concerne le point de savoir si l'acte a disparu ; en revanche il peut y avoir des difficultés pratiques pour obtenir de l'administration qu'elle tire les conséquences de la disparition de ces diverses décisions.

Mais la disparition de l'acte administratif pose un tout autre problème lorsqu'elle dépend d'une manifestation de volonté de l'autorité administrative ; celle-ci peut-elle faire disparaître ses décisions selon son propre gré ?

Peut-on obtenir qu'elle procède à la suppression de ses décisions ? Plusieurs principes sont ici en cause ; on les rappellera avant d'exposer les différentes situations envisageables.

§ 1 – LES PRINCIPES EN CAUSE

Plusieurs principes interfèrent entre eux qui sont fréquemment contradictoires ; il faut donc tenter de les concilier ce à quoi s'emploie la jurisprudence.

Tout d'abord il est clair que le principe de légalité voudrait que l'on procédât à l'élimination de tous les actes irréguliers ;

cependant, en sens inverse, le principe tout aussi nécessaire de stabilité de l'ordre juridique exige que les décisions de l'administration ne puissent pas être remises en cause à n'importe quel moment ; la sécurité juridique implique en effet une certaine stabilité des règles de droit.

On a vu que le principe d'adaptation du service public milite également en faveur d'une mutabilité de l'ordre juridique, et l'autorité responsable du service dispose pour ce faire du pouvoir nécessaire, puisque l'usager du service est dans une situation légale et réglementaire, que la concession est assortie d'un cahier des charges de nature réglementaire et, qu'ainsi, l'organisation et le fonctionnement du service peuvent être modifiés conformément aux exigences du principe d'adaptation.

Il existe cependant une limite à ce pouvoir qui résulte de ce que l'autorité administrative doit respecter les droits acquis sur la base des décisions administratives antérieures.

Le juge doit ainsi concilier ces divers principes qui conditionnent la mutabilité de l'ordre juridique et donc, la modification, ou la disparition, de l'acte administratif.

Dans certains cas, il est impossible de faire disparaître l'acte ; en revanche, il est des cas où cette disparition est possible et elle peut même parfois être obligatoire.

§ 2 – LA DISPARITION DE L'ACTE ADMINISTRATIF EST IMPOSSIBLE

La disparition rétroactive de l'acte administratif régulier, c'est-à-dire son retrait, est en principe impossible, sauf exception ; ceci est une conséquence du principe de non-rétroactivité.

Mais sa disparition pour l'avenir, son abrogation, est également impossible dès lors qu'il a fait acquérir des droits.

Naturellement il faut déterminer ce qu'est un acte qui fait acquérir des droits ; on sait qu'un acte négatif, un refus, ne fait jamais acquérir de droit ; l'administration peut donc toujours revenir sur un refus. Il en est de même d'un acte

provisoire, inexistant ou obtenu par fraude. L’acte réglementaire, par opposition à l’acte individuel, ne fait pas acquérir de droit : nul n’a un droit acquis au maintien d’une réglementation.

§ 3 – LA DISPARITION DE L’ACTE EST POSSIBLE

Les conditions dans lesquelles l’administration peut procéder au retrait ou à l’abrogation de ses décisions ont été précisées par la jurisprudence.

L’abrogation des actes réglementaires est toujours possible en vertu de l’idée que nul n’a de droit acquis au maintien d’une réglementation. Quant aux actes individuels, leur abrogation n’est possible que s’ils n’ont pas fait acquérir de droit.

Le retrait de l’acte réglementaire irrégulier est possible dans le délai du recours contentieux ; il en est de même lorsque, même régulier, il n’a pas fait l’objet d’une publication.

Quant au retrait de l’acte individuel irrégulier, son régime avait été fixé par la décision Dame Cachet (3 novembre 1922, R. 790) sur laquelle le Conseil d’État est partiellement revenu. En effet selon la décision Ternon (CE. Ass. 26 octobre 2001, GAJA. 869), le retrait n’est plus lié au délai du recours contentieux :

« L’administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de la décision. »

La solution de l’arrêt Ternon vaut même pour les décisions soumises à publicité ; elle invalide la solution qu’avait retenue l’arrêt ville de Bagneux (CE. Ass. 6 mai 1966, R. 303) qui permettait à l’administration de retirer l’acte individuel irrégulier et non publié à toute époque ; le délai du recours contentieux n’ayant jamais commencé à courir vis-à-vis des tiers, l’acte ne pouvait être devenu définitif à leur égard. Désormais cette possibilité de retrait est enfermée dans le délai de quatre mois.

Enfin il faut évoquer le cas particulier des décisions implicites qui sont généralement la conséquence du silence gardé par l'administration pendant un certain délai à la suite d'une demande présentée par un administré. Si la décision est négative, ce qui est le cas le plus fréquent (le silence vaut rejet de la demande), elle peut naturellement être remplacée par une décision favorable. En revanche, s'il s'agit d'une décision positive, l'article 23 de la loi du 12 avril 2000 a modifié la règle posée par l'arrêt *Sieur Eve* (CE. Sect. 14 décembre 1969, précité). Désormais elle peut être retirée selon les conditions prévues par la loi, pour illégalité, pendant le délai du recours contentieux et pendant toute la durée de l'instance si celui-ci a été formé.

§ 4 – LA DISPARITION DE L'ACTE EST OBLIGATOIRE

Dans certains cas l'administration doit faire disparaître certains actes ; ceci concerne naturellement les actes irréguliers dès lors qu'elle est saisie d'une demande en ce sens et, évidemment, dans la mesure où l'on se trouve dans un cas où cette disparition est possible : ainsi elle doit retirer un acte individuel irrégulier dont le retrait lui a été demandé pendant le délai du recours.

Le décret du 28 novembre 1983 a par ailleurs posé le principe selon lequel en cas d'annulation d'un acte individuel fondée sur l'illégalité du règlement sur la base duquel il a été pris, l'administration a l'obligation de retirer tout acte de même nature, même après expiration des délais du recours, à une double condition : qu'elle soit saisie d'une demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif que l'acte annulé ; que l'acte concerné n'ait pas créé de droit au profit des tiers.

Un problème délicat porte enfin sur le point de savoir si l'administration a l'obligation de procéder à l'abrogation, partielle ou totale, d'un règlement lorsque les circonstances de fait ou de droit qui justifiaient son édicton ont changé ou disparu. Deux cas peuvent se présenter : le changement des

circonstances de droit, par exemple la modification d'une loi ou d'un décret sur lequel reposait le règlement, ou la modification des circonstances de fait servant de motif au règlement.

En ce qui concerne le changement des circonstances de droit, le Conseil d'État admet depuis une décision Despujol (Sect. 10 janvier 1930, GAJA. 267), que l'administration a l'obligation d'abroger un règlement devenu illégal du fait de la disparition des circonstances qui le justifiaient légalement dès l'instant qu'elle est saisie d'une demande en ce sens ; toutefois, le demandeur doit présenter sa demande dans le délai de deux mois à compter de la publication de la loi ou du décret qui crée une situation juridique nouvelle. La situation est plus complexe s'il s'agit d'un changement dans les circonstances de fait.

Dans certains cas il n'y a aucun doute : la disparition des circonstances exceptionnelles entraîne la caducité de toutes les mesures, individuelles ou réglementaires, qui ont été prises en raison de ces circonstances. Mais il est d'autres situations moins nettes ; une décision administrative doit-elle être modifiée, ou abrogée, si les faits justifiant son édicition ont disparu : la réponse du juge est positive, mais la portée de cette réponse dépend de ce que le juge entend par changement de circonstances ; il semble qu'il exige un véritable bouleversement pour imposer à l'administration l'obligation d'abroger ses décisions (CE Ass. 10 janvier 1964, ministre de l'Agriculture contre sieur Simonnet, R. 19).

Le décret du 28 novembre 1983 a par ailleurs consacré cette obligation en décidant que l'administration est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, que ce règlement soit illégal depuis l'origine, ou que l'illégalité résulte des changements de circonstances de droit ou de fait postérieurs à celle-ci. Enfin, dans son arrêt *Compagnie Alitalia* (Ass. 3 février 1989, GAJA. 685), le Conseil d'État a fait application de cette obligation à propos de règlements devenus illégaux du fait de la survenance de directives communautaires : l'obligation d'abroger un règlement illégal est

désormais considérée comme un principe dès lors qu'un administré en a présenté la demande.

Par ailleurs, par la voie de l'exception d'illégalité, il est toujours possible d'obtenir du juge qu'il écarte l'application des dispositions réglementaires qui seraient devenues incompatibles avec celles d'une loi nouvelle ou avec celles d'une directive communautaire.

CHAPITRE II

Le contrat administratif

C'est la deuxième manifestation de l'activité juridique de l'administration qui lui permet d'obtenir conventionnellement les biens et les services nécessaires au fonctionnement des services publics. C'est d'ailleurs le procédé normal, car le recours aux procédés autoritaires, réquisition ou expropriation, n'est possible que dans des cas strictement déterminés.

Les contrats passés par les administrations publiques ont une très grande importance économique ; d'abord en raison des sommes considérables qu'ils représentent ; mais aussi en fonction de la façon dont l'État les utilise ; en effet, la politique des marchés publics peut être mise au service de l'économie en général, mais elle peut aussi être un élément de la politique industrielle visant, par exemple, le développement des petites et moyennes entreprises.

C'est pourquoi il a été créé auprès du ministre chargé de l'économie un Observatoire économique de l'achat public. Le ministre chargé de l'économie, des finances et de l'industrie effectue un recensement économique annuel des marchés passés par l'État, les établissements publics nationaux non industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que par les organismes soumis au contrôle financier de l'État.

Quoi qu'il en soit, le but du contrat est, en premier lieu, de permettre à l'administration de se procurer les moyens de faire fonctionner le service public ; il est clair que tous les contrats

ne présentent pas, à cet égard, la même importance ; c'est la raison pour laquelle, avec la même finalité, les contrats passés par l'administration seront tantôt soumis au droit administratif, tantôt soumis au droit privé. Il est donc important de savoir distinguer les deux types de contrats puisque le régime juridique applicable aux uns et aux autres est différent et puisque, par voie de conséquence, le juge compétent en cas de litige sera lui aussi différent.

On examinera donc, en premier lieu, la question du critère du contrat administratif, avant de présenter les modalités d'élaboration du contrat, puis les conditions de son exécution.

SECTION I

LE CRITÈRE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

La nécessité de distinguer le contrat administratif du contrat ordinaire, s'est fait sentir dès le début de la mise en œuvre du principe de séparation des autorités judiciaires et administratives. On sait que le procureur général Merlin estimait, dès 1810, qu'il convenait de faire échapper à la compétence administrative « les contrats quelconques » que pouvaient passer les administrations. La grande distinction qui eut cours pendant une grande partie du XIX^e siècle entre les actes d'autorité relevant du droit administratif et de la compétence du juge administratif, et les actes de gestion soumis au droit privé et relevant du juge judiciaire, avait d'ailleurs eu pour conséquence, trop radicale, de faire entrer les contrats dans la catégorie des actes de gestion.

Il est apparu, en effet, que nombre de contrats présentant une importance toute particulière pour le fonctionnement du service public, ne pouvaient être considérés comme des actes de gestion que pourraient passer de simples particuliers pour les besoins de leur activité ; c'est pourquoi, dans la nouvelle distinction qui va s'imposer peu à peu entre la gestion publique et la gestion privée du service public (CE 6 février 1903, Terrier,

précité), le contrat entre principalement dans la catégorie gestion publique, bien que, par exception, il puisse être considéré comme un procédé de gestion privée ce que l'arrêt société des granits porphyroïdes des Vosges reconnaît pleinement en 1912.

Aujourd'hui, les juridictions administratives et la pratique administrative elle-même, ont totalement intégré cette distinction des deux catégories de contrats. Sans doute n'est-il pas possible de savoir quelle est l'importance quantitative de ces deux catégories de contrats. Mais on sait que si les services publics administratifs passent plutôt des contrats administratifs, c'est une pratique inverse qui prévaut, dès lors que l'on est en présence d'un service public industriel et commercial.

Toutefois, le jeu de l'exception a pour conséquence que rien n'interdit à un service public administratif de se placer dans les conditions du droit commun des contrats, et, inversement, il se peut, bien que cela soit plus rare, qu'un service public industriel et commercial passe des contrats administratifs, par exemple avec ses fournisseurs. Il est donc très important de distinguer ces deux catégories de contrats.

Parfois la distinction résulte d'une règle expresse ; mais dans le silence des textes, le juge utilise différents critères : ceux-ci sont tirés de l'objet du contrat ou de ses clauses ; mais dans tous les cas, pour qu'il y ait contrat administratif, il faut qu'une condition nécessaire soit satisfaite : le juge exige en effet qu'il y ait une personne publique partie au contrat.

§ 1 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE D'UNE RÈGLE EXPRESSE

Cette règle expresse peut être la manifestation de volonté du législateur, du juge ou de l'administration elle-même.

Mais dans tous les cas, cette manifestation de volonté est non équivoque et permanente.

A. Contrats par détermination de la loi

Il existe des contrats administratifs par détermination de la loi : tel est le cas des marchés de travaux publics en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ; il en va de même pour les contrats comportant occupation du domaine public, décret-loi du 17 juin 1938, ou bien encore des contrats d'emprunt public, lois des 17 juillet 1790 et 26 septembre 1793.

Surtout, en vertu de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, « les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ».

B. Contrats administratifs par détermination jurisprudentielle

La nature du contrat peut aussi résulter d'une règle jurisprudentielle ; c'est ainsi que l'offre de concours a toujours été assimilée par la jurisprudence à un marché de travail public et, comme tel, considérée comme un contrat administratif. La concession de service public est également toujours considérée comme un contrat administratif. À l'inverse, la jurisprudence estime que les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux avec leurs usagers sont toujours des contrats privés (CE Sect. 13 octobre 1961, Établissements Campanon-Rey, R. 567). Et la règle est à peu près la même en ce qui concerne les contrats par lesquels les services publics industriels et commerciaux recrutent leur personnel (CE 26 janvier 1923, de Robert Lafrégeyre, GAJA. 242).

L'administration ne conserve la possibilité de choisir le régime juridique de ses contrats que pour ceux qui sont exclus du champ d'application du code des marchés publics.

C'est compte tenu de ces dispositions de la loi, qu'il convient de rappeler quels sont les critères du contrat administratif que le juge utilise pour faire apparaître la volonté présumée de l'administration et, en tout cas, la nature objective du contrat.

Toutefois, ainsi que l'a dit, le juge ne se livre à cette recherche qu'après avoir constaté qu'il y a bien une personne publique partie au contrat.

§ 2 – LA PRÉSENCE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE EST UNE CONDITION NÉCESSAIRE

Pour qu'il y ait contrat administratif, il faut qu'une personne publique soit partie au contrat ; c'est une condition nécessaire à laquelle le juge administratif n'a jamais renoncé, à la différence de ce qu'il a accepté pour les actes administratifs unilatéraux.

Il existe à ce principe des exceptions limitées.

D'abord, et ceci n'est qu'une fausse exception, rien n'interdit à la collectivité publique de se donner un mandataire privé pour contracter à sa place ; mais dans ce cas, le mandataire est en quelque sorte transparent puisqu'il agit au nom et pour le compte de son mandant, personne publique.

La véritable exception résulte de décisions du Tribunal des conflits et du Conseil d'État qui ont estimé que certains travaux relevant par nature de la compétence de l'État, les contrats, même passés entre deux personnes privées, seraient administratifs dès lors que leur objet les concernerait : il s'agit essentiellement des travaux routiers (TC 8 juillet 1963, Société entreprise Peyrot, GAJA. 567). Sont ainsi des contrats administratifs les marchés passés par une société d'économie mixte chargée de la construction d'une autoroute avec des entreprises sous traitantes ; la même solution s'applique à des sociétés purement privées (CE Société AREA, 3 mars 1989, R. 69).

Une deuxième exception a été admise par le Conseil d'État lorsque l'entreprise privée semble agir pour le compte de la collectivité publique en raison des liens étroits qu'elle entretient avec cette dernière : ainsi, les marchés passés par une société privée concessionnaire de la ville, pour l'aménagement d'une zone d'urbanisation prioritaire, avec des entreprises privées

sous traitantes, sont des marchés publics, car la société concessionnaire apparaît comme agissant pour le compte de la collectivité publique (CE Sect. 30 mai 1975, Société d’équipement de la région montpelliéraine, R. 326).

Ainsi, dans la mesure où de nombreuses sociétés de droit privé sont aujourd’hui en charge de la réalisation des grands travaux d’infrastructures, on voit que les litiges qui en résultent relèvent de la connaissance du juge administratif ce qui semble parfaitement cohérent avec le point de vue traditionnel selon lequel les travaux publics sont, par nature, de la compétence du juge administratif. Mais il ne s’agit que d’un correctif partiel de la règle posée.

§ 3 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE DE SON OBJET

L’élément déterminant, aux yeux du juge, se trouve dans le lien qui unit le contrat au service public du fait de son objet.

Si ce lien lui paraît étroit, il en déduit que le contrat est essentiel pour le fonctionnement du service public et que, par voie de conséquence, il doit être soumis au droit administratif.

Cette liaison apparaît particulièrement évidente si l’objet du contrat se confond avec « l’exécution même du service public », comme c’était le cas dans l’affaire époux Bertin (CE Sect. 20 avril 1956, ou dans l’affaire des Consorts Grimouard, même date, GAJA. 486).

Le juge recherchait également cette liaison dans les contrats de recrutement de personnel afin de vérifier que les personnes recrutées participaient directement à l’exécution du service public (CE Sect. 10 mars 1959, Lauthier, R. 198, et TC. 25 novembre 1963 Dame veuve Mazerand, R. 792) ; mais le Tribunal des conflits a abandonné cette jurisprudence par un arrêt préfet de la région Rhône-Alpes c/ Berkani, 25 mars 1996, R. 535 : désormais tout agent contractuel d’une personne publique employé dans un service public administratif est un agent public. A l’inverse, les contrats autres que ceux qui sont passés en application du code des marchés publics et qui n’ont

d'autre intérêt que de fournir au service les moyens habituels de son fonctionnement, demeurent des contrats ordinaires sauf s'ils contiennent des clauses exorbitantes du droit commun, conformément à la jurisprudence issue de la décision Société des granits porphyroïdes des Vosges (CE 31 juillet 1912, GAJA. 156).

§ 4 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE DE SES CLAUSES

Le juge décide que le contrat est administratif si certaines de ses clauses apparaissent exorbitantes du droit commun ; la question se pose alors de savoir ce qu'est une clause exorbitante du droit commun. Le droit commun repose sur l'égalité des parties ; on peut penser qu'une clause manifestant la volonté de l'administration d'établir sa supériorité par rapport à son cocontractant, dénotera son intention de soumettre le contrat au droit administratif.

La clause exorbitante pourra être constituée par une prérogative que se réserve l'administration contractante : droit de contrôle sur le cocontractant, droit de prononcer des sanctions, fixation unilatérale du prix de certaines prestations, etc.

Ces clauses ne sont pas nécessairement des clauses qu'il ne serait pas possible d'introduire dans un contrat privé ; mais ce sont des clauses inusuelles ; le juge recherche ainsi ce qui, dans le contrat, peut apparaître inhabituel, et à ce titre, peu conforme sinon au droit commun, en tout cas à la pratique contractuelle en usage dans les rapports entre particuliers. Toutefois le fait pour un contrat de se référer à un cahier des charges ne constitue pas, malgré son caractère inhabituel, une clause exorbitante du droit commun, sauf si le cahier comporte lui-même une ou plusieurs dispositions exorbitantes (TC 5 juillet 1999 : UGAP, R. 465).

Mais la jurisprudence est allée plus loin en décidant qu'était administratif un contrat conclu sous un régime exorbitant de droit commun bien que le contrat lui-même ne comporte point de clause à proprement parler exorbitante : il s'agissait de

l’acquisition par EDF du courant produit par un producteur autonome dans les conditions prévues par un décret mettant sur pied un régime d’achat obligatoire (CE Sect. 19 janvier 1973, Société d’exploitation de la rivière du Sant, R. 48). Mais le critère de la clause exorbitante reste parfaitement valable (TC 7 juillet 1980, Société d’exploitation touristique de la haute Maurienne, R. 509) ; les commentateurs évoquent alors « l’ambiance de droit public » dans laquelle baigne le contrat.

SECTION II

LA FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF

La formation des contrats administratifs fait l’objet d’une réglementation dont on peut résumer l’esprit en disant qu’elle tend à limiter la liberté contractuelle de l’administration, et à diminuer l’égalité des parties au contrat, mais aussi à imposer le respect de la concurrence et de la transparence dans l’intérêt de l’administration et de ses cocontractants.

La formation des conventions de délégation de service public et des marchés publics qui, en pratique, constituent la grande majorité des contrats passés par l’administration, obéit à un régime juridique spécifique et impératif. La passation des conventions de délégations de services publics est désormais soumise aux règles posées par la loi du 29 janvier 1993 (loi Sapin) aujourd’hui codifiée, pour les collectivités locales, au code général des collectivités territoriales.

La réglementation applicable aux marchés publics à laquelle seront consacrés les développements qui vont suivre est, pour sa part, issue d’un texte de base, le décret du 7 janvier 2004 explicité par une circulaire du même jour.

Ce décret, auquel est annexé le nouveau Code des marchés publics, est complété par divers textes de droit communautaire notamment par les directives du 31 mars 2004, principalement destinés à faire respecter le principe de concurrence.

Le Code des marchés publics s'applique aux marchés de l'État et à ses établissements publics autres que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics et naturellement aussi aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une de ces personnes publiques. À ce principe il existe un certain nombre d'exceptions énumérées par le code.

Cette réglementation relative à l'élaboration des marchés, concerne la forme des marchés, la capacité de contracter et la procédure de passation, c'est-à-dire les modes de passation des marchés.

§ 1 – LA FORME DES MARCHÉS

Des dispositions du Code des marchés publics, il résulte que les marchés publics sont des contrats écrits dont l'acte d'engagement et les cahiers des charges sont les pièces constitutives.

A. Le caractère écrit

Il se comprend aisément dans la mesure où la précision qui doit nécessairement caractériser les droits et les obligations des parties, s'accommode mal du caractère oral ; ils sont obligatoirement écrits lorsqu'ils dépassent certains seuils ; le code des marchés publics admet toutefois certaines exceptions.

Les marchés publics peuvent être des marchés de fournitures, de travaux ou de service.

Dans tous les cas, ils doivent comporter un certain nombre d'indications. Les unes concernent l'identification du cocontractant.

D'autres concernent la nature et l'étendue des besoins à satisfaire qui doivent être définis avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non soumise à concurrence. L'objet du marché doit répondre exclusivement à ces besoins.

L’objet du marché doit être précisé non seulement quant à sa nature et à son volume, mais aussi à son rythme d’exécution ; il est cependant possible, dans certains cas, de n’indiquer que le montant maximum et minimum de la prestation : il s’agit des marchés à bons de commande, ou bien de tenir compte des conditions d’exécution avec les marchés à tranches conditionnelles.

On signalera aussi l’existence de marchés de maîtrise d’œuvre dont l’objet est très particulier : conception architecturale d’un ouvrage ou d’un bâtiment, aménagement urbain ou paysager...

Des dispositions particulières ont prévu le cas des marchés industriels (marchés de définition) dans lesquels, par hypothèse, l’objet du marché étant une recherche d’un produit ou d’un procédé de fabrication, il n’est pas possible de donner une définition très précise de l’objet du marché.

Le troisième élément qui doit être précisé, concerne le prix ; il doit être ferme qu’il soit unitaire ou forfaitaire ; toutefois il est possible de passer un marché à prix provisoire de façon exceptionnelle si le marché porte sur un objet complexe dont tous les éléments du coût ne peuvent être déterminés ; dans ce cas le prix fera l’objet d’un contrôle en cours d’exécution sur pièce et sur place ; cela correspond aux anciens marchés sur dépense contrôlée.

Les marchés correspondant à des programmes pluriannuels doivent respecter les autorisations de programme et les crédits de paiement disponibles.

En tout état de cause, si le prix est ferme, il peut faire l’objet d’une révision dans les conditions prévues par les cahiers des charges. Le marché doit enfin comporter diverses dispositions relatives à ses modalités d’exécution : délais, livraison des prestations et réception des travaux, conditions de règlement et éventuellement de résiliation, etc.

B. Les cahiers des charges

Ce sont des documents rédigés par l'administration, qui s'intègrent au marché et prennent ainsi un caractère contractuel ; dans cette mesure le contrat administratif s'apparente au contrat d'adhésion. Ces cahiers des charges sont de deux sortes.

Les uns sont des documents généraux ; les cahiers des clauses administratives générales fixent les règles administratives applicables à tous les marchés passés par une administration déterminée ; le cahier des clauses administratives générales des ponts et chaussées en matière de travaux publics ; les cahiers des clauses techniques générales qui ont la même finalité mais dans le domaine technique et qui concernent des prestations de même nature : construction de routes, de bâtiments, etc. Les documents particuliers constituent la deuxième catégorie de cahiers des charges : le cahier des clauses administratives particulières rassemble les règles administratives propres à chaque marché et le cahier des clauses techniques particulières fait de même dans le domaine technique.

§ 2 – LA CAPACITÉ DE CONTRACTER

La capacité de contracter est une compétence soigneusement réglementée ; la passation d'un marché c'est en effet l'engagement d'une dépense publique, autant qu'un moyen de procurer un bien ou un service nécessaire au fonctionnement du service public.

Il est donc naturel que seuls certains agents puissent le faire, selon une procédure déterminée.

Il faut à cet égard distinguer deux phases : la préparation matérielle du marché ; il existe dans les différents départements ministériels des personnes responsables du marché dont la liste est établie par le ministre ; leur mission est de suivre le marché de sa signature à son achèvement.

L'engagement de la collectivité publique découle de la signature du marché par la personne qui a la capacité juridique de

contracter ; pour l'État, c'est normalement le ministre ; mais celui-ci délègue une partie de ce pouvoir à la personne responsable du marché ; en outre, cette délégation est effectuée au profit des autorités déconcentrées. Les textes relatifs à l'organisation des diverses collectivités locales prévoient, eux aussi, quelles sont les autorités compétentes. En général, il faut une décision de l'assemblée délibérante habilitant l'exécutif local à signer les contrats ; pour les établissements publics, le directeur devra être habilité par une délibération du conseil d'administration, sous réserve de l'exercice d'un contrôle de tutelle.

§ 3 – LES MODES DE PASSATION DES MARCHÉS

La passation des marchés obéit à certains principes que l'on exposera avant d'étudier les différents procédés de formation des marchés.

A. Principes généraux

La réglementation applicable à la passation des marchés a beaucoup évolué ; aujourd'hui elle est essentiellement dominée par l'idée de concurrence, mais aussi par celle, plus nouvelle, de transparence. La liberté de l'administration doit être limitée de façon à éviter les diverses formes de collusion qui peuvent s'instaurer entre l'autorité administrative et ses fournisseurs : corruption, favoritisme, fausses factures et autres pratiques frauduleuses dont l'actualité a montré l'ampleur ; pour éviter cela l'attribution du marché devrait être automatique.

Mais les procédures de passation des marchés ont aussi pour but de permettre à l'administration de se procurer le meilleur produit, ou le meilleur service ; elle devrait donc pouvoir choisir le cocontractant le plus compétent ou celui dont les produits sont le mieux adaptés à ses besoins.

C'est entre ces deux exigences, parfois contradictoires, qu'évoque la réglementation de la passation des marchés publics.

Cette réglementation a connu récemment un renforcement des exigences de publicité et de concurrence sous l'effet conjugué du droit européen et de la législation nationale.

Le nouveau code des marchés détermine les principes fondamentaux qui doivent être respectés dans la passation des marchés publics : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures ; ces principes s'appliquent à tous les marchés quelle que soit leur nature ou leur montant.

Le droit européen repose également sur la non-discrimination ; des directives communautaires ont donc progressivement renforcé l'obligation de soumission des marchés publics à la concurrence dans le cadre de l'Europe, ce qui implique le respect de règles de publicité pour les avis d'appel d'offres des marchés de fournitures et de travaux ; ces règles ont été introduites dans le code des marchés publics.

Sur le plan interne, le législateur est intervenu pour assurer la transparence des procédures publiques ; il étend les règles de concurrence applicables aux marchés publics, aux marchés passés par les sociétés d'économie mixte ; par ailleurs, les règles de publicité et de concurrence sont étendues à toutes les délégations de service public réalisées par les personnes morales de droit public, ainsi qu'aux contrats de partenariat.

Pour faciliter le respect des règles de la passation des marchés et des conventions de délégation de service public (publicité, égalité et concurrence notamment), le législateur a créé un « référé précontractuel » qui permet au candidat à l'attribution du marché qui les estimerait méconnues, de demander au juge des référés d'ordonner à l'auteur du manquement à la procédure régulière, de se conformer aux exigences de celle-ci. La décision du juge n'est pas susceptible d'appel.

Enfin, le législateur, après avoir créé une mission interministérielle d'enquête pour contrôler la passation des marchés des collectivités publiques, établissements publics et sociétés d'économie mixte, a créé (loi du 29 janvier 1993

modifiant la loi du 3 janvier 1991) une mission interministérielle sur les marchés et les conventions de délégation de service public ; cette mission doit examiner les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés et exécutés les marchés et délégations de service public de toutes les collectivités publiques, de leurs établissements publics et des sociétés d'économie mixte nationales ou locales.

B. Les modes de passation

Les modes de passation des marchés ont connu en peu de temps de nombreuses réformes résultant du code des marchés publics du 7 mars 2001 remplacé par le code actuel de janvier 2004. Dans ces conditions il n'est pas inutile de rappeler la réglementation issue du texte de 2001 avant d'exposer les principaux apports du code actuel.

1. LA RÉGLEMENTATION SELON LE CODE DE 2001

Initialement trois modes de passation existaient ; le code de 2001 en supprimant l'adjudication n'en laissait subsister que deux : l'appel d'offres et le marché négocié ; toutefois le rôle joué pendant longtemps par l'adjudication justifie qu'on en rappelle les caractéristiques.

a) L'adjudication

L'adjudication repose sur la publicité et la concurrence et conduit à attribuer le marché au soumissionnaire le moins disant, c'est-à-dire à l'entreprise qui fait les propositions de prix les plus favorables. L'adjudication peut être ouverte : toute entreprise intéressée peut soumissionner ; elle peut être restreinte : ne sont admises à soumissionner que les entreprises retenues en raison de leurs références au regard de celles qui sont fixées par les cahiers des charges.

Le marché est attribué après ouverture publique des plis, par une commission d'adjudication.

Cette procédure, apparemment satisfaisante, s'est révélée souvent inopérante en raison de ce qu'elle ne permet pas à l'administration d'acquérir les meilleurs produits, ou de se ménager le concours de l'entreprise la plus performante.

Mais surtout, cette procédure se heurtait souvent aux ententes entre soumissionnaires qui font échec à la concurrence.

C'est pourquoi elle a été abandonnée au profit d'une deuxième procédure qui est désormais la procédure normale : l'appel d'offres.

b) *Le marché sur appel d'offres*

Il repose lui aussi sur la publicité et la concurrence ; mais l'attribution du marché ne se fait pas automatiquement au profit du moins disant mais à celui du mieux disant. L'administration peut tenir compte des références techniques de l'entreprise, des caractéristiques techniques des offres, pour retenir celle qui lui semble le mieux convenir à ses besoins, non seulement sur le plan financier, mais aussi sur le plan technique.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint ; la commission d'appel d'offres ne siège pas publiquement pour éviter que les jugements de valeur exprimés sur les différentes entreprises soient connus et puissent nuire à celles-ci.

Parfois, pour des raisons techniques ou esthétiques dictées par l'objet du marché, l'administration organise un marché sur concours selon une consultation qui fait l'objet d'une réglementation particulière.

L'appel d'offres est aujourd'hui le procédé de droit commun.

c) *Le marché négocié*

C'est celui que l'on appelait autrefois le marché de gré à gré, passé sur entente directe.

C'est le mode de passation qui offre le plus de liberté à l'administration dans le choix de son cocontractant ; en principe exceptionnel, ce procédé ne peut être utilisé que dans un nombre de cas limité, expressément prévus par le code des marchés : par exemple en cas d'urgence, d'échec d'une

procédure antérieure d’appel d’offres, pour des travaux de recherche, d’essai ou d’expérimentation, ou bien qui intéressent la défense, etc. Sauf dans le dernier cas, l’administration doit faire connaître son intention de passer le marché afin de mettre en compétition les candidats susceptibles d’exécuter le marché.

À l’issue des discussions ainsi engagées, la personne responsable du marché attribue librement le marché au candidat qu’elle a retenu.

Enfin en vertu de ce code des marchés publics certains marchés pouvaient, en raison de leur montant, être conclus sans formalités préalables, ou selon une mise en concurrence simplifiée.

2. LES MODES DE PASSATION SELON LE CODE DE 2004

Le nouveau code des marchés publics distingue deux grands types de procédure : les procédures adaptées et les procédures formalisées.

a) *Les procédures adaptées*

Elles peuvent être utilisées pour des marchés dont les montants ne dépassent pas certains seuils : 150 000 euros (HT) pour les marchés de fournitures et de service de l’État et 230 000 euros (HT) pour ceux des collectivités territoriales. Pour les marchés de travaux le montant est le même pour toutes les collectivités : 230 000 euros (HT).

Ces marchés ne sont soumis à aucune des procédures formalisées définies par le code. L’acheteur public organise comme il l’entend la mise en concurrence et négocie librement avec les candidats. Toutefois lorsque le montant du marché dépasse 90 000 euros (HT), il doit obligatoirement assurer la publication d’un avis d’appel à la concurrence.

b) *Les procédures formalisées*

Ces procédures concernent les marchés de fournitures et de service de l’État qui sont supérieurs à 150 000 euros (HT) ainsi que ceux des collectivités territoriales supérieurs à 230 000 euros (HT), ainsi que les marchés de travaux de l’État

et des collectivités territoriales dont le montant est supérieur à 230 000 euros (HT). Ces marchés doivent être passés selon les procédures prévues par le code qui imposent des formalités de publicité et de mise en concurrence plus ou moins rigoureuses : appel d'offres, procédures négociées, dialogue compétitif, conception réalisation, concours et diverses procédures spécifiques. Par ailleurs, certaines d'entre elles autorisent une négociation entre l'acheteur public et les candidats dont le but est d'obtenir une meilleure détermination de l'objet du marché avant la phase de sélection des offres.

L'appel d'offres, ouvert ou restreint, constitue toutefois une procédure importante.

Ainsi, hormis les cas où une autre procédure est expressément prévue par le code, l'appel d'offres est obligatoire pour les marchés de fournitures et services dont le montant est supérieur à 150 000 euros (HT) pour l'État et à 230 000 euros (HT) pour les collectivités territoriales et pour tous les marchés de travaux dont le montant est supérieur à 590 000 euros (HT).

Les travaux des commissions d'appel d'offres sont encadrés par les dispositions du code qui définissent les critères de sélection des candidatures ainsi que les critères de choix et de classement des offres afin de retenir l'offre du candidat le mieux disant.

SECTION III

L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Le principe est que le marché doit être notifié au titulaire avant tout commencement d'exécution.

C'est probablement dans le domaine de l'exécution, que le régime juridique du contrat administratif apparaît le plus caractéristique de ce qu'est le régime exorbitant du droit commun.

En droit privé, en effet, le contrat fait la loi des parties et celles-ci n'ont d'autres droits et obligations que ce qui est prévu au contrat.

En revanche, le régime du contrat administratif repose sur l'idée fondamentale que le contrat est indispensable au fonctionnement du service public ; par conséquent, l'autorité administrative doit toujours disposer des pouvoirs nécessaires pour être en mesure de faire prévaloir l'intérêt du service en modifiant éventuellement les clauses du contrat.

Certaines prérogatives dont elle dispose sont inscrites dans le contrat, et c'est aujourd'hui le cas le plus fréquent ; c'est même l'utilité des cahiers des charges que de prévoir ces prérogatives, les cahiers des charges étant partie intégrante du contrat. Mais dans le silence de ceux-ci, l'administration peut faire prévaloir l'intérêt du service et les règles du droit administratif sous le contrôle du juge naturellement.

En effet, la supériorité de l'administration, elle-même reflet de la prééminence de l'intérêt du service, ne signifie pas que le cocontractant soit sacrifié ; les pouvoirs de l'administration sont encadrés, réglementés. Par ailleurs, ces prérogatives sont compensées par des droits reconnus au cocontractant, et notamment son droit fondamental à l'équilibre financier du contrat.

On examinera les obligations du cocontractant, puis ses droits et enfin les diverses circonstances qui peuvent bouleverser l'exécution du contrat ainsi que les modalités de règlement des litiges qui peuvent surgir au cours de l'exécution du contrat.

§ 1 – LES OBLIGATIONS DU COCONTRACTANT ET LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION

Ces obligations correspondent évidemment aux pouvoirs que détient l'administration dans l'exécution du contrat.

Elles ne naissent définitivement qu'à partir du moment où le marché est approuvé par l'autorité compétente ; le code des marchés publics pose le principe que le marché doit être notifié avant tout commencement d'exécution.

Le cocontractant a l'obligation d'exécuter personnellement le marché sous la direction et le contrôle de l'administration qui dispose d'un pouvoir de sanction et de vérification de la bonne exécution des obligations contractuelles ; en cas de besoin, elle peut aussi les modifier unilatéralement.

A. L'obligation personnelle d'exécuter

L'obligation personnelle d'exécuter a un fondement logique évident ; le marché est conclu *intuitu personae*, surtout s'il s'agit d'un marché sur appel d'offres ou d'un marché négocié ; la règle était, à l'origine, que le cocontractant ne pouvait pas sous-traiter, sauf autorisation expresse de l'administration ; la complexité des marchés publics a conduit à un certain assouplissement de cette règle ; mais si la sous-traitance est aujourd'hui regardée comme une modalité normale d'exécution du marché, il demeure que le cocontractant doit faire agréer chaque sous traitant, ainsi que les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance ; le code des marchés prévoit en outre, que le titulaire du marché « demeure responsable personnellement de l'exécution de toutes les obligations résultant de celui-ci ».

L'obligation d'exécution implique le respect de toutes les prescriptions des cahiers des charges sur le plan technique, en ce qui concerne les délais, etc.

L'exécution est placée sous le pouvoir de direction de l'administration.

Les cahiers des charges prévoient, en effet, que le maître d'œuvre a le pouvoir de diriger le cocontractant dans l'exécution de ses obligations ; ceci est particulièrement important dans les marchés de travaux publics ou les marchés industriels.

Le cocontractant doit se plier aux ordres de service qui lui sont adressés.

B. Le pouvoir de sanction

On a souvent relevé que les relations de l'administration et de ses cocontractants étaient fondées sur la confiance et la collaboration : cependant, il faut prévoir le cas où le cocontractant ne répond pas à ce que l'administration attend de lui ; la méconnaissance de ses obligations par le cocontractant est de nature à mettre en péril le fonctionnement du service public et le régime des sanctions, comme leur nature, découle de cette considération.

Tout d'abord, le pouvoir de sanction est en principe un pouvoir que l'administration exerce unilatéralement ; seule la déchéance du concessionnaire de service public doit être demandée au juge.

En second lieu, ce pouvoir existe de plein droit, même s'il n'a pas été prévu au contrat (CE 31 mai 1907, Deplanque, R. 513).

En troisième lieu, ce pouvoir très énergique, est cependant limité : l'administration ne peut prononcer une sanction sans avoir mis son cocontractant en demeure d'exécuter son obligation, et elle doit respecter les droits de la défense. Par ailleurs ce pouvoir s'exerce sous le contrôle du juge du contrat (CE 18 février 1983, Société française du tunnel routier du Fréjus, R. 781).

Les sanctions sont de deux sortes. Les unes sont dites pécuniaires ; ce sont des dommages-intérêts forfaitaires prévus par le contrat ; elles sont appliquées automatiquement en cas de retard d'exécution. Les autres sanctions sont des sanctions coercitives en ce sens qu'elles ont pour but de pallier la carence éventuelle du cocontractant.

L'administration peut, par exemple, écarter le titulaire du marché en prononçant la mise en régie : elle se charge elle-même de l'exécution, mais aux risques et périls du cocontractant défaillant ; elle peut aussi confier cette exécution à un tiers, mais toujours aux risques financiers, notamment, du cocontractant.

Enfin, dans les cas extrêmes, elle peut prononcer la résiliation du marché soit purement et simplement, soit aux risques du titulaire. Mais le juge estime, compte tenu de la lourdeur de ces sanctions, que l'administration ne peut les prononcer que pour faute grave.

C. Le pouvoir de modification unilatérale

C'est un pouvoir qui permet à l'autorité administrative de modifier en cours d'exécution les obligations de son cocontractant afin de les adapter à l'évolution des besoins du service public ; ce pouvoir existe même s'il n'est pas prévu par le contrat ; il est fondé sur le principe d'adaptation constante du service public ; son existence est d'ordre public et l'autorité administrative ne saurait y renoncer. Il a été consacré pour la première fois par le Conseil d'État dans une décision du 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville les Rouen* (GAJA. 57).

Ce pouvoir est important dans tous les contrats, mais il l'est plus particulièrement dans les contrats de longue durée dans l'exécution desquels des problèmes d'adaptation à l'évolution des circonstances peuvent se poser avec une plus grande fréquence et avec une particulière acuité ; ce n'est donc pas par hasard si c'est dans l'exécution des conventions de concession de service public, que le juge a été le plus fréquemment appelé à se pencher sur les modalités de mise en œuvre de ce pouvoir.

Dans une décision du 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, (GAJA. 135), le Conseil d'État va au-delà de sa décision *Compagnie nouvelle du gaz de Deville les Rouen*, en rappelant que le pouvoir de modification des obligations du concessionnaire est totalement indépendant de la volonté des parties ; qu'il repose exclusivement sur l'intérêt du service dont le concédant est seul juge ; la concession est une délégation de service public et non pas un abandon !

Toutefois, si le concédant peut toujours modifier les conditions d’organisation et de fonctionnement du service, ce pouvoir, fondé sur l’intérêt du service, est également limité par celui-ci.

La modification ne sera régulière que dans la mesure où elle sera justifiée par les nécessités du service.

Par ailleurs, le pouvoir de modification rencontre une autre limite, qui tient à ce que l’autorité administrative ne peut modifier que les obligations du titulaire du marché mais pas ses droits, notamment les avantages qui lui sont consentis par le marché.

Lorsque les modifications qui lui sont demandées dépassent par leur importance une certaine proportion, qui peut d’ailleurs être fixée par les cahiers des charges, non seulement il a droit à un prix supplémentaire si sa prestation est augmentée, mais il peut aussi réclamer une indemnité dans la mesure du moins où il peut prouver que l’augmentation de ses obligations engendre pour lui un préjudice. Le droit à indemnité existe également en cas de diminution excessive de ses prestations.

Le pouvoir de modification est complété par un pouvoir de résiliation dans l’intérêt du service ; la résiliation est prononcée de façon discrétionnaire ; elle ouvre également droit à indemnité au profit du cocontractant. Ce droit à indemnité repose sur le principe de l’équilibre financier du contrat ; l’indemnité doit couvrir intégralement le préjudice subi.

D. La vérification de l’exécution du marché

À l’issue du marché, et malgré le fait qu’elle ait été en mesure de suivre son exécution, l’administration cocontractante dispose du pouvoir de vérifier la conformité des travaux ou des fournitures aux prévisions contractuelles.

En ce qui concerne les fournitures, la procédure de vérification peut aboutir à l’admission pure et simple, ou bien à l’inverse au rejet et parfois à une demande de modification du produit, ou de la fourniture. En matière de travaux, la procé-

dure de réception est contradictoire ; elle peut être pure et simple ; mais l'administration peut aussi demander des travaux complémentaires ou des modifications à l'ouvrage construit. Ce n'est qu'à l'issue de cette réception, et de la signature du procès-verbal qui la constate, que le cocontractant est déchargé de la responsabilité du chantier et de l'ouvrage qui passe alors à l'administration.

Toutefois, la réception des travaux laisse subsister la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs dans les termes de l'article 1792 du code civil ; le juge n'applique pas cet article mais s'inspire des principes qui le fondent, c'est-à-dire une présomption de responsabilité (CE 2 février 1973, Ass. Sieur Trannoy, R. 94).

§ 2 – LES DROITS DU COCONTRACTANT ET LES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATION

Si l'administration dispose d'importantes prérogatives dans l'exécution du contrat, le cocontractant est titulaire d'un certain nombre de droits qu'elle doit respecter.

Il a tout d'abord droit à ce que l'administration respecte les engagements qu'elle a pu prendre dans le contrat, et d'une façon générale, qu'elle ne commette pas de faute dans l'exercice de ses prérogatives, notamment dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et de direction de l'exécution du contrat.

Mais il demeure que les droits du cocontractant sont essentiellement de nature pécuniaire, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils prennent naissance.

Le cocontractant a droit au paiement du prix ; il peut avoir droit à diverses indemnités.

A. Le droit au paiement du prix

Nous avons vu que le contrat doit comporter obligatoirement une indication du prix qui peut d'ailleurs être établi de diverses manières : prix unitaire, prix forfaitaire, marché sur dépenses

contrôlées, etc. Le prix est en principe ferme ; mais des clauses de révision sont introduites dans les marchés qui s'exécutent sur une longue période. Les formules de révision sont déterminées à l'avance, et de façon très précise, pour éviter les contestations ultérieures.

Le paiement du prix est subordonné à diverses formalités, dont la liquidation, formalité préalable au mandatement, qui va permettre le paiement ; le nouveau code remplace le délai de mandatement de quarante jours par un délai global de paiement de quarante-cinq jours ; c'est ce délai qui s'applique en l'absence de stipulations du marché ; si le délai n'est pas respecté l'administration s'expose à verser à son cocontractant des intérêts moratoires.

B. Le financement des marchés

Lorsque le marché s'exécute sur une longue période, ou s'il porte sur des sommes très importantes, le titulaire du marché ne dispose généralement pas des moyens de faire face au financement de celui-ci. Il a fallu prévoir des mécanismes permettant aux entrepreneurs et fournisseurs de l'administration de trouver les moyens de financer l'exécution du contrat dans des conditions qui ne soient pas trop onéreuses.

Une difficulté résultait de la règle du « service fait » qui interdit à l'administration de payer une prestation avant son entier accomplissement.

On a donc d'abord eu recours au versement d'acomptes, c'est-à-dire au paiement fractionné, correspondant à une exécution partielle de son obligation par le cocontractant. Mais il a fallu aller plus loin et mettre en place un système d'avances.

Enfin, un mécanisme de mobilisation de crédits bancaires par l'intermédiaire du nantissement des marchés, permet de surmonter les difficultés de trésorerie que peuvent rencontrer les cocontractants. Un organisme constitué sous la forme d'une société d'économie mixte, le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises a succédé à l'ancienne Caisse nationale

des marchés de l'État, pour intervenir en vue de faciliter ce financement.

C. Le droit aux indemnités

Ce droit peut d'abord résulter de l'obligation pour l'administration de réparer les conséquences préjudiciables du manquement à ses obligations ou aux fautes qu'elle aurait pu commettre ; la faute contractuelle ouvre en effet droit à indemnité, et éventuellement, peut fonder une demande de résiliation du contrat de la part du titulaire du marché.

Par ailleurs, ce droit à indemnité peut naître de toute une série d'événements dont certains nous sont déjà connus : le pouvoir de modification unilatérale du contrat, tandis que d'autres relèvent de ce que l'on peut appeler le bouleversement du contrat.

§ 3 – LE BOULEVERSEMENT DU CONTRAT

Le bouleversement du contrat peut résulter d'une série d'événements qui ont en commun de mettre en péril l'exécution du contrat et parfois même d'y faire obstacle.

Le juge a donc été conduit, dans ces divers cas, à imaginer des règles et théories destinées, dans toute la mesure du possible, à assurer la protection des intérêts du service public tout en tenant compte de la situation légitime du cocontractant.

Il s'agit des sujétions imprévues, de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision.

A. Les sujétions imprévues

Elles sont constituées par des difficultés imprévues et exceptionnelles que rencontre le titulaire d'un marché dans la réalisation de celui-ci ; c'est une situation assez fréquente dans les marchés de travaux publics, compte tenu de la complexité des opérations en cause, et des études préalables qui doivent être conduites : le percement du tunnel du Fréjus, celui du

tunnel sous la manche, ou même celui du métro de Lyon sous la Saône, illustrent parfaitement ce type de situations qui ne peuvent être prévues malgré les précautions prises.

Le juge estime dans ce cas, que le principe de l'équilibre financier du contrat, entraîne, pour l'administration, l'obligation d'indemniser intégralement le cocontractant (CE 3 février 1905, ville de Paris, R. 105, et Société française du tunnel routier du Fréjus [2^e espèce] 18 février 1983, R. 781).

B. La force majeure

L'obligation d'exécuter pesant sur le cocontractant peut disparaître en cas de force majeure ; mais le caractère radical de cette conséquence explique que le juge soit particulièrement restrictif dans son attitude à l'égard de la force majeure ; il veille en effet rigoureusement à ce que l'événement qualifié de force majeure, et invoqué comme tel par le cocontractant, soit réellement imprévu et imprévisible ; qu'il soit indépendant de la volonté du cocontractant ; qu'il ait rendu impossible, d'une façon absolue, l'exécution du marché. Très fréquemment, les cocontractants invoquent des événements climatiques, tempêtes, chutes de neige, etc. auxquels le juge ne reconnaît généralement pas les trois caractères de la force majeure ; cependant s'il en reconnaît l'existence, il en déduit que le cocontractant est déchargé de son obligation d'exécuter tant que durent les faits constitutifs de la force majeure (CE 29 janvier 1909, Compagnie des Messageries maritimes, GAJA. 120).

Le Conseil d'État a estimé que des faits de grève dus à une mauvaise politique salariale de l'entreprise, ne pouvaient être considérés comme constitutifs de la force majeure parce que n'étant pas étrangers au cocontractant, ou bien parce que ne faisant pas obstacle à ce qu'il trouve une main-d'œuvre de remplacement (CE 18 mai 1925 Condemine, R. 494).

C. Le fait du prince

Il s'agit d'une construction jurisprudentielle destinée à tenir compte du fait que l'administration cocontractante conserve, en toutes circonstances, la possibilité d'utiliser ses pouvoirs d'autorité administrative. Or ceux-ci peuvent la conduire à prendre des décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'exécution du contrat. Il convient donc, à la fois de rappeler l'existence des pouvoirs administratifs de l'autorité qui contracte et, en même temps, le droit du cocontractant de n'en pas supporter les conséquences, de façon à ce que l'administration n'ait pas la tentation d'user de ses pouvoirs pour alléger le poids de ses obligations.

Si la décision est une décision individuelle ou particulière qui touche directement le contrat, la situation est parfaitement claire : l'interdiction d'importer un produit pour des raisons de sécurité publique, alors que le produit doit être utilisé par le cocontractant ou bien la modification des règles de circulation qui allonge sensiblement l'itinéraire que doivent parcourir les véhicules du cocontractant constituent ces mesures prises par l'autorité administrative en tant que telle et qui ont une incidence directe sur l'exécution du contrat.

En revanche, la situation est plus délicate s'il s'agit de mesures générales qui, en principe, touchent tout le monde, et pas seulement le cocontractant : l'augmentation d'un droit de douane sur un produit, le blocage de certains prix, la modification de la législation sociale ; dans ces cas la théorie ne joue pas, en principe, car ces mesures sont d'application générale et constituent des charges que tout le monde doit supporter ; il ne peut en aller autrement que si ces mesures ont une incidence directe sur l'objet essentiel du contrat.

Dans tous les cas où le fait du prince est reconnu, le cocontractant a droit à une indemnisation intégrale du préjudice occasionné par la mesure constitutive de fait du prince, (CE 29 décembre 1905, *Bardy*, R. 1014) à propos d'une taxe portant sur l'objet du contrat, 28 avril 1948, ville d'Ajaccio, (RDP 1948.

603) (opérations matérielles augmentant le coût de réalisation de l'objet du contrat).

D. L'imprévision

Il s'agit d'une théorie imaginée par le Conseil d'État pendant la première guerre mondiale pour faire face au bouleversement de certaines concessions du fait de l'extrême renchérissement des matières premières, conséquence de l'état de guerre et des difficultés d'approvisionnement du pays, notamment par voie maritime.

La décision de principe est l'arrêt du 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux (GAJA. 188).

L'événement constitutif de la situation d'imprévision doit présenter certains caractères qui le différencient de tous ceux que nous avons envisagés jusqu'alors.

Il doit naturellement être imprévu et imprévisible ; il doit être indépendant de la volonté des parties, ce qui le différencie du fait du prince ; il doit enfin être anormal et entraîner un véritable bouleversement du contrat et pas seulement un manque à gagner pour le cocontractant ; ainsi, ce que l'on appelle l'aléa économique peut entraîner le déséquilibre complet du contrat mais ne dispense pas le cocontractant de son obligation d'exécuter ; il ouvre seulement à ce dernier le droit d'obtenir une compensation pécuniaire qui ne sera cependant pas intégrale ; le juge estime en effet que les conséquences de l'état d'imprévision doivent être partagées entre les parties au contrat, toutes deux également victimes de l'imprévision. Naturellement, les parties devront réexaminer leurs relations pour que le contrat retrouve un équilibre financier ; si cela s'avère impossible, le contrat pourra être résilié : l'imprévision se sera transformée en cas de force majeure (CE Ass. 9 décembre 1932 Compagnie des tramways de Cherbourg, R. 1050).

Aujourd'hui, bien qu'elle soit encore utilisée, la théorie a perdu une grande partie de son intérêt car, en principe, les contrats qui s'exécutent sur une longue durée comportent tous des

clauses de révision ou d'ajustement de prix qui jouent automatiquement.

§ 4 – LE RÈGLEMENT DES LITIGES

En cas de difficulté entre le cocontractant et l'administration, il faut aller devant le juge du contrat. Cependant, pour éviter l'engagement de procédures contentieuses inutiles, des comités consultatifs de règlement amiable des litiges ont été créés dans les différents ministères ; ils peuvent être saisis dans certaines conditions soit par l'autorité administrative concernée, soit par le titulaire du marché ; il y a là un mécanisme de prévention du contentieux tout à fait utile mais peu utilisé.

C'est en principe le juge du contrat qui peut seul être saisi dans le cadre d'un recours de plein contentieux puisque le recours pour excès de pouvoir est traditionnellement exclu à l'encontre du marché. Il n'en va autrement que si l'on a affaire à un acte détachable du contrat (CE 4 août 1905, Martin, GAJA. 92) ou bien s'il s'agit d'un contrat déferé au juge administratif par le préfet en application des lois de décentralisation ; le Conseil d'État estime en effet que le déferé s'analyse en un recours en annulation pour excès de pouvoir (CE 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion, R. 302).

Il en est de même à l'encontre d'une clause réglementaire insérée dans le contrat (CE 10 juillet 1996, Cayzele, R. 274).

En dehors de ces trois cas, le recours pour excès de pouvoir est donc exclu en matière contractuelle ce que le Conseil d'État a confirmé dans l'affaire du synchrotron (Ass. 8 janvier 1988, ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg, R. 3).

Il faut enfin indiquer que le Conseil d'État admet dans certaines conditions, que le juge du contrat puisse annuler une décision d'une des parties au contrat qui méconnaîtrait les clauses de ce dernier ; c'est ce qu'il décide par exemple dans le cas d'un contrat passé entre deux personnes publiques et dont l'objet est l'organisation d'un service public (CE 13 mai 1992, Commune d'Ivry-sur-Seine, R. 197).

Par ailleurs, rompant avec sa jurisprudence traditionnelle qui le faisait décliner sa compétence à l'égard des actes parlementaires, le Conseil d'État accepte désormais de contrôler la régularité des marchés passés par l'Assemblée nationale (CE. Ass. 5 mai 1999, président de l'Assemblée nationale, GAJA. 797). Il faut enfin rappeler que le recours à l'arbitrage pour régler les litiges contractuels est aujourd'hui encore exclu du fait d'une interdiction générale de compromettre qui, pour être fort ancienne, est toujours en vigueur malgré ses inconvénients (CE. 13 décembre 1957, Sté. nationale de vente de surplus, R. 678). Le législateur n'a accepté de lui apporter que quelques exceptions concernant certains établissements publics industriels et commerciaux.

La possibilité de recourir à l'arbitrage reste ouverte aux collectivités publiques uniquement pour obtenir la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures selon les formes prévues par le code de procédure civile (livre IV), à la condition s'agissant de l'État, qu'il y soit autorisé par décret.

§ 5 – CONTRÔLE ET SUIVI DES MARCHÉS

Les marchés sont soumis à divers contrôles qui résultent de ce qu'ils mettent œuvre une procédure de dépense publique et que leur passation doit respecter les règles de la comptabilité publique.

Mais il existe des contrôles spécifiques destinés à s'assurer de la bonne application de la réglementation des marchés.

On sait que la Mission d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public est chargée d'effectuer ces contrôles et de rédiger un rapport annuel mettant en évidence les difficultés et irrégularités les plus fréquentes, ce qui devrait permettre aux administrations d'y remédier.

Les ministres peuvent en outre déterminer les contrôles qu'ils souhaitent mettre en œuvre pour les marchés passés par les services placés sous leur autorité. Par ailleurs il existe des organismes consultatifs : des commissions spécialisées des marchés

assistent les ministres et les personnes responsables des marchés dans la préparation et la passation des marchés.

Un comité technique des marchés créé auprès du ministre chargé de l'économie, examine et approuve les prescriptions techniques applicables aux marchés publics.

Des groupes permanents d'étude des marchés peuvent être créés conjointement par le ministre chargé de l'économie et un ministre déterminé, pour étudier les problèmes techniques relatifs à certaines catégories de marchés. Enfin un contrôle du coût de revient des marchés publics de l'État est organisé.

INDEX

A

Abrogation, 50, 161, 162, 163, 164
Acompte, 190
Acte administratif, 135, 140, 143
Actes d'autorité-actes de gestion, 168
Acte de gouvernement, 73
Acte détachable, 195
Acte individuel-acte réglementaire, 141
Acte inexistant, 78
Acte juridictionnel, 140
Acte parlementaire, 140, 196
Adjudication, 180
Affaires publiques, 9-12
Appel d'offres, 179, 180-183, 185
Arbitrage, 196
Astreintes, 33
Avances, 190
Avis, 151, 152

B

But, 65, 66, 87, 91, 92, 94, 99

C

Cahier des charges, 104, 130, 131, 161, 173

Circonstances exceptionnelles, 69-73, 116, 145, 159, 164
Circulaire, 54, 174
Clause exorbitante, 173, 174
Compétence, 144-148, 177
Concession, 104, 127-131, 161, 170, 187
Consultation, 50, 151, 152, 181
Contrat, 123, 128, 130, 136, 137, 141, 167-175, 177, 179, 181, 183-195, 197
Contrat de partenariat, 126, 179

D

Décision exécutoire, 143
Décision implicite, 148
Délai, 148, 150, 154, 155, 157, 162-164, 190
Délégation de pouvoir, 147
Délégation de service public, 128, 134, 174, 179, 187
Délégation de signature, 147
Directive, 47, 156
Directive communautaire, 42, 115, 165, 179
Droit de la défense, 56, 97
Droits acquis, 56, 161

E

Économie mixte (société), 14, 129, 134, 171, 190

Égalité, 55-57, 117, 118, 137, 173, 174, 179

Éléments de l'acte administratif, 66

Entreprise publique, 111, 136, 137

Établissement public, 13, 104, 127, 129, 130-134

État de droit, 30, 31, 33, 35, 36, 72, 74

État de siège, 70

Exécution forcée, 98, 157-159

F

Fait du prince, 131, 191, 193, 194

Fonctionnaire de fait, 145

Force majeure, 191, 192, 194

Formalités substantielles, 152

Forme, 50, 66, 148-150, 152, 175

G

Gestion d'affaires publiques, 9-12

Gestion privée-gestion publique, 27, 106, 112, 122, 168

Grève, 71, 116, 117, 192

I

Imprévision, 131, 191, 194

J

Jurisprudence, 29, 30, 51-55, 63

L

Légalité, 37, 99

Loi, 42, 43

M

Marché, 12, 170, 175-192, 195

Marché négocié, 180, 181, 185

Médiateur, 83, 84

Motif, 42, 131, 150, 163, 164

Motivation, 150, 151

N

Nantissement, 190

Notification, 150, 154

Nullité, 77, 78

O

Obligation d'agir, 63, 64

Officier de police judiciaire, 90

Opportunité, 64

Ordonnances, 44, 60, 62, 148

Ordre public, 11, 48, 65, 66, 70, 71, 78, 81, 85, 87-89, 91, 92, 95, 96, 99, 117, 145, 187

Ordres professionnels, 14, 48, 135

P

Personnalité morale, 128

Police administrative, 11, 66, 86-93, 95-97, 99, 108

Police judiciaire, 88-90

Pouvoir discrétionnaire, 63-67, 99

Pouvoir lié, 63, 64, 65, 66
 Pouvoir réglementaire, 38, 40, 45-49, 52, 59, 63, 93, 94, 118
 Principe de légalité, 32, 34-36, 61, 63, 65, 67, 69, 71, 73, 75, 77, 79, 81-83, 160
 Principes fondamentaux du service public, 115
 Principes généraux du droit, 32, 49, 51, 55, 57-60, 73
 Privatisation, 12, 86, 126, 137
 Privilège du préalable, 155
 Procédure administrative non contentieuse, 150
 Procédures adaptées, 182
 Procédures formalisées, 182
 Publication, 75, 154, 162, 164, 182
 Publicité, 130, 141, 149, 153-155, 162, 178-181, 183
 Puissance publique, 5, 10, 12, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 87, 96, 109, 110, 112-114, 118, 123, 125, 128-131, 134, 143

R

Recours administratif, 81, 148, 155
 Recours contentieux, 82, 162, 163
 Recours en matière contractuelle, 195
 Référé, 33, 80, 156, 179
 Référé précontractuel, 179

Référé suspension, 33, 156
 Régie directe, 127, 128
 Règlement, 38, 42, 45, 49, 50, 52, 62, 63, 163, 164
 Règlement communautaire, 41
 Résiliation, 118, 131, 176, 187, 188, 191
 Retrait, 141, 150, 151, 158, 161-163
 Rétroactivité, 56, 57, 82, 148, 153, 161

S

Sanctions administratives, 97, 158, 159
 Séparations des autorités, 21
 Service public administratif, 112, 119, 122, 123, 169, 172
 Service public industriel et commercial, 112, 124, 137, 169
 Service public virtuel, 108, 111
 Silence de l'administration, 148, 163
 Socialisme municipal, 111
 Sursis à exécution, voir Référé suspension

T

Traité international, 40

U

Unité de juridiction, 16

V

Voie de fait, 79, 80, 156, 159

BIBLIOGRAPHIE ÉLÉMENTAIRE

- J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Litec, 1999.
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd, t. I et II, 2001.
- G. DUPUIS, J. GUÉDON, *Droit administratif*, 7^e éd., Armand Colin, 2000.
- J.-M. FORGES (de), *Droit administratif*, PUF, 4^e éd. 1998.
- Y. GAUDEMET, Th. DAL FARRA, B. STIRN, F. ROLIN, *Les Grands Avis du Conseil d'État*, 2^e éd., Dalloz, 2002.
- A. LAUBADERE (de), J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, tome I, LGDJ, 16^e éd. 2001.
- J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, 1991.
- J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 19^e éd. 2002.
- G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, Thémis, PUF, 13^e éd. 1997.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	9
SECTION I	
QU'EST-CE QUE L'ADMINISTRATION ?	9
§ 1 – LA FONCTION ADMINISTRATIVE	10
A. L'action de gestion publique	10
B. La notion d'affaires publiques	10
§ 2 – LES STRUCTURES ADMINISTRATIVES	12
A. Les institutions publiques	13
B. Institutions publiques-institutions privées	14
SECTION II	
LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES ADMINISTRATIFS	15
§ 1 – L'UNITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE :	
LE SYSTÈME BRITANNIQUE	16
A. Les origines historiques du système britannique	16
B. Le contenu du droit applicable et son évolution	18
§ 2 – LA DUALITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE :	
LE SYSTÈME FRANÇAIS	20
A. Les origines historiques du système administratif français	20
B. La signification du droit administratif	22
SECTION III	
LES CARACTÈRES DU DROIT ADMINISTRATIF	24
§ 1 – LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT AUTONOME	24
A. Le fondement de l'autonomie	24

B. Le contenu de l'autonomie du droit administratif	26
C. Le champ d'application du droit administratif ...	28
§ 2 – LE DROIT ADMINISTRATIF, DROIT JURISPRUDENTIEL	29
§ 3 – LE DROIT ADMINISTRATIF EST UN DROIT LIBÉRAL	31

PREMIÈRE PARTIE LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

Chapitre I

Les sources de la légalité	37
---	-----------

SECTION I

LES SOURCES ÉCRITES DE LA LÉGALITÉ	38
§ 1 – LA CONSTITUTION	38
§ 2 – LE TRAITÉ	40
§ 3 – LA LOI	43
§ 4 – LE RÈGLEMENT	45
A. La détermination du domaine du règlement	45
B. Les titulaires du pouvoir réglementaire	46
C. Valeur juridique des règlements	49

SECTION II

LES SOURCES NON ÉCRITES DE LA LÉGALITÉ	51
§ 1 – LA JURISPRUDENCE COMME SOURCE DU DROIT	52
A. Les techniques d'expression du droit par le juge	52
B. La valeur de la règle jurisprudentielle	54
§ 2 – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT	55
A. Les différents principes généraux du droit	55
B. Les raisons de leur apparition	57
C. La valeur juridique des principes généraux du droit	58

Chapitre II**La signification du principe de légalité 61**

SECTION I

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE DE DROIT

DÉPEND DE SON ORIGINE 61

§ 1 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF-ACTE LÉGISLATIF 62

§ 2 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF-
ACTE RÉGLEMENTAIRE 62§ 3 – LE RAPPORT ACTE ADMINISTRATIF-
RÈGLE JURISPRUDENTIELLE 63

SECTION II

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE DE DROIT

DÉPEND DE SON CONTENU 63

§ 1 – L'OBLIGATION D'AGIR 64

§ 2 – POUVOIR LIÉ-POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE 64

Chapitre III**Limites et contrepoids du principe de légalité 69**

SECTION I

LES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES 70

§ 1 – LA DÉTERMINATION DES CIRCONSTANCES
EXCEPTIONNELLES 71

§ 2 – LES POUVOIRS EXCEPTIONNELS 71

§ 3 – LES LIMITES DES POUVOIRS EXCEPTIONNELS 72

SECTION II

L'ACTE DE GOUVERNEMENT 73

§ 1 – LES ORIGINES DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT 74

§ 2 – LES ACTES DE GOUVERNEMENT CONSACRÉS
PAR LA JURISPRUDENCE 74§ 3 – LES JUSTIFICATIONS DE LA THÉORIE DE L'ACTE
DE GOUVERNEMENT 75

Chapitre iv	
Les sanctions du principe de légalité	77
SECTION I	
LA NULLITÉ DE L’ACTE ADMINISTRATIF	77
§ 1 – LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA NULLITÉ EN DROIT ADMINISTRATIF	77
§ 2 – L’INEXISTENCE	78
§ 3 – LA VOIE DE FAIT	79
SECTION II	
LES RECOURS	81
§ 1 – LES RECOURS ADMINISTRATIFS	81
§ 2 – LES RECOURS CONTENTIEUX	82
§ 3 – LE MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE	83

DEUXIÈME PARTIE LES ACTIVITÉS DE L’ADMINISTRATION

Chapitre i	
La police administrative	87
SECTION I	
LA NOTION DE POLICE ADMINISTRATIVE	88
§ 1 – POLICE ADMINISTRATIVE ET POLICE JUDICIAIRE	88
§ 2 – POLICE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE ET POLICE ADMINISTRATIVE SPÉCIALE	91
A. Le but de la police générale	91
B. Le but de la police spéciale	91
SECTION II	
LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVE	92
§ 1 – LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE	93
§ 2 – LES AUTORITÉS DE POLICE ADMINISTRATIVES SPÉCIALES	94

§ 3 – LE CONCOURS DES POUVOIRS DE POLICE	94
SECTION III	
LES MOYENS DU POUVOIR DE POLICE	96
§ 1 – LES MESURES DE POLICE	96
§ 2 – L'EXÉCUTION DES MESURES DE POLICE	97
§ 3 – LE CONTRÔLE DU POUVOIR DE POLICE	98
A. Le contrôle de légalité	99
B. La mise en cause de la responsabilité de l'autorité de police	100
Chapitre II	
Le service public	101
SECTION I	
LA NOTION DE SERVICE PUBLIC ET SON ÉVOLUTION	102
§ 1 – LA CONCEPTION CLASSIQUE DU SERVICE PUBLIC	102
A. L'activité d'intérêt général	103
B. L'organisme public	104
C. Le régime juridique du service public	104
§ 2 – LES TRANSFORMATIONS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC ET SA CRISE	107
A. La rupture activité d'intérêt général-activité de service public	107
B. La rupture activité de service public-organisme public	108
C. La rupture activité de service public-régime juridique	109
§ 3 – CONCEPTION ET RÔLE ACTUELS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC	110
A. L'identification du service public	110
B. Le rôle de la notion de service public	113
C. L'adaptation du service public au droit communautaire	114

SECTION II

LE RÉGIME JURIDIQUE DES SERVICES PUBLICS 115

§ 1 – LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU SERVICE PUBLIC 115

A. Le principe de continuité du service public 116**B. Le principe d'égalité** 117**C. Le principe d'adaptation** 118**D. Le principe de gratuité** 119**E. Le principe de neutralité** 120

§ 2 – LA DIVERSIFICATION DU RÉGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC 121

A. Le service public administratif, service à gestion publique 122**B. Le service public industriel et commercial, service à gestion privée** 124**C. Les situations complexes : gestion publique-gestion privée** 125

SECTION III

LES MODES DE GESTION DU SERVICE PUBLIC 127

§ 1 – LES PROCÉDÉS TRADITIONNELS DE GESTION DU SERVICE PUBLIC 128

A. La régie directe 128**B. La concession** 129

§ 2 – LES PROCÉDÉS MODERNES DE GESTION DU SERVICE PUBLIC 132

A. L'établissement public 132**B. La gestion du service public par des organismes privés** 134

§ 3 – L'ENTREPRISE PUBLIQUE ET LE SERVICE PUBLIC 136

TROISIÈME PARTIE LES ACTES DE L'ADMINISTRATION

Chapitre I

L'acte unilatéral ou décision exécutoire 143

SECTION I

L'ÉLABORATION DE L'ACTE UNILATÉRAL 144

§ 1 – LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE 144

A. Les caractères généraux de la compétence 145

B. Les dimensions de la compétence 146

§ 2 – LA FORME DE L'ACTE UNILATÉRAL 149

A. La forme de l'acte 149

B. La procédure d'édiction de l'acte 150

§ 3 – L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ACTE UNILATÉRAL 153

A. La non-rétroactivité 153

B. La publicité 153

SECTION II

L'EFFET DE L'ACTE UNILATÉRAL 155

§ 1 – LA FORCE JURIDIQUE DE L'ACTE UNILATÉRAL : LE PRIVILÈGE DU PRÉALABLE 155

§ 2 – L'EXÉCUTION DE L'ACTE UNILATÉRAL 157

A. La notion d'exécution 157

B. L'exécution par la contrainte 158

SECTION III

LA DISPARITION DE L'ACTE UNILATÉRAL 160

§ 1 – LES PRINCIPES EN CAUSE 160

§ 2 – LA DISPARITION DE L'ACTE ADMINISTRATIF EST IMPOSSIBLE 161

§ 3 – LA DISPARITION DE L'ACTE EST POSSIBLE 162

§ 4 – LA DISPARITION DE L'ACTE EST OBLIGATOIRE 163

Chapitre II

Le contrat administratif 167

SECTION I

LE CRITÈRE DU CONTRAT ADMINISTRATIF 168

§ 1 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE

D’UNE RÈGLE EXPRESSE 169

A. Contrats par détermination de la loi 170

B. Contrats administratifs par détermination jurisprudentielle 170

§ 2 – LA PRÉSENCE D’UNE PERSONNE PUBLIQUE

EST UNE CONDITION NÉCESSAIRE 171

§ 3 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE DE SON OBJET 172

§ 4 – LA NATURE DU CONTRAT RÉSULTE DE SES CLAUSES 173

SECTION II

LA FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF 174

§ 1 – LA FORME DES MARCHÉS 175

A. Le caractère écrit 175

B. Les cahiers des charges 177

§ 2 – LA CAPACITÉ DE CONTRACTER 177

§ 3 – LES MODES DE PASSATION DES MARCHÉS 178

A. Principes généraux 178

B. Les modes de passation 180

SECTION III

L’EXÉCUTION DU CONTRAT 183

§ 1 – LES OBLIGATIONS DU COCONTRACTANT ET LES POUVOIRS

DE L’ADMINISTRATION 184

A. L’obligation personnelle d’exécuter 185

B. Le pouvoir de sanction 186

C. Le pouvoir de modification unilatérale 187

D. La vérification de l’exécution du marché 188

§ 2 – LES DROITS DU COCONTRACTANT ET LES OBLIGATIONS

DE L’ADMINISTRATION 189

A. Le droit au paiement du prix	189
B. Le financement des marchés	190
C. Le droit aux indemnités	191
§ 3 – LE BOULEVERSEMENT DU CONTRAT	191
A. Les sujétions imprévues	191
B. La force majeure	192
C. Le fait du prince	193
D. L'imprévision	194
§ 4 – LE RÈGLEMENT DES LITIGES	195
§ 5 – CONTRÔLE ET SUIVI DES MARCHÉS	196
 INDEX	 199
BIBLIOGRAPHIE ÉLÉMENTAIRE	203