Manuel GROS

DROIT ADMINISTRATIF

L'angle jurisprudentiel

5e édition

LOGIQUES JURIDIQUES

L'Harmattan

DROIT ADMINISTRATIF

L'angle jurisprudentiel

5e édition

Logiques Juridiques

Collection dirigée par Gérard Marcou

Le droit n'est pas seulement un savoir, il est d'abord un ensemble de rapports et pratiques que l'on rencontre dans presque toutes les formes de sociétés. C'est pourquoi il a toujours donné lieu à la fois à une littérature de juristes professionnels, produisant le savoir juridique, et à une littérature sur le droit, produite par des philosophes, des sociologues ou des économistes notamment.

Parce que le domaine du droit s'étend sans cesse et rend de plus en plus souvent nécessaire le recours au savoir juridique spécialisé, même dans des matières où il n'avait jadis qu'une importance secondaire, les ouvrages juridiques à caractère professionnel ou pédagogique dominent l'édition, et ils tendent à réduire la recherche en droit à sa seule dimension positive. A l'inverse de cette tendance, la collection *Logiques juridiques* des Éditions L'Harmattan est ouverte à toutes les approches du droit. Tout en publiant aussi des ouvrages à vocation professionnelle ou pédagogique, elle se fixe avant tout pour but de contribuer à la publication et à la diffusion des recherches en droit, ainsi qu'au dialogue scientifique sur le droit. Comme son nom l'indique, elle se veut plurielle.

Dernières parutions

Sous la direction de François Xavier FORT, *Contrat et droit des collectivités territoriales,* 2014.
Sous la direction de Michael THALER et Michel VERPEAUX, *La recherche en droit constitutionnel comparé,* 2014.
Babacar NIANG, *Le « plaider coupable » en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, 2014.
Sophie COMELLAS, *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales*, 2014.
Kadidiatou HAMA, *Le statut et les fonctions du juge pénal international*, 2014.
Sonia LEVERD (dir.), *Les nouveaux territoires du Droit*, 2013.

Manuel Gros

DROIT ADMINISTRATIF

L'angle jurisprudentiel

5e édition

L'Harmattan

Du même auteur

Leçons de droit de l'environnement, écrit et dirigé par Manuel GROS, Ed. Ellipses, coll. « leçons de droit », 2013, 1re édition.

Les environnements juridiques du bassin minier, textes réunis par Manuel GROS, Ed.Artois Presses Université, décembre 1998.

Présence de l'Ethique en droit général français, études réunies par Manuel GROS, Ed. Artois Presses Université, mai 1998.

Ouvrage de fiction
Le petit poisson, dessiné par Napo*, Ed. Nathan, coll. « Tournepage », 1992.*

© L'Harmattan, 2014
5-7, rue de l'Ecole-Polytechnique, 75005 Paris

http://www.harmattan.fr
diffusion.harmattan@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-343-03798-1
EAN : 9782343037981

SOMMAIRE

SOMMAIRE **7**
GLOSSAIRE **9**
AVANT-PROPOS **11**

INTRODUCTION GÉNÉRALE **13**

PREMIÈRE PARTIE : LE JUGE ADMINISTRATIF DANS L'ACTION ET LES MOYENS DE L'ADMINISTRATION **33**

TITRE 1 : L'ACTION ADMINISTRATIVE ET LE JUGE **35**

CHAPITRE 1 : LES ACTIVITÉS DE POLICE **37**

CHAPITRE 2 : LES ACTIVITÉS DE SERVICE PUBLIC **71**

TITRE 2 : LA FIXATION DES MOYENS PAR LE JUGE **113**

CHAPITRE 1 : LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX **115**

CHAPITRE 2 : LES CONTRATS **167**

DEUXIÈME PARTIE : LE JUGE DANS LES RAPPORTS DE L'ADMINISTRATION ET DE SON DROIT **191**

TITRE 1 : LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ **195**

CHAPITRE 1 : LE RÔLE DU JUGE DANS LA SOUMISSION AUX RÈGLES EXTÉRIEURES ET SUPÉRIEURES À L'ADMINISTRATION **197**

CHAPITRE 2 : LE JUGE ADMINISTRATIF ET LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE **243**

CHAPITRE 3 LES ATTÉNUATIONS JURISPRUDENTIELLES AU PRINCIPE DE LÉGALITÉ 255

TITRE 2 : L'APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ 267

CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITÉ ET LA FAUTE.....271

CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITÉ SANS FAUTE 299

CONCLUSION GÉNÉRALE : L'APPRÉCIATION PRÉTORIENNE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS 317

TABLE DES MATIÈRES 361

GLOSSAIRE

A.J.D.A (ou A.J) : Actualité juridique de droit administratif.

C.A.A : Cour administrative d'appel.
C.C : Conseil Constitutionnel.
C.E : Conseil d'État.
C.J.A : Code de Justice administrative.
C.J.E.G : Cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz.
Concl. : Conclusions du commissaire du gouvernement ou du rapporteur public depuis le 1er février 2009.

D : Dalloz
D.A ou R.P.D.A : Droit administratif, revue mensuelle du Juris-classeur administratif.
D.H : Dalloz hebdomadaire.
D.S. : Droit social.

E.D.C.E : Études et documents du Conseil d'État.
Environnement : Revue Environnement Lexis.

J.C.P : Jurisclasseur périodique.
J.O : Journal Officiel de la République française.

L.G.D.J : Librairie générale de jurisprudence.
L.P.A : Les Petites Affiches.

P.U.F : Presses universitaires de France.

R. tabl. : Recueil Lebon, tables.
R.A : Revue administrative.
R.D.E Revue du droit de l'environnement.
R.D.P : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.

R.F.D.A : Revue française de droit administratif.
R : Recueil Lebon.

S : Sirey.

T.A : Tribunal administratif.
T.C : Tribunal des conflits.

AVANT-PROPOS

À la faveur du dixième anniversaire de l'ouvrage et de la rédaction de sa deuxième édition, nous avions souhaité préciser notre position sur la question de la bibliographie, des jurisprudences, des thèmes et du plan retenus.

En effet nous n'avons pas voulu céder au modernisme consistant à voir dans le dernier commentaire de jurisprudence ou dans le dernier arrêt la meilleure illustration du thème traité. En d'autres termes, il n'existe pas d'adage selon lequel « plus c'est récent, plus c'est bon ! ».

Dans ces conditions, le choix de l'auteur a été de privilégier les jurisprudences et doctrines fondatrices, quelle que soit leur date, et de ne leur incorporer des compléments récents que s'ils apportent une valeur ajoutée ou un élément de développement d'actualité de la question traitée. Nul n'admettrait en effet que les jurisprudences « Blanco » ou « Benjamin » disparaissent au profit de leurs simples applications les plus récentes !

La même logique a présidé au plan de l'ouvrage, respectueux des fondamentaux du droit administratif, et à son contenu : si les questions traitées ont été naturellement actualisées en cas de revirement de jurisprudence ou d'évolution textuelle (retrait des actes, responsabilité hospitalière, émergence du droit de l'environnement…), l'angle d'attaque a été conservé.

Cette logique didactique n'a pas changé.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Au sein du droit public, le droit administratif apparaît sans conteste comme le plus quotidien. Si le droit international public éclaire dans les médias les rapports entre les États ou les organisations internationales, si le droit constitutionnel ne nous concerne directement qu'aux échéances électorales et que les finances publiques nous semblent bien ésotériques à l'exception des dates limites de paiement des contributions, le droit administratif est affaire de tous les jours.

Une journée particulière du "Monsieur Jourdain" du droit administratif suffit à s'en convaincre : à son réveil, Monsieur Jourdain allume la lumière, grâce à l'énergie électrique fournie par EDF[1], et commence sa journée par les journaux télévisés du matin[2]. Après sa douche[3], il quitte son logement à caractère social[4] pour prendre son véhicule. Empruntant la route départementale[5], il brise son essieu sur un trou dans la chaussée[6] et est contraint de recourir aux transports en commun[7]. Blessé lors d'un accident d'autobus, notre "héros" est admis à l'hôpital[8].

---

[1]EDF est un établissement public dont l'organisation et une partie du fonctionnement relèvent du droit public.

[2]Qu'il s'agisse des chaînes publiques (France2, France3) ou des chaînes privées concessionnaires (TF1), la télévision est un service public.

[3]Le service public de l'eau est le plus souvent géré par des concessionnaires privés, dans le cadre d'un contrat administratif de concession.

[4]Le service public du logement peut être géré par des établissements publics (les Offices publics d'HLM) ou par des sociétés commerciales (S.A. d'HLM).

[5]Qui, comme son nom l'indique, appartient au département, collectivité territoriale décentralisée.

[6]Il devient à ce stade victime d'un dommage de travaux publics, relevant du seul juge administratif.

[7]Les services publics de transports peuvent être gérés soit par un établissement public national (la SNCF), local (RATP), soit par des concessionnaires privés : dans tous les cas, leurs utilisateurs sont usagers des services publics.

[8]Le service public hospitalier est géré par des établissements publics, mais certaines cliniques privées peuvent être associées au SPH.

Conservant un handicap de motricité, il bénéficiera d'une pension[9]. Néanmoins, il gardera un souvenir ému de sa mésaventure, ayant rencontré à cette occasion sa future épouse[10]...

Ainsi, le droit administratif est omniprésent dans notre vie.

Sa définition classique comme "l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les administrés et l'administration, et des administrations entre elles" ne le laisse guère entrevoir, tant le concept d'administration recouvre aujourd'hui des formes et des missions variées.

En effet, les spécificités traditionnelles du droit administratif français, les prérogatives et sujétions originelles de l'administration ont été sensiblement modifiées par les tendances nouvelles du droit administratif moderne.

I. Les particularismes du droit de l'administration

En fait, la définition traditionnelle du droit administratif paraît simple, puisque le champ d'application de ce dernier sera tout ce qui touche à l'organisation et à l'activité de l'administration.

Pourtant ce que l'on appelle l'administration représente un ensemble beaucoup plus vaste que la simple addition des fonctionnaires (d'État, territoriaux et hospitaliers). Comme nous le verrons, l'administration comprend en fait tout ce qui va du fonctionnaire en uniforme à la personne qui intervient spontanément lors d'un accident de la route pour ralentir la circulation (collaborateur occasionnel de service public) en passant par les entreprises privées concessionnaires ou délégataires de service public.

Il faut donc nuancer la définition pour l'élargir : le droit administratif concerne tout ce qui touche à l'organisation et à l'activité de tout ce que l'on peut rattacher à une activité de l'administration.

---

[9]Le ministère des Pensions, créé en 1919 à la suite de la Première Guerre mondiale, n'a cessé de voir ses compétences s'élargir.

[10]Le service de l'état civil est assuré par les communes au nom de l'État.

La nature spécifique des règles du droit administratif

On pourrait concevoir que l'administration se voit appliquer les règles du droit commun. Il n'en pas été ainsi, et un véritable droit original s'est construit à partir de la Révolution. Manifesté à l'origine en termes d'incompétence du juge judiciaire par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790[11], rappelé par le décret du 16 fructidor An III[12], le principe a connu une formulation très claire dans la plus célèbre des décisions juridictionnelles du droit public, cette fois dans le domaine du droit de la responsabilité, la décision "Blanco" du Tribunal des conflits[13]: "Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages aux particuliers (...) ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier".

Cette non-applicabilité du code civil a entraîné la construction d'un droit différent, propre à l'administration. Elle a eu également pour conséquence une double distinction quant à la nature du droit administratif par rapport au droit commun.

En premier lieu, alors que le droit commun est un droit écrit (codes civil, pénal, de procédure...), le droit administratif est essentiellement jurisprudentiel, c'est-à-dire issu des décisions juridictionnelles, en l'absence de textes. Le droit de l'administration est ainsi plus souple, mais aussi moins stable que le droit privé ; il varie au gré des époques, des régimes, des circonstances.

On assiste cependant à une tentative de codification du droit administratif depuis une dizaine d'années, mais nous verrons[14]

---

[11]"Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions."

[12]"Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit."

[13]TC, 8/2/1873, R.1er supplément 61.

[14]Cf. conclusion générale.

qu'elle ne modifie pas la nature essentiellement prétorienne de celui-ci.

En second lieu, alors que le droit commun est fondé sur le principe de l'égalité des partenaires juridiques, le droit administratif est d'une nature inégalitaire. Ainsi, le droit commun des contrats repose sur l'égalité absolue des cocontractants[15], tandis que le droit administratif des contrats permet une supériorité de l'administration sur ses cocontractants[16].

Cette inégalité est inhérente au fait que l'administration, contrairement aux particuliers, est censée n'agir que dans l'intérêt général.

Cela pose la question de savoir à qui obéit l'administration.

La soumission de l'administration aux pouvoirs politiques

Dans un sens général, administrer signifie "gérer, conduire des affaires" ; l'administration[17] serait donc chargée de la gestion des affaires publiques.

Mais dans sons sens étymologique, administrer vient du verbe latin *ministrare* (servir) auquel le préfixe "ad" a été ajouté. L'administration est donc un serviteur, mais de qui ou de quoi ?

La première réponse serait de dire que l'administration est au service de...l'intérêt général.

Sans être inexacte, cette interprétation est incomplète, puisque l'intérêt général n'existe pas en soi : il varie en fonction de l'endroit[18], de l'époque[19], du régime politique et même de la

[15]Art.1134 du Code civil : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

[16]Par exemple le pouvoir de modification unilatérale.

[17]Le terme en français, contrairement à la terminologie anglo-saxonne, sous-entend administration...publique!

[18]Un cinéma municipal en plein air pourra être d'intérêt général en Afrique, où il fait chaud, mais certainement pas en Alaska!

[19]Maurice Hauriou pouvait écrire en 1916 (Sirey 1916, page 49 note sous l'arrêt du CE, 7 avril 1916, Astruc et Société du théâtre des Champs Elysées c/ ville de Paris), sans pour autant se tromper à l'époque :" La juridiction administrative condamne la conception qui consisterait à ériger en service

majorité parlementaire du moment[20]. En fait l'administration doit être soumise à un pouvoir, un organe et non à un concept.

Elle est en réalité soumise... au pouvoir politique. Le mot ministre a d'ailleurs la même étymologie que le mot administration. Celle-ci est donc constamment soumise aux pouvoirs politiques (Parlement, Président de la République, Gouvernement) et est placée sous l'autorité des ministres.

Elle sert en réalité de relais entre le pouvoir politique et les citoyens. Pour autant, elle est aussi soumise à l'intérêt général, à partir du moment où celui-ci doit se définir, pour le juriste, comme un intérêt général, tel qu'il est déterminé, à une époque et dans un lieu donnés, par le pouvoir politique en place.

Les organes de l'administration

Les organes de l'administration devraient a priori être exclusivement des personnes administratives, c'est-à-dire des personnes morales de droit public, appelées aussi personnes publiques. Ce sont des personnes morales, par opposition aux personnes physiques. Certes, le ministre, le préfet, le maire ou l'administrateur sont aussi des personnes physiques, mais seules leurs fonctions doivent être prises en considération : ce qui compte c'est donc la personne morale au nom de laquelle ils agissent. Ce sont surtout des personnes morales de droit public, par opposition aux personnes morales de droit privé (sociétés, associations, fondations, groupements d'intérêt économique...).

Les personnes morales de droit public sont à diviser en trois catégories. L'État est la personne administrative par excellence,

---

public, comme à la période de la décadence romaine, les jeux du cirque. (...) sa jurisprudence sur les théâtres doit reposer sur cette idée que l'entreprise de spectacles, dont l'exploitation renferme tant d'éléments de démoralisation, répugne par elle-même au service public. (...) Examinons, quant à nous, la question de l'exploitation théâtrale et du service public, au point de vue des bonnes mœurs. (...) L'État a organisé le monopole des tabacs, qui lui rapporte de gros revenus et, d'une certaine façon, il préside ainsi à une distraction ou à un amusement, mais l'usage du tabac, bien que présentant certains inconvénients, n'est pas très dangereux pour la santé publique, et surtout il n'a pas d'influence sur la moralité." (comme le théâtre!).

[20]L'intérêt général des nationalisations d'entreprises a été inversé en 1981 et 1986.

et à lui seul une catégorie. Il peut se définir, en tant que personne administrative, comme exerçant des missions générales sur tout le territoire national. Les collectivités locales décentralisées peuvent se définir, toujours en tant que personnes administratives, comme exerçant des missions générales, mais sur un territoire délimité (celui de la commune, du département, de la région). Les établissements publics enfin correspondent à la notion de décentralisation fonctionnelle. L'idée est de donner une autonomie juridique à un service administratif. De cette manière, il disposera d'une personnalité juridique distincte de sa collectivité de tutelle, d'un budget propre, géré par des administrateurs élus, et aura même une certaine capacité d'édicter des règles de droit. Né pour permettre aux établissements sanitaires et sociaux de percevoir des dons et legs (car on ne pouvait faire un don ou legs qu'à l'État ce qui était dissuasif), ce mode de gestion des services publics a connu un développement considérable au cours du XXème siècle[21], développement dans lequel les considérations d'amélioration des coûts de fonctionnement des services publics n'ont pas été absentes.

Ces personnes administratives sont les organes normaux de l'administration. Mais, comme nous le verrons dans l'étude des missions de l'administration, ils ne sont plus les seuls. Aujourd'hui en effet, de nombreux services publics sont gérés par des personnes privées (par concession, par mandat, habilitation ou même occasionnellement et sans acte juridique

[21]On en compte aujourd'hui des milliers sur le territoire, mais certains nous sont très proches ou très connus. Au niveau local : écoles primaires, collèges, lycées, centres communaux d'action sociale, théâtres municipaux, campings municipaux, piscines municipales, bases départementales de loisirs, parcs naturels régionaux, offices publics d'HLM, chambres de commerce et d'industrie, chambres des métiers, chambres d'agriculture... Au niveau national : Bibliothèque nationale, Centre Georges Pompidou, Centre national d'études spatiales (fusée Ariane), Collège de France, Conservatoire national des arts et métiers, Ecoles nationales (d'administration, de la magistrature, de la santé publique...), Universités, Conseils supérieurs, Gaz de France, Opéra Bastille, Instituts français, Institut géographique national, Musées nationaux, Offices, Régie autonome des transports parisiens, Parcs nationaux, SNCF...

particulier[22]) qui sont, dans le cadre de leur mission de service public, également des agents de l'administration.

Les moyens de l'administration

Pour exercer ses missions, l'administration dispose de moyens particuliers : les actes administratifs. Toute personne dotée de la capacité juridique prend des actes, mais l'administration est l'émanation de la puissance publique. À ce titre, elle pourra émettre d'autorité des actes administratifs unilatéraux ou recourir à des procédés plus consensuels, mais où elle garde une supériorité, les contrats.

Élément caractéristique du droit administratif, l'acte unilatéral, qu'on désigne sous l'appellation simplifiée d'acte administratif - alors que le contrat est lui aussi un acte administratif-, peut se définir comme la faculté que détient l'administration d'édicter des règles ou de prendre des dispositions individuelles sans le consentement des individus concernés. Il est donc un attribut de la puissance publique. Mais il révèle lui aussi la diversité de l'administration.

Le critère de l'acte administratif unilatéral a ainsi évolué. Avec l'amoindrissement du rôle de l'élément organique du droit administratif, le juge a donné une définition essentiellement matérielle de l'acte administratif.

En effet, compte tenu de la diversité des modes de gestion du service public incorporant la gestion de celui-ci par des personnes privées, le juge administratif a abandonné l'exigence d'une personne publique comme condition à l'émission d'actes administratifs, au profit d'une exigence matérielle pour celui-ci, qui doit porter sur l'exécution d'un service public et démontrer l'usage de prérogatives de puissance publique.

Cette nouvelle approche de l'acte administratif a permis au juge administratif de se déclarer compétent à propos de nombreuses décisions d'organismes privés, lorsque leurs décisions répondaient à ces conditions : décisions de répartition

[22]Hypothèse de la collaboration occasionnelle au service public.

des stocks de certaines fédérations professionnelles, décisions de préemption des SAFER, décisions des fédérations sportives[23]. Dans ces conditions, nous redéfinirons plus précisément l'acte administratif moderne comme un acte révélant la faculté, quelle que soit la personne le prenant, dans le cadre d'une mission de service public et avec usage de prérogatives de puissance publique, d'édicter des règles ou de prendre des dispositions individuelles sans le consentement des individus concernés.

Les contrats administratifs sont en principe différents des actes administratifs unilatéraux, puisqu'ils supposent un accord de volonté entre l'administration et son cocontractant. Mais il ne faut pas oublier en premier lieu que le droit administratif est un droit inégalitaire. En second lieu, il convient de noter que les contrats administratifs sont le plus souvent ce que l'on appelle des contrats d'adhésion, c'est-à-dire ne laissant guère au cocontractant que le choix de décider de contracter ou de ne pas contracter : la notion de négociation contractuelle est donc quasiment absente en droit administratif. Comme pour les actes unilatéraux, la simplicité originelle (le contrat est administratif s'il est le fait de l'administration) a laissé place à une définition plus complexe.

Ainsi, les critères des contrats sont d'origine jurisprudentielle. Le premier critère historique a été le critère organique : pour être administratif un contrat devait avoir été signé par au moins une personne publique. Cette simplicité s'expliquait aux origines du droit administratif, quand l'administration ne s'occupait que d'activités n'intéressant pas les personnes privées (Etat-Gendarme). À partir du moment où l'administration a pu s'intéresser à des activités déjà exercées

[23]Les fédérations sportives, pourtant associations de la loi du 1er juillet 1901, sont presque des "administrations publiques" : Quand elles font usage de prérogatives de puissance publique, dans le cadre de leur mission de service public d'organisation du sport, les fédérations sportives font des actes administratifs, assimilables en tous points à ceux des personnes publiques et relevant du seul juge administratif. Il en est ainsi, par exemple, des décisions d'homologation des balles officielles pour les championnats (CE, 22/11/74, FIFAS, AJDA 75.19)

par les entreprises, il convenait d'adjoindre au critère organique d'autres éléments de distinction.

Ainsi, aujourd'hui, si la présence d'une personne publique au contrat constitue un indice, une présomption du caractère administratif du contrat, elle ne saurait être suffisante. Dans certaines hypothèses extrêmes, le juge administratif a même considéré que certains contrats, pourtant non signés par une personne publique, pouvaient être administratifs (en présence d'un mandat donné par une personne publique à une personne privée, que celui-ci soit écrit, "par nature" (voirie nationale) ou même tacite, c'est-à-dire formellement absent, mais où le juge, a posteriori, découvre que l'une des personnes privées signataires agissait "pour le compte" d'une personne publique). Ce fléchissement de l'importance de l'élément organique dans les contrats allait mettre en lumière l'importance des critères finalistes et matériels de ceux-ci.

Le critère finaliste se révéla à la faveur d'une jurisprudence célèbre, l'arrêt Thérond de 1910[24] : il tend à déceler la nature du contrat dans le but, la finalité, contenus dans le contrat. Si la finalité du contrat est "l'exécution même d'un service public", le contrat sera administratif. Mais la portée de ce critère fut réduite dès 1912, à l'occasion d'un autre arrêt du Conseil d'État[25] : le second critère non organique, aujourd'hui essentiel, est donc le critère matériel, plus connu sous le nom de critère de la clause exorbitante du droit commun. Ce critère s'intéresse au contenu formel du contrat : si ce dernier révèle une ou des clauses inusuelles en droit privé ("exorbitante du droit commun"), le contrat sera administratif. Une clause suffit-elle à rendre le

[24]Le sieur Thérond avait été chargé par la commune de Montpellier de capturer et mettre en fourrière les chiens errants, et d'enlever les bêtes mortes sur le territoire de la commune. N'ayant pas été rémunéré pour l'enlèvement des bêtes mortes appartenant à des propriétaires connus, le sieur Thérond contesta l'inexécution de son contrat devant le juge administratif. Ce dernier reconnut sa compétence pour le contrat, qualifié d'administratif, puisque "ayant pour but d'assurer un service public." (CE, 4/3/1910, Thérond, R.193)

[25]À l'occasion d'un litige concernant la fourniture de pavés à la ville de Lille, le Conseil d'État estima que ce contrat, mettant en cause pourtant une commune, était de droit commun, parce qu'intervenant "selon les règles et conditions des contrats (...) entre particuliers." (CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, R.909)

contrat administratif ? En théorie oui, mais l'analyse de la jurisprudence démontre qu'il faut en fait que le contrat contienne une "ambiance de droit public", qui ne peut être atteinte que par la juxtaposition de plusieurs éléments inhabituels en droit commun. On parle aussi de "climat général du contrat".

Mais le particularisme du droit de l'administration se révèle également dans les prérogatives et les sujétions de celle-ci.

II. Les prérogatives et les sujétions de l'administration

Les prérogatives de l'administration

La première prérogative essentielle de l'administration en France est de disposer d'un juge spécifique.

Intimement liée au principe de séparation des pouvoirs, la justice administrative est une création révolutionnaire au sens historique et matériel du terme.

En effet, les révolutionnaires de 1789 se trouvèrent très vite confrontés au problème de savoir quelle autorité jugerait les actes de leur administration. Contrairement aux autres pays, notamment anglo-saxons, il existait une défiance à l'époque vis-à-vis du pouvoir judiciaire traditionnel, qui était le fait de la noblesse et était de ce fait suspect.

Ainsi, alors que l'Angleterre, puis les États-Unis ne firent pas de distinction entre juge administratif et juge de droit commun, les révolutionnaires français voulurent créer une justice administrative spécifique.

C'est dans cet esprit que fut votée la loi des 16 et 24 août 1790, créant en son article 13 le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires[26], repris par le décret du 16 fructidor an III[27].

---

[26]"Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions."

[27]"Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit."

À partir de ce principe d'incompétence des juges de droit commun à l'égard de l'administration, il fallait nécessairement créer une "justice administrative". Deux tendances s'affrontèrent alors, la première estimant que "juger l'administration, c'est encore administrer" et sous-entendant que le juge administratif appartient à l'administration (théorie de "l'administrateur-juge"), la seconde penchant au contraire pour l'institution d'un juge de l'administration, mais extérieur à celle-ci et ayant le statut de magistrat ("juger, c'est juger").

La première tendance, marquant le caractère dérogatoire du droit administratif par rapport au droit commun, l'emporta : le juge administratif français est formé comme un administrateur (Ecole nationale d'administration), appartient à l'administration et ne bénéficie pas du statut de magistrat au sens strict, même si des textes récents lui assurent une certaine indépendance.

Il existe donc une "justice administrative" spécifique, appliquant un droit différent, possédant des recours particuliers, selon une procédure spéciale, devant des juridictions différentes de l'ordre judiciaire.

La seconde prérogative de l'administration tient à ce que le droit administratif repose sur un esprit, nous l'avons vu, inégalitaire : agissant dans l'intérêt général, sous l'autorité des pouvoirs politiques, l'administration va disposer de prérogatives particulières.

Ces dernières, liées au concept d'autorité, sont appelées prérogatives de puissance publique ou encore prérogatives exorbitantes du droit commun, parce qu'elles ne sont pas à la disposition des acteurs de droit privé.

Parmi celles-ci, on peut citer le pouvoir de modification unilatérale des contrats, le droit de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, le privilège du préalable, le caractère exécutoire des décisions administratives...

En dehors de ses prérogatives de puissance publique, dont elle dispose depuis toujours, l'administration possède également un pouvoir considérable, élargi avec la Constitution de 1958 :

celui de fabriquer ses propres règles de droit. Si elle a en effet toujours possédé le pouvoir réglementaire dérivé d'application des lois, elle ne possède que depuis 1958 un véritable pouvoir réglementaire autonome parallèle au pouvoir législatif.

En outre, par le biais de règles juridiques au statut ambigu (directives, circulaires, notes de services...), elle a pu, tout au long du XX^{ème} siècle, faire varier le droit en fonction de ses intérêts.

Les prérogatives et les sujétions de l'administration

Agissant sous l'autorité des pouvoirs politiques dans l'intérêt général, l'administration possède de puissantes prérogatives. En contrepoids de celles-ci, elle s'est vu imposer des sujétions : celle de respecter le droit (principe de légalité) et celle d'assumer la responsabilité des préjudices qu'elle pourrait causer (principe de responsabilité).

Le principe de légalité

Si certains régimes connaissent encore la conception de l'État de "police", c'est-à-dire de l'efficacité avant tout[28], même au détriment de certaines libertés et droits fondamentaux, la France a opté pour une conception administrative de l'État de "droit".

---

[28]Le grand écrivain allemand Goethe raconte dans *Le siège de Mayence*, auquel il avait assisté en 1793, comment il était intervenu lors d'incidents. Lors de l'évacuation de Mayence par les troupes françaises, un des évacuants est reconnu par la foule comme ayant procédé à des pillages et arrêté par la foule qui veut le "lyncher". Goethe, en tant que ministre du duc de Weimar, s'interpose et lui permet de s'enfuir. On l'interroge et l'on s'étonne qu'il ait laissé un coupable reconnu s'en tirer à si bon compte. Il répond "mieux vaut une injustice qu'un désordre" : la pendaison du coupable par la foule aurait provoqué un désordre plus grave aux yeux de Goethe que la satisfaction de la justice.
Une telle conception administrative fera primer les considérations d'efficacité et d'ordre sur le respect du droit.

Celle-ci suppose une priorité absolue de certaines libertés et de certains droits fondamentaux sur les prérogatives administratives. Elle a été consacrée en France à la Révolution. Elle s'exprime en termes d'obligations administratives par le principe de légalité, qui doit être entendu au sens large de la régularité. Elle signifie que l'administration devra, dans ses actions, respecter la légalité contenue dans les règles juridiques supérieures à l'administration.

La sanction du non-respect de ce principe sera l'annulation de l'acte illégal par le juge administratif, saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir[29].

L'expression principe de "légalité" vient du terme "loi" et trouve son origine dans le fait que jusqu'en 1958 (Cinquième République) les normes juridiques ne pouvait résulter que d'un pouvoir extra-administratif : le Parlement. Cela donnait tout son sens au contrôle de légalité ; le juge administratif vérifiait le respect par l'administration de toutes les règles juridiques.

Depuis la naissance de l'Union européenne et de son système juridique intégré , l'éclatement des pouvoirs normatifs de force législative sous la Cinquième République, l'efficience du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et l'émergence de principes nouveaux, notamment en matière environnementale, l'expression principe de légalité est beaucoup plus confuse et il convient d'examiner, parmi les règles de droit, quelles sont celles que l'administration doit respecter. L'étude du principe de légalité suppose donc la connaissance de la hiérarchie des règles de droit.

Le principe de responsabilité

Deuxième grand volet des sujétions de l'administration, le principe de responsabilité s'entend à propos de sa responsabilité

[29]Celui-ci connaît toutefois certaines limites pratiques : sur 100 actes administratifs défavorables aux administrés, on constate que seuls 10 feront l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (peur du recours à la justice, méconnaissance du droit, caractère onéreux du recours à un praticien...). Sur ces 10 recours, on constate statistiquement qu'un seul se traduira par une annulation. Les risques de sanction du non-respect de la légalité, s'ils existent pour l'administration, sont donc statistiquement assez limités.

civile (par opposition à la responsabilité pénale) et donc sur le plan exclusivement pécuniaire de la réparation.

Elle concerne la responsabilité contractuelle, du fait des contrats de l'administration, mais surtout sa responsabilité délictuelle ou extracontractuelle du fait de ses actes et agissements.

Elle n'existe pas de toute éternité et est une création prétorienne de la fin du XIX^{ème} siècle. Auparavant, l'administration était irresponsable de ses actes et faits, et seule la responsabilité personnelle de ses agents pouvait, si l'on parvenait à les identifier et s'ils étaient solvables, être engagée.

C'est la jurisprudence la plus célèbre du droit administratif, la décision "Blanco"[30], à l'occasion de l'accident d'une petite fille, blessée par un wagonnet de la Manufacture des tabacs au siècle dernier, qui créa ce principe essentiel de responsabilité.

À partir de cette jurisprudence, les règles étaient posées : la responsabilité est possible ("la responsabilité, qui peut incomber à l'État"), mais elle ne sera pas celle du droit commun ("ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil") et variera en fonction des spécificités administratives ("Que cette responsabilité (...) 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").

Elle peut reposer sur la faute ou au contraire avoir comme fondement le risque, c'est-à-dire l'absence de faute.

[30]TC, 8/2/1873, R.1er supplément 61 : "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."

III. Les tendances nouvelles du droit administratif

Depuis la naissance d'un droit administratif autonome, sanctionné par un juge spécifique, un bouleversement substantiel des données est intervenu, au triple niveau du renforcement des pouvoirs propres de l'administration, de l'inadaptation des structures traditionnelles et de l'enchevêtrement des secteurs public et privé.

L'extension des pouvoirs propres de l'administration

Le respect du principe de légalité, principale limite aux prérogatives de l'administration, puisait son efficacité dans la subordination organique de l'administration au Parlement, seul détenteur d'un pouvoir normatif originaire, sous la forme de la loi, ayant donné l'expression "légalité". Soumise à des règles qui lui étaient extérieures et supérieures, l'administration ne participait elle-même directement qu'exceptionnellement à l'édiction des règles[31].

La Constitution de 1958 allait bouleverser ces données en instaurant un pouvoir réglementaire indépendant du Gouvernement, c'est-à-dire de l'administration, dans les domaines écartés de la compétence du législateur[32], en accentuant l'influence de l'exécutif dans l'élaboration des lois[33], et en ayant permis certaines "dérogations" exceptionnelles à la primauté législative[34], sans parler de la constitutionnalisation de la pratique des "décrets-lois" par l'article 38 de la Constitution (ordonnances). Il en résultait une nouvelle donne : l'administration, jusque-là soumise à des règles dont elle n'avait

[31]Les seules exceptions étant le pouvoir d'aggravation CE, 18 avril 1902, Commune de Néris-les-bains (R. 275), et l'hypothèse du "vide juridique" (CE, 8 août 1919, Labonne (R. 737).

[32]Par la combinaison de l'article 34 de la Constitution, énumérant limitativement les domaines réservés au législateur, et de l'article 37, attribuant compétence réglementaire pour les matières non visées à l'article 34.

[33]Notamment par les articles 40 à 49 de la Constitution.

[34]En particulier pendant la période d'installation de la Cinquième République, en vertu de l'article 92 de la Constitution, véritable "blanc- seing" temporaire laissé à l'exécutif.

pas la maîtrise, obéissait désormais à des règles d'un jeu dont elle était en même temps pour partie le concepteur.

En outre, l'émergence d'un véritable pouvoir réglementaire "anormal", par le jeu des circulaires, directives, instructions ou notes de services, a accentué le phénomène.

Ainsi, seul le juge est aujourd'hui susceptible de garantir - s'il est saisi- le respect du principe de légalité, devenu le plus souvent la règle "*tu patere legem quem ipse fecisti*"[35].

L'inadaptation et l'éclatement des structures traditionnelles

L'administration française repose sur une architecture essentiellement territoriale, fondée sur un découpage géographique, à partir du territoire national, de celui des communes et des départements.

Ce découpage fort ancien, puisque issu de la période révolutionnaire (communes et départements), sur des critères aujourd'hui dépassés[36], reste la clef du découpage de l'administration française.

Pour adapter celle-ci, le dix-neuvième siècle a vu apparaître de nouvelles personnes publiques, les établissement publics, souvent inspirés par des techniques de superposition ou d'administration "à double niveau"[37], qui ont naturellement compliqué l'architecture administrative française en même temps qu'elles donnaient un nouveau rôle au juge administratif dans le contrôle du respect par ces établissements publics de leurs compétence et notamment du principe de spécialité.

Enfin, la décentralisation de 1982, faisant des Régions des collectivités territoriales décentralisées et augmentant

[35]"Tu dois supporter la loi que tu as toi-même faite".

[36]Le critère des communes, aboutissant à plus de 36000 communes, était celui de tout regroupement autour d'un clocher, et celui du département, plus lié à l'ordre public, fut celui du temps nécessaire (une journée) maximal pour la Troupe pour se rendre aux extrémités du département.

[37]Comme les établissements publics territoriaux : Régions jusqu'à la décentralisation, Syndicats à vocation unique (SIVU), Syndicats intercommunaux à vocation multiple (SIVOM), districts, communautés urbaines, communautés d'agglomérations, communautés de communes ...

l'autonomie des départements, des communes et de leurs établissements publics, a accentué l'importance de ce rôle essentiel du juge administratif.

L'éclatement des structures administratives traditionnelles a ainsi indirectement contribué à renforcer le rôle du juge dans la fixation des rôles des diverses personnes publiques.

L'enchevêtrement entre secteur public et secteur privé

À côté de l'éclatement organique de l'administration, une dilution matérielle des missions administratives est apparue au dix-neuvième siècle.

À l'origine en effet, le départ entre missions administratives et activités privées était aisé : à l'administration les fonctions traditionnelles de la puissance publique, liées au maintien de l'ordre au sens large[38], au secteur privé toutes les autres activités.

En fait, les missions administratives ne concernaient que la police au sens large, dans le droit fil de la conception de "l'État-gendarme".

Or dans la seconde moitié du siècle dernier s'est généralisée la conception de "l'État-providence". Elle signifie qu'en plus de sa fonction de maintien de l'ordre, l'État va procurer aux citoyens des prestations destinées à satisfaire les besoins tels qu'ils seront déterminés par les pouvoirs politiques. C'est dans cet esprit que sont nés les services publics de santé, d'éducation, d'équipement, de loisirs, de transports...

Ces nouvelles fonctions, celles du service public, auraient pu être limitées aux services publics "administratifs", comme l'éducation, la santé, l'aide sociale, mais l'interventionnisme devenant dominant, certaines activités de l'administration portèrent sur des secteurs jusqu'à alors réservés à l'initiative privée. On assista à la naissance du concept de service public industriel et commercial.

[38]En 1814, l'État disposait seulement de six structures ministérielles : la Guerre, la Marine, la Police, les affaires étrangères, la Justice et les Finances.

Consacrée à l'occasion d'une jurisprudence célèbre du Tribunal des conflits en 1921[39], cette notion pose un certain nombre de problèmes. Le premier problème est celui de la détermination du juge compétent : celle-ci est complexe et les règles varieront selon que l'on attaquera le service au niveau de son organisation (juge administratif) ou de son activité (juge judiciaire). Le deuxième problème est celui de leur distinction par rapport aux services publics administratifs : elle est le fait du juge qui utilise différents indices, en l'absence de qualification textuelle, par laquelle il n'est d'ailleurs pas lié, sauf si celle-ci résulte d'une loi. Enfin se pose la question de la gestion des services publics : quelle sera la structure juridique du service public ? Les différences de mode de gestion tiendront au régime juridique de l'organisme chargé de la gestion : régie, si la personne publique exploite elle-même le service, établissement public si le service public est exploité par une personne publique spécialisée, concession lorsque par contrat une personne privée assure cette gestion, habilitation quand cette dernière tient sa mission d'un acte administratif d'habilitation ou même simple association au service public, en l'absence de liens juridiques particuliers entre la personne publique responsable et l'organisme privé.

On peut donc parler d'un éclatement organique du service public : celui-ci n'est plus le fait exclusif des seules personnes publiques. Enfin, le problème n'est plus limité à l'interventionnisme économique de l'État : les collectivités décentralisées créent elles-mêmes des services publics locaux, souvent de nature industrielle et commerciale. Il appartient au juge - administratif ou judiciaire, selon les cas - de fixer les règles et d'assurer le respect des principes de légalité et de responsabilité.

Le juge administratif a ainsi de nouvelles missions, complémentaires de ses missions traditionnelles. Chargé de surveiller le respect par l'administration des règles dont elle a désormais la maîtrise, il doit arbitrer les compétences entre

[39]TC, 22/1/1921, Société commerciale de l'ouest africain (R.91).

l'État et les collectivités décentralisées, et se trouve au centre du débat entre compétences administratives traditionnelles et interventions dans le secteur jusqu'alors réservé à l'initiative privée. Il est enfin devenu, du fait de l'intervention dans les services publics de personnes juridiques non publiques, parfois le juge des personnes privées, soumises par exception au droit administratif.

L'ensemble de ces attributions fait nécessairement du juge administratif un organe essentiel dans la fixation du droit administratif.

Cette nature prétorienne du droit administratif moderne se retrouve à la fois dans l'action et les moyens de l'administration (I), et dans les rapports de l'administration et du Droit (II).

PREMIÈRE PARTIE

LE JUGE ADMINISTRATIF DANS L'ACTION ET LES MOYENS DE L'ADMINISTRATION

TITRE 1

L'ACTION ADMINISTRATIVE ET LE JUGE

Les activités de l'administration se décomposent en deux grandes catégories : celles qui furent à l'origine de la création des États (fonctions de police) et celles, plus récentes, qui ont considérablement élargi son champ d'intervention (fonctions de service public).

CHAPITRE 1

LES ACTIVITÉS DE POLICE

D.PAPANICOLAIDIS, *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, Thèse Paris 1958 - E.PICARD, *La notion de police administrative*, thèse Paris 1978, LGDJ 1984 - *La police administrative existe-t-elle ?* (collectif), Economica 1985.

La police existe depuis qu'il y a des États (ou des cités) et correspond au concept d'"État-gendarme". Elle peut se définir comme "l'ensemble des activités ayant pour but d'assurer le maintien de l'ordre public."

Par définition, toute activité de police est restrictive des libertés individuelles.

La police peut être de nature législative, et elle est constituée alors des textes législatifs ayant pour but le maintien de l'ordre (code de la route, lois sur la drogue, l'alcoolisme...). Elle peut être de nature administrative, soit pour appliquer la précédente (contrôle du respect des textes, précision de ceux-ci, sanction de leur non-application), soit de manière autonome (pouvoirs généraux des maires et préfets en matière de police). Elle peut avoir alors un caractère réglementaire, par l'édiction de règles générales et impersonnelles[40], ou individuel, par la prise de mesures individuelles[41].

Le volume et l'ancienneté des textes en matière de police n'ont nullement limité la part du juge administratif dans l'essentiel des domaines juridiques intervenant dans son environnement. La participation prétorienne se retrouve ainsi tout à la fois dans la qualification des activités (Section 1), mais aussi dans la détermination des autorités policières (Section 2),

[40]Imposition de feux tricolores, d'un panneau d'interdiction de stationnement ...

[41]Arrêté d'expulsion, fermeture d'un débit de boisson...